

Sygn. akt: KIO 2814/11
KIO 2819/11

WYROK
z dnia 20 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 i 18 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2011 r. przez:

A. **wykonawcę Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (KIO 2814/11)**

B. **wykonawcę Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (KIO 2819/11)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2814/11 po stronie po stronie zamawiającego;
- 2) wykonawcy **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2814/11 po stronie po stronie zamawiającego;
- 3) wykonawcy **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2819/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa i Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: **30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez:

A. **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**

B. **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**

tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2814/11
KIO 2819/11

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: „Zamawiający”)

wszczęła, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Utrzymanie, modyfikację i ulepszanie systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA–PROW, OFSA–PROW–DD, RG–PROW”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 czerwca 2011 r. pod nr 2011/S 104-158513.

W postępowaniu tym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2012 r. wpłynęły dwa odwołania złożone:

- 1) Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej: „Sygnity” lub „Odwołujący” (KIO 2814/11)
- 2) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwanego dalej: „Asseco” lub „Odwołujący” (KIO 2819/11).

Odwołania zostały złożone na skutek czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i odrzucenia ofert obydwu odwołujących się wykonawców, o której to czynności Zamawiający przesłał tym wykonawcom informację w dniu 21 grudnia 2011 r. Kopie złożonych do Prezesa Izby odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w datach ich złożenia do Prezesa Izby.

Do wskazanych postępowań odwoławczych na skutek wezwań Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2012 r., skierowanych do wykonawców swoje przystąpienia złożyli:

- 1) wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2814/11 po stronie po stronie Zamawiającego;
- 2) wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Hewlett Packard”), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2814/11 po stronie po stronie Zamawiającego;
- 3) wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2819/11 po stronie Zamawiającego.

3

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska odwołujących się wykonawców w obydwu sprawach odwoławczych:

I. Stanowisko Odwołującego Sygnity w sprawie KIO 2814/11

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Sygnity, mimo, iż jej treść nie jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i twierdzenie, że Sygnity nie wykonało w całości pozytywnie zadania próbnego, mimo, iż zadanie zostało wykonane zgodnie z opisem i zakresem zadania próbnego określonymi w Załączniku nr 2 do SIWZ;
- 2) art. 87 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Sygnity, wyjaśnienia treści oferty lub sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych, względnie zaniechanie zastosowania art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Sygnity do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania mimo, iż Sygnity złożyło w postępowaniu ważną ofertę, co oznacza, iż nie zaszła przesłanka unieważnienia postępowania;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Asseco mimo, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Asseco mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z dowodami potwierdzającymi, że cena za jeden punkt funkcyjny jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 6) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania mimo, iż złożył on nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik

postępowania

- 7) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Hewlett Packard mimo, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 8) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Hewlett Packard mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z dowodami potwierdzającymi, że cena za jeden punkt funkcyjny jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4

-
- 9) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Hewlett Packard z postępowania mimo, iż złożył on nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania;
 - 10) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1. unieważnienie wadliwej czynności unieważnienia postępowania,
- 2. unieważnienie wadliwej czynności odrzucenia oferty Sygnity i dokonanie jej ponownej oceny, a także wyboru oferty Sygnity jako najkorzystniejszej,
- 3. w przypadku uwzględnienia podniesionych wyłącznie z ostrożności procesowej zarzutów wskazanych w pkt 2 odwołania, Sygnity wniosło o nakazanie Zamawiającemu wezwania Sygnity na podstawie art. 87 ust. 1a ustawy Pzp do sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych, względnie do wezwania Sygnity na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. rezultatu zadania próbnego oraz analitycznego opisu modyfikacji - AOM, ewentualnie do wezwania Sygnity do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie ww. oświadczeń i dokumentów,
- 4. dokonanie ponownej oceny ofert Asseco i Hewlett Packard oraz odrzucenie ich dodatkowo z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania Sygnity wskazało na następujące okoliczności:

I. Zarzuty Zamawiającego względem oferty Sygnity

1.

Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Co istotne, jest to wyłączny powód odrzucenia oferty Sygnity wskazany przez Zamawiającego. Uzasadniając dokonanie czynności odrzucenia Zamawiający wskazał, iż zgodnie z Rozdziałem XVIII ust. 4 SIWZ wymagał on wykonania w całości pozytywnie zadania próbnego opisanego w Rozdziale III SIWZ. Kolejno Zamawiający wskazał, iż:

- (1) w zakresie Zgłoszenia wady nr 2 „w ofercie Sygnity S.A. brak informacji o występowaniu błędów w działaniach 126, 311, 312, 226, 413/311 oraz 413/312.”
- (2) „wykonawca dokonał modyfikacji zasad inicjalizacji przedmiotowego pola (nr 8 - dopisek Sygnity) również w działaniu 123, gdzie zgodnie z przekazaną analizą błąd opisany w zgłoszeniu nie występował”

5

-
- (3) w zakresie Zgłoszenia wady nr 3 „w ofercie Sygnity S.A. brak informacji o występowaniu błędów na karcie weryfikacji WoPP NP oraz w module SAD”,
 - (4) „załączone zrzuty dotyczą innej sprawy” w przypadku obowiązku załączenia do oferty zrzutów potwierdzających naprawę błędów dla sprawy podanej w zgłoszeniu,
 - (5) w zakresie Zgłoszenia wady nr 6 „wykonawca nie naprawił błędów w działaniu 126 w związku z tym nie zaprezentował poprawnego funkcjonowania aplikacji w działaniu 126”, „wykonawca dokonał naprawy błędów literalnie w działaniu 311 nie dokonując sprawdzenia pozostałych działań”,
 - (6) w zakresie Zgłoszenia Zapotrzebowania na Modyfikację/Ulepszenie” - „przedstawienie rezultatu (dopisek Sygnity: wykonanego zadania próbnego) na nośniku CD jest nie zgodne z art. 9

ust. 1 ustawy Pzp oraz zapisami rozdziału III pkt 3 SIWZ "

Ad. 1.

Fragment z informacji Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2011 roku: „W przypadku Zgłoszenia wady nr 2 poprawa błędu zgłoszonego dla działania 121, polega na przywróceniu inicjowania pola nr 8 „data zawarcia umowy” na formacie wniosku WoP datą zawarcia umowy przynajmniej dla działania 121, a w przypadku naprawy błędu tylko w zakresie działania 121 informacja o występowaniu błędu w działaniach 126,311,312,226,413/311 oraz 413/312 W ofercie Sygnity S.A. brak informacji o występowaniu błędu w działaniach 126, 311, 312, 226,413/311 oraz 413/312”.

Odpowiedź Odwołującego: Przykładowa sprawa podana w zgłoszeniu (69030-OR1501938/09) odnosi się do działania 121, ponadto samo zgłoszenie precyzyjnie odnosi się do działania nr 121. Identyfikacja rozbieżności pomiędzy działaniem aplikacji, a dokumentacją analityczną w ramach działania 121 jest wystarczająca do stwierdzenia, że zgłoszenie wady nr 2 dotyczy błędu aplikacji. Wskazanie, że rozbieżność dotyczy także działań 126, 311, 312, 226, 413/311 oraz 413/312 wykraczało poza zakres zadania.

Podsumowanie odpowiedzi: Badanie zgłoszeń wad w kontekście wszystkich działań (typów danych) nie było częścią wymagań, zatem oczekiwania Zamawiającego wykraczają poza zakres zadania.

Ad.2.

Fragment z informacji Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2011 roku: W ramach zgłoszenia wady nr 2 Wykonawca powinien zaprezentować poprawne działanie aplikacji w działaniu 123, gdzie pole nr 8 wniosku o płatność data zawarcia umowy powinno być uzupełniane wartością pola „data zawarcia umowy” z umowy o ile w ramach danej sprawy nie istnieje zatwierdzony aneks albo wartością pola „data zawarcia aneksu” z ostatniego zatwierdzonego aneksu Wykonawca dokonał modyfikacji zasad inicjalizacji przedmiotowego pola również w działaniu 123, gdzie zgodnie z przekazaną analizą błąd opisany w zgłoszeniu nie występował.

Odpowiedź Odwołującego: Bezpośrednią i jedyną przyczyną zgłoszenia nr 2, był błąd aplikacji polegający na rozbieżności pomiędzy działaniem aplikacji a dostarczoną dokumentacją w ramach działania 121. Wprowadzona poprawka usunęła skutecznie w/w rozbieżność. Po jej

6

wprowadzeniu wada opisana literalnie w zgłoszeniu nie występuje, co zostało zademonstrowane. Zostały zatem spełnione wymagania dotyczące realizacji zadania. Błędne działanie aplikacji dla działania 123, zademonstrowane na wniosek Zamawiającego w trakcie prezentacji, nie dotyczy błędu, o którym mowa w zgłoszeniu nr 2.

Podsumowanie odpowiedzi: Błędne działanie aplikacji spowodowane przez poprawkę Zamawiającego nie dotyczy błędu, którego naprawa była przedmiotem zadania, nie określono wymagań polegających na badaniu poprawności badania aplikacji w innym zakresie niż weryfikacja ujętych w zgłoszeniach wad, zatem oczekiwania Zamawiającego wykraczają poza zakres zadania.

Ad.3.

Fragment z informacji Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2011 roku: „W przypadku Zgłoszenia wady nr 3 należało przekazać informacje o występowaniu błędu w karcie weryfikacji WoPP i WoPP NP oraz w module SAD. W ofercie Sygnity S.A. brak informacji o występowaniu błędu na karcie weryfikacji WoPP NP oraz w module SAD. ”

Odpowiedź Odwołującego: Nie określono wymagań polegających na dostarczeniu odrębnie informacji o występowaniu w WoPP NP oraz w module SAD. Z dokumentacji analitycznej wynika, że zgłoszenie nr 3 nie odnosi się do WoPP NP, ponieważ w MD.WoPP-KartaWeryfikacji_MultiDz.xls w zakładce „Blok B” dla działania 121 NP, nie występuje pytanie "5. Wnioskodawca jest pełnoletni i nie osiągnął wieku emerytalnego - dotyczy osób fizycznych" ujęte w zgłoszeniu (dla WoPP NP występuje inne pytanie, mianowicie "Wnioskodawca jest pełnoletni i nie ukończył 60 lat - dotyczy osób fizycznych"). Zatem dalsza analiza zgłoszenia wady w kontekście WoPP NP wykraczała poza zakres zadania. Wskazanie błędu dotyczy konkretnej reguły określonej w dokumentacji analitycznej (w artefakcie MD.WoPP-KartaWeryfikacji_MultiDz.xls), która nie jest spełniona. W dokumentacji reguła ta jest jednoznacznie powiązana z elementami aplikacji w których ma zastosowanie, w tym z modulem SAD. Zatem wskazanie reguły jako błędnej jest jednoznaczne z wskazaniem, że błąd występuje także w module SAD.

Podsumowanie odpowiedzi: W odniesieniu do braku informacji o występowaniu błędu w WoPP NP, zastrzeżenie niezasadne, ponieważ zgłoszenie w sposób oczywisty nie odnosiło się do

WoPP NP. W odniesieniu do braku informacji o występowaniu błędu w SAD: występowanie błędu w SAD to oczywistość niewymagająca dodatkowego komentarza.

Ad.4.

Fragment z informacji Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2011 roku: Do oferty należało dołączyć zrzuty potwierdzające naprawę błędu dla sprawy podanej w zgłoszeniu wady. Załączone zrzuty dotyczą innej sprawy.

Odpowiedź Odwołującego: W SIWZ nie ma wymagań, które wskazywałyby, że demonstracja naprawy błędu musi być przeprowadzona na wnioskach/sprawach wymienionych w zgłoszeniu jako przykładowe. Do demonstracji użyto danych (sprawy), w której odtworzono

7

warunki w jakich występowała niezgodność pomiędzy działaniem aplikacji, a dokumentacją analityczną, skutkującą zgłoszeniem nr 3 tzn. wartości uczestniczące w sprawdzeniach będących treścią reguły są identyczne jak w przykładowej sprawie. Demonstracja jest zatem wystarczająca, do potwierdzenia usunięcia błędu aplikacji.

Podsumowanie odpowiedzi: Wykonanie demonstracji potwierdzających naprawę błędu dla tej samej sprawy, która została podana w zgłoszeniu sprawy nie było częścią wymagań dotyczących zadania, zatem oczekiwania Zamawiającego wykraczają poza zakres zadania.

Ad. 5.

Fragment z informacji Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2011 roku: „W przypadku Zgłoszenia wady nr 6 poprawa błędu powinna dotyczyć wszystkich wersji kart weryfikacji WOIPP oraz modułu SAD, W przypadku braku poprawy błędu w module SAD - przekazanie informacji o tym fakcie. Wykonawca dokonał naprawy błędu literalnie w działaniu 311 nie dokonując sprawdzenia pozostałych działań składając oświadczenie, że mając na uwadze, że jest to jedynie zadanie próbne a nie rzeczywista naprawa błędów, odniósł się we wszystkich częściach zadania jedynie do opisu błędu. Wykonawca nie wskazał w odpowiedzi na zgłoszenie błędu informacji o występowaniu błędu w module SAD. W ramach zgłoszenia wady nr 6 Wykonawca powinien zaprezentować naprawę błędu dla działania 126 dla dowolnej wersji użytkownika karty weryfikacji WoPP. Wykonawca dokonał naprawy błędu literalnie w działaniu 311 nie dokonując sprawdzenia - pozostałych działań składając oświadczenie, że mając na uwadze, że jest to jedynie zadanie próbne a nie rzeczywista naprawa błędów, odniósł się we wszystkich częściach zadania jedynie do opisu błędu. Wykonawca nie naprawił błędu w działaniu 126 w związku z tym nie zaprezentował poprawnego funkcjonowania aplikacji w działaniu 126”.

Odpowiedź Odwołującego: Przykładowa sprawa podana w zgłoszeniu (69200-OR1500330/10) odnosi się do działania 311. Identyfikacja rozbieżności pomiędzy działaniem aplikacji, a dostarczoną dokumentacją analityczną w ramach działania 311 jest wystarczająca do określenia wady ujętej w zgłoszeniu nr 6 jako błędu aplikacji. Błędne działanie aplikacji dla działania 126, zademonstrowane na wniosek Zamawiającego w trakcie prezentacji, nie dotyczy bezpośrednio błędu, o którym mowa w zgłoszeniu nr 6. Wskazanie, że rozbieżność dotyczy także działania 126, a także naprawa rozbieżności w zakresie działania 126 wykraczało poza zakres zadania.

Podsumowanie odpowiedzi: Badanie zgłoszeń wad w kontekście wszystkich działań (typów danych) nie było częścią wymagań, zatem oczekiwania Zamawiającego wykraczają poza zakres zadania.

Sygnity podniosło, że:

- W SIWZ nie sprecyzowano metody analizy, oczekiwanego sposobu interpretacji zgłoszeń, czy domniemanego kontekstu w jakim należy badać przytoczone zgłoszenia wad. Przyjęto zatem za wystarczające, że:

8

-
- wada opisana w zgłoszeniu jest błędem aplikacji, w przypadku wystąpienia niezgodności działania aplikacji, z dołączoną dokumentacją analityczną, w zakresie bezpośrednio skutkującym sytuacją (wadą) opisaną w zgłoszeniu,
 - poprawka usuwająca błąd w aplikacji polega na usunięciu w/w niezgodności w taki sposób, aby wada opisana literalnie w zgłoszeniu nie występowała.
 - Nie można oczekiwać, że do wykonania zadania próbnego zostanie zastosowany analogiczny proces jak przy świadczeniu regularnych usług utrzymania np. przeprowadzenia testów regresji, wynika to choćby z braku możliwości interakcji z Zamawiającym, co jest

charakterystyczne i niezbędne dla prawidłowej realizacji usług utrzymania.

- W rozwiązaniu skutki błędów interpretujemy jako następstwa błędnego działania aplikacji.

W opinii Sygnity wszystkie zadania zostały rozwiązane w sposób poprawny, Zamawiający w treści odpowiedzi przekazanej po zakończeniu prezentacji próbki przedstawił swoją wersję poprawnej odpowiedzi. Jednak odpowiedzi te - zdaniem Sygnity - stanowią znaczne rozszerzenie rozwiązania, które należy przyjąć traktując literalnie treści zadań. Zamawiający w swojej wersji odpowiedzi wskazuje na powiązania między poszczególnymi komponentami systemu - nie mogły być one znane Sygnity na tym etapie postępowania, jak i mają charakter bardzo niejednoznaczny - przy takim podejściu można wyobrazić sobie znacznie szerszą listę działań powiązanych, które można by wskazać. W celu szczegółowego poznania budowy systemu przez wykonawców Zamawiający zaplanował w projekcie specjalnie okres próbny - to w tym czasie wykonawca może zaangażować kilkudziesięcioposobowy zespół specjalistów, który pozna system po to, aby w kolejnym etapie umowy prowadzić jego w pełni profesjonalną obsługę utrzymaniowo-rozwojową. Po zaplanowanym przez Zamawiającego okresie próbnym poprawa błędów czy wprowadzanie zmian przez wykonawcę nie będzie stanowiło problemu i obejmie dogłębne sprawdzenie powiązań między wszystkimi komponentami systemu. Jednak celem wykonania zadania przez wykonawcę było przede wszystkim wykazanie się określonym potencjałem zasobów ludzkich w zakresie kompetencji analitycznych, projektowych czy programistycznych a nie świadczenie docelowej usługi utrzymaniowo-rozwojowej.

2.

Sygnity podniosło, iż zarzuty Zamawiającego jakoby treść oferty Sygnity była niezgodna z treścią SIWZ są bezzasadne. Zamawiający niesłusznie bowiem uznał, iż zadanie próbne czy też rezultaty wykonania zadania próbnego stanowią treść oferty wykonawcy. Zamawiający przewidział w SIWZ rozwiązanie przez wykonawców zadania próbnego zgodnie z opisem zamieszczonym w Załączniku nr 2 do SIWZ. W celu wykonania zadania próbnego wykonawca zobowiązany był pobrać od Zamawiającego wskazane materiały w formie elektronicznej. Celem przedstawienia rezultatu wykonania zadania wraz z ofertą było potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Rezultat wykonanego zadania próbnego wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty w postaci opisów i zrzutów z ekranu. Niezależnie wykonawca zobowiązany był do zaprezentowania rezultatu zadania próbnego podczas odrębnej

9

od otwarcia ofert sesji, podczas której Zamawiający dokonywał oceny wykonania zadania próbnego na zasadzie spełnia/niespełna. Pozytywne wykonanie w całości zadania próbnego było warunkiem wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej oraz udzielenia przez Zamawiającego zamówienia w Postępowaniu. Zauważył, że dla Zamawiającego niewystarczającym było jedynie zaprezentowanie wyników zadania próbnego w postaci opisów i zrzutów z ekranu dołączonych do oferty, ale niezbędne było przeprowadzenie w tym zakresie prezentacji, która potwierdzała w praktyce umiejętności wykonawcy. Podkreślił, że samo żądanie przez Zamawiającego potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego jest zgodne z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „Rozporządzenie”). Z treści tego Rozporządzenia, jak również z art. 25 ustawy Pzp, na podstawie którego zostało ono wydane, nie wynika, że dokumenty jakich może żądać Zamawiający w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, muszą stanowić treść oferty, chociaż mogą być jej elementem. To, że rezultat wykonanego zadania próbnego nie stanowił treści oferty wykonawcy dodatkowo – zdaniem Sygnity - potwierdza treść SIWZ w Rozdziale XIV Opis sposobu przygotowania oferty, a także wzoru formularza ofertowego. W żadnym z tych zapisów dotyczących sporządzenia oferty czy jej treści Zamawiający nie odnosił się do dołączanych do oferty rezultatów wykonanego zadania próbnego. Treść oferty Sygnity obejmuje jedynie ofertę realizacji przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę, w określonych terminach i na zasadach określonych w umowie, która stanowiła załącznik do SIWZ. Zadanie próbne natomiast nie odnosi się do zakresu przedmiotu zamówienia, ale do jakości świadczonych przez wykonawcę usług (Rozdział IX pkt 3 SIWZ „Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wymaga dołączenia do oferty rezultatu wykonanego zadania próbnego (opisy i zrzuty z ekranu)"). Nawet jeżeli Sygnity założyło ofertę oraz opisy i zrzuty z ekranów jako jeden dokument, objęty jedną i jednolitą numeracją, nie czyni to z opisów i ze zrzutów z ekranu treści oferty, gdyż sam Zamawiający w SIWZ nie traktował ich w taki sposób. Zgodnie z treścią SIWZ Rozdział IX Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają

dostarczyć wykonawcy, oferta składania w Postępowaniu składała się („musiała zawierać”):

- z wypełnionego formularza ofertowego (według Załącznika nr 1 do SIWZ),
- z dowodu wniesienia wadium,
- z pełnomocnictwa do podpisania oferty jeżeli oferta nie została podpisana przez osoby upoważnione do tych czynności dokumentem rejestracyjnym oraz
- z aktualnego odpisu z właściwego rejestru KRS.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ dokumenty te składają się enumeratywnie na całość oferty. Do tak sporządzonej oferty, zgodnie z pkt 3 Rozdziału IX SIWZ, wykonawca miał dołączyć rezultat wykonanego zadania próbnego (opisy i zrzuty z ekranu), co nie przesądza jeszcze o tym, że dokumenty te stanowią treść oferty. Wskazał, powołując się na orzecznictwo KIO, iż treść oferty

10

obejmuje w szczególności oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści i tym samym woli realizacji przedmiotu zamówienia (realizację świadczenia) w sposób wskazany przez zamawiającego. Oświadczenie to podlega ogólnym regułom wyrażonym w ustawie Kodeks cywilny, z zastrzeżeniem specyficznych uregulowań ustawy Pzp

Zauważył, że Zamawiający nie przewidział w żadnym z zapisów SIWZ rygору odrzucenia oferty z powodu niewykonania zadania próbnego. Wręcz przeciwnie, wynik zadania próbnego, niezależnie od załączenia do oferty opisów i zrzutów z ekranu rezultatu wykonanego zadania, miał zostać zaprezentowany przez wykonawców na odrębnej od otwarcia ofert sesji (SIWZ Rozdział XV Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert pkt 5 -7). Zgodnie z zapisami SIWZ udzielenie zamówienia mogło nastąpić temu wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie Pzp, specyfikacji oraz zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w SIWZ kryterium wyboru oraz zostanie wykonane w całości pozytywnie zadanie próbne opisane z Rozdziale III SIWZ. Już z samego tego zapisu Rozdziału XVIII pkt 4 SIWZ wynika jego zdaniem, że Zamawiający oddziela treść oferty oraz prezentacji wyniku zadania próbnego i nie traktuje ich łącznie jako oferty. Co za tym idzie oddzielną czynnością była czynność oceny treści oferty wykonawcy i stwierdzenie czy nie podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz oceny wykonania zadania próbnego.

Sygnity twierdzi również, iż ocenie Zamawiającego nie miały podlegać opisy i zrzuty z ekranu dołączone do oferty, ale wynik sesji, na której prezentowano wyniki zadania, co potwierdza między innymi odrzucenie przez Zamawiającego oferty Hewlett Packard z uwagi na nieodtworzenie środowiska systemu OFSA - PROW podczas sesji prezentacji wyników, mimo iż wykonawca ten załączył do oferty wymagane opisy i zrzuty z ekranu w tym zakresie. Niezależnie, opisy i zrzuty z ekranu stanowiły dla Zamawiającego dodatkowy materiał dokumentujący a nie materiał podlegający ocenie, co wynika z treści Załącznika nr 2 do SIWZ Opis i zakres zadania próbnego. Ocena wykonania zadania próbnego, o której mowa w Rozdziale IX pkt 5 SIWZ dokonywana była w oparciu o przebieg prezentacji, a nie wyłącznie w oparciu o opisy i zrzuty z ekranu.

3.

Z ostrożności procesowej Sygnity podnosiło, iż nawet jeżeli uznać, że prezentacja wyników zadania próbnego w postaci opisów i zrzutów z ekranu jest częścią treści oferty, a nie dodatkowymi informacjami podawanymi w ofercie stanowiącymi jej uzupełnienie, uszczegółowienie i dookreślenie, Zamawiający dokonał naruszenia art. 87 ust. 1a Pzp. Na podstawie przywołanego przepisu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych.

Zanim jednak Zamawiający odrzuci ofertę, winien wyczerpać wszelkie procedury naprawcze, w tym przewidziane w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a szczególności art. 87 ustawy Pzp. W związku z faktem, iż postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego,

11

Zamawiający przed stwierdzeniem zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skutkującej odrzuceniem oferty winien zastosować procedurę „naprawczą” określoną w art. 87 ust. 1a ustawy Pzp, przeznaczoną specjalnie dla tego trybu postępowania. Powyższa procedura umożliwia Zamawiającemu zażądania od wykonawcy sprecyzowania lub dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych, co stanowi odstępstwo od zasady, zgodnie z którą nie możliwa jest zmiana treści oferty. Wyjątek ten umotywowany jest specyfiką trybu dialogu konkurencyjnego, który zgodnie z art. 60b ustawy Pzp stosowany jest w zamówieniach o

szczególnie złożonym charakterze. Za postępowanie o szczególnie złożonym charakterze Sygnity uznaje niniejsze postępowanie, o czym świadczy długi, półtoraroczny okres prowadzenia przez Zamawiającego dialogu z zaproszonymi wykonawcami służący określeniu i sprecyzowaniu przedmiotu zamówienia. W treści art. 87 ust. 1a ustawy Pzp ustawodawca wskazał na dopuszczalny katalog czynności w zakresie wymiany informacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami w trakcie oceny ofert. Pierwszą z nich jest żądanie informacji dodatkowych. Nie są to jednak wyjaśnienia, gdyż tych dotyczy norma art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Informacje te należy więc traktować jako dopuszczalne uzupełnienie treści oferty, jeśli nie przekraczają granic określonych w dalszej części przepisu, tj. nie zmieniają w sposób istotny treści oferty. Poza złożeniem informacji dodatkowych wykonawca wezwany przez Zamawiającego może dopracować lub sprecyzować ofertę. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem tych pojęć, „dopracować” to znaczy opracować coś starannie do końca, a więc uzupełnić braki w szczegółach rozwiązań proponowanych w ofercie poprzez zwiększenie staranności w zaprezentowaniu oferty. „Sprecyzować” to uściślić, dokładnie określić. Oba pojęcia odnoszą się więc do sytuacji, gdy oferta nie jest sprzeczna z SIWZ, a jedynie brak precyzji lub niestaranność powodują, że nie sposób ustalić, czy wszystkie wymagania Zamawiającego będą spełnione. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1a Pzp, zmiany wprowadzone tą metodą nie mogą jednak powodować istotnych zmian w treści oferty. Za zmiany istotne należy uznać m.in.: zmiany dotyczące treści wymaganej bezwzględnie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia i wykonywanej na etapie realizacji umowy, treści wymagane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa czy też treści przedmiotowo istotne dla danego kontraktu (tzw. *essentialia negotii* umowy).

Według Sygnity sprecyzowanie i dopracowanie treści oferty oraz przedstawienie dodatkowych informacji odnośnie prezentacji wyników zadania próbnego w postaci opisów i zrzutów z ekranu dołączonych do oferty Sygnity nie stanowiłoby istotnych zmian treści oferty, a dotyczyłoby jedynie potwierdzenia przez Sygnity spełnienia w wyższym stopniu wymagań Zamawiającego odnośnie wyników zadania próbnego. Odnośnie zarzutu Zamawiającego dotyczącego oferty Sygnity, części Zadania dotyczącego „Zgłoszenia Zapotrzebowania na Modyfikację/Ulepszenie” - przedstawienia rezultatu wykonanego zadania próbnego na nośniku CD jako niezgodnego z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp oraz zapisami rozdziału III pkt 3 SIWZ, tj. w formie innej niż pisemna. Doprecyzowanie oraz sprecyzowanie treści oferty poprzez dostarczenie przez Sygnity rezultatów zadania próbnego (analitycznego opisu modyfikacji - AOM) w formie pisemnej i

12

treści zgodnej z treścią zawartą na nośniku CD nie stanowiłoby istotnej zmiany treści oferty, co umożliwia zastosowanie dyspozycji art. 87 ust. 1a ustawy Pzp.

4.

W przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów dotyczących nie zastosowania przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 1 i 1a Pzp oraz argumentów przedstawionych na ich poparcie, Sygnity z ostrożności procesowej podniosło zarzut naruszenia ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp, tj. zaniechania wezwania Sygnity do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w Rozdziale IX pkt 3 i 4 SIWZ postanowił, iż: „Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wymaga dołączenia do oferty rezultatu wykonanego zadania próbnego (opisy i zrzuty ekranu)” oraz „Zamawiający dokona oceny wykonania zadania próbnego na zasadzie spełnia / nie spełnia.” Mimo iż Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i wykreślił zdanie wskazujące na możliwość w tej konkretnej sytuacji stosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to dokonując zmiany treści SIWZ zastrzegł jednak, że wykreślenie zapisu nie oznacza wyłączenia stosowania postanowień art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym postępowaniu. Zauważył, że żądane przez Zamawiającego i dołączone do oferty Sygnity rezultaty wykonanego zadania próbnego (opisy i zrzuty ekranu oraz analityczny opis modyfikacji - AOM na nośniku CD), zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wydanym na jego podstawie § 5 Rozporządzenia, stanowią dokumenty i oświadczenia „przedmiotowe” wzmagane na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Zgodnie z normą prawną wyrażoną w art. 26 ust. 3 i ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta

wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jednocześnie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zauważyć należy, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ, nie zastosował wcześniej dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zarówno rezultat zadania próbnego uznany przez Zamawiającego za rezultat zawierający błędy jak i dołączony do oferty analityczny opis modyfikacji - AOM zawarty na nośniku CD (w formie innej niż pisemna) - stanowią dokumenty i oświadczenia określone w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Zamawiający w przypadku stwierdzenia, że ww. dokumenty i oświadczenia są błędne lub złożone zostały w innej niż

13

wymagana formie, zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania Sygnity do złożenia wyznaczonym przez siebie terminie dokumentów i oświadczeń w prawidłowej formie i treści. Natomiast w przypadku stwierdzenia zastrzeżeń i uwag odnośnie treści i (lub) formy ww. dokumentów i oświadczeń, Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wezwania Sygnity do złożenia w wyznaczonym przez siebie terminie wymaganych wyjaśnień.

II. Zarzuty względem oferty Asseco

Oferta Asseco została przez Zamawiającego odrzucona z powołaniem na określone przesłanki. Sygnity niezależnie, z ostrożności procesowej podniósł, iż oferta Asseco powinna zostać odrzucona jeszcze z innych powodów niewskazanych przez Zamawiającego wprost, jednak wynikających zarówno z treści informacji o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania z dnia 21 grudnia 2011 roku oraz treści oferty Asseco.

1.

W pierwszej kolejności Sygnity zwróciło uwagę, iż sam Zamawiający w uzasadnieniu informacji z dnia 21 grudnia 2011 roku, wskazał iż Asseco mimo, że złożyło wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny punktu funkcyjnego, to z wyjaśnień tych wynika wprost, że oferta zawiera rażąco niską cenę za punkt funkcyjny. Oferta Asseco - jego zdaniem - winna zatem również zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Sygnity zauważył, iż przedmiot zamówienia postępowania dzielił się na następujące grupy usług:

- grupa usług Utrzymania Środowisk
- grupa usług Zapewnienia Jakości
- grupa usług Administracji Systemem Informatycznym
- grupa usług Rozwoju.

Pierwsze trzy grupy wyceniane były przez wykonawców poprzez podanie ceny ich świadczenia w okresie 36 miesięcy trwania umowy z Zamawiającym (w formie ryczałtu), natomiast ostatnia z grup rozliczana być miała poprzez iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez Zamawiającego dla danej modyfikacji lub ulepszenia i jednostkowej stawki (zadeklarowanej ceny) punktu funkcyjnego wynikającej z oferty wykonawcy. Uznał zatem, co potwierdził również wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2011 roku pod sygnaturą KIO 2547/11 wydany w niniejszym postępowaniu, że usługi rozwoju oferowane w postępowaniu stanowią samodzielny przedmiot zamówienia, rozerwalny od usług utrzymania, usługi te będą świadczone w przypadku zaistnienia potrzeby Zamawiającego, a przyjęta przez Zamawiającego liczba punktów funkcyjnych w ilości 4000 stanowi jedynie wartość szacunkową przyjętą na potrzeby porównania ofert. Wyjaśnienia złożone przez Asseco, jak wnioskuje Sygnity z informacji złożonych przez pełnomocników Asseco w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 13 grudnia 2011 roku oraz uzasadnienie odrzucenia oferty Asseco

14

sporządzone przez Zamawiającego, wskazują, że wyjaśnienia złożone przez Asseco miały charakter bardzo lakoniczny, powoływały się na zgodność z treścią SIWZ w zakresie metody Analizy Punktów Funkcyjnych w wersji 4.1., nie wskazują w tym zakresie jednakże żadnych przekonujących argumentów, a wręcz przeciwnie wprost potwierdzając niezgodność z nią. Niezgodnym z treścią SIWZ jest realizowanie usług rozwoju w ramach utrzymania, co wynika z wyjaśnień Asseco. Jeżeli zatem Zamawiający twierdzi, że oferta Asseco jest niezgodna z treścią

SIWZ z uwagi na alokację kosztów rozwoju do kosztów utrzymania systemu i jednocześnie stwierdza zawiera rażąco niską cenę oraz odrzuca ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, to oznacza, że Asseco nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na tą okoliczność żadnych dowodów, do czego obliguje go sam przepis ustawy Pzp. Stąd, w ocenie Sygnity Zamawiający zobowiązany był również do odrzucenia oferty Asseco na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czego niesłusznie zaniechał.

2.

Oferta Asseco powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W dyspozycji tego przepisu mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą w omawianym przypadku - usług - poniżej kosztów ich świadczenia. Po drugie zaś niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż usług ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług. Wskazana przez samo Asseco w wyjaśnieniach alokacja kosztów rozwoju do kosztów utrzymania systemu wskazuje na zaistnienie przesłanej stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Asseco zamierza świadczyć usługi rozwoju systemu informatycznego poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Robi to też w celu eliminacji innych przedsiębiorców biorących udział w Postępowaniu. Zauważyć należy, że cena za punkt funkcyjny jest jednym z kryteriów oceny ofert z wagą 35%. Oznacza to, że za zaoferowanie niższej ceny punktu funkcyjnego wykonawca otrzyma większą ilość punktów. W przedmiotowej sytuacji jednak Asseco zaoferował najniższą możliwą wartość środka płatniczego, który miałby stanowić cenę za jeden punkt funkcyjny, który, zgodnie z twierdzeniami Asseco, zawiera w sobie 4 godziny robocze. Zauważyć również należy, że Asseco jest twórcą systemu informatycznego, którego Postępowanie dotyczy i świadczy usługę jego utrzymania i rozwoju do tej pory. Jest zatem zainteresowany utrzymaniem dotychczasowego kontraktu. Działaniom Asseco nie można zatem przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowania działań, które mają na celu eliminację konkurencji i utrzymanie dotychczasowego stanu prawnego. Zgodnie z interpretacją art.

15

15 u.z.n.k. dokonaną przez Prezesa UOKiK, w której stwierdzono, że "nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 u.z.n.k. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy" (pismo Prezesa UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240). Czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą chociaż teoretycznie, mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów.

3.

Sygnity podnosi również, że Asseco winno być wykluczone z postępowania na obecnym etapie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, gdyż składając ofertę złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nieprawdziwą informacją jest podanie ceny za jeden punkt funkcyjny w wysokości 0,01 zł, podczas, gdy rzeczywista wartość tej ceny, co wynika również z wyjaśnień Asseco oraz innych oświadczeń składanych podczas rozprawy przed KIO w dniu 13 grudnia 2011 roku, jest wyższa. Asseco świadomie podał cenę jednego punktu funkcyjnego na takim poziomie, aby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Zamawiający wymagał w SIWZ Załącznik nr 4c, by podstawą wyceny propozycji bądź zmiany modyfikacji lub ulepszenia była analiza jej złożoności. Złożoność oprogramowania propozycji ma być wyceniana zgodnie z metodą Analizy Punktów Funkcyjnych w wersji 4.1. Opis standardu Analizy Punktów Funkcyjnych opracowany jest i utrzymywany przez

organizację „The International Function Point Users Group” (1FPUG). Asseco oferując cenę 0,01 zł za jeden punkt funkcyjny nie może stosować zasad wyceny propozycji zgodnie z wyżej wskazaną zasadą, a zatem składając ofertę złożył nieprawdziwą informację jakoby przyjmuje warunki zawarte w SIWZ oraz, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia. Zauważyć należy, że jak wyżej wskazano usługi rozwoju oferowane w Postępowaniu stanowią samodzielny przedmiot zamówienia, rozerwalny od usług utrzymania, usługi te będą świadczone w przypadku zaistnienia potrzeby Zamawiającego, a przyjęta przez Zamawiającego liczba punktów funkcyjnych w ilości 4000 stanowi jedynie wartość szacunkową przyjętą na potrzeby porównania ofert. Ponieważ zgodnie z projektem umowy załączonym do SIWZ może być tak, że wybrany wykonawca będzie świadczył wyłącznie usługi rozwoju systemu, musi liczyć się z tym co oświadcza w ofercie godząc się na treść umowy, że w wynagrodzeniu za świadczenie usług zawarte jest wynagrodzenie z tytułu przeniesienia za Zamawiającego autorskich praw

16

majątkowych i udzielenie Zamawiającemu licencji oraz wszelkie inne wydatki związane z wykonaniem umowy. Asseco wprowadza Zamawiającego w błąd i przedstawia nieprawdziwe informacje w ofercie, że w cenie jednego punktu funkcyjnego, bez względu to ile tych punktów funkcyjnych będzie przez Zamawiającego zleconych do wykonania, mieszczą się wyżej wskazane wynagrodzenia. Wobec powyższego Asseco podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

III. Zarzuty względem oferty Hewlett Packard

Oferta Hewlett Packard została przez Zamawiającego odrzucona z powołaniem określonych przesłanek odrzucenia wynikające z:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ponieważ zawiera rażąco niską cenę za 1 Punkt Funkcyjny w stosunku do przedmiotu zamówienia
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Sygnity niezależnie, z ostrożności procesowej podnosi, iż oferta Hewlett Packard powinna zostać odrzucona jeszcze z innych powodów niewskazanych przez Zamawiającego wprost, jednak wynikających zarówno z treści informacji o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania z dnia 21 grudnia 2011 roku oraz treści oferty Hewlett Packard.

1.

W pierwszej kolejności Sygnity zwróciło uwagę, iż sam Zamawiający w uzasadnieniu informacji z dnia 21 grudnia 2011 roku, wskazał iż Hewlett Packard mimo, że złożyło dokument zawierający wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny punktu funkcyjnego, to z dokumentu tego nie wynikają jednak żadne wyjaśnienia o które Zamawiający prosił. Oferta Hewlett Packard winna zatem również zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Sygnity zauważa, iż przedmiot zamówienia Postępowania dzielił się na następujące grupy usług:

- grupa usług Utrzymania Środowisk
- grupa usług Zapewnienia Jakości
- grupa usług Administracji Systemem Informatycznym
- grupa usług Rozwoju.

Pierwsze trzy grupy wyceniane były przez wykonawców poprzez podanie ceny ich świadczenia w okresie 36 miesięcy trwania umowy z Zamawiającym (w formie ryczałtu), natomiast ostatnia z grup rozliczana być miała poprzez iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez

17

Zamawiającego dla danej modyfikacji lub ulepszenia i jednostkowej stawki (zadeklarowanej ceny) punktu funkcyjnego wynikającej z oferty wykonawcy. Wyjaśnienia złożone przez Hewlett Packard, jak wnioskują Sygnity z uzasadnienia odrzucenia oferty Hewlett Packard sporządzonego przez Zamawiającego, wskazują wprost iż Hewlett Packard odmówił udzielenia informacji dotyczących ceny jednego punktu funkcyjnego oraz parametrów przyjętych dla przedmiotowego systemu

informatycznego poprzez stwierdzenie iż udzielenie takich informacji jest niemożliwe. Stąd, w ocenie Sygnity Zamawiający zobowiązany był również do odrzucenia oferty Hewlett Packard na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czego niesłusznie zaniechał.

2.

Oferta Hewlett Packard powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W dyspozycji tego przepisu mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku - usług - poniżej kosztów ich świadczenia. Po drugie zaś niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż usług ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług. Wskazana przez samo Hewlett Packard w wyjaśnieniach alokacja kosztów rozwoju do kosztów utrzymania systemu wskazuje na zaistnienie przesłanej stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Hewlett Packard zamierza świadczyć usługi rozwoju systemu informatycznego poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Robi to też w celu eliminacji innych przedsiębiorców biorących udział w Postępowaniu. Zauważyć należy, że cena za punkt funkcyjny jest jednym z kryteriów oceny ofert z wagą 35%. Oznacza to, że za zaoferowanie niższej ceny punktu funkcyjnego wykonawca otrzyma większą ilość punktów. W przedmiotowej sytuacji jednak Hewlett Packard zaoferował najniższą możliwą wartość środka płatniczego, który miałby stanowić cenę za jeden punkt funkcyjny. Zauważyć również należy, że Hewlett Packard jest twórcą systemu informatycznego, którego Postępowanie dotyczy i świadczy usługę jego utrzymania i rozwoju do tej pory. Jest zatem zainteresowany utrzymaniem dotychczasowego kontraktu. Działaniom Hewlett Packard nie można zatem przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowania działań, które mają na celu eliminację konkurencji i utrzymanie dotychczasowego stanu prawnego. Zgodnie z interpretacją art. 15 u.z.n.k. dokonaną przez Prezesa UOKiK, w której stwierdzono, że "nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 u.z.n.k. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które

18

naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy" (pismo Prezesa UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240). Czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie musi zawsze zmateriałizować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociaż teoretycznie, mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów.

3.

Sygnity podnosi również, że Hewlett Packard winno być wykluczone z postępowania na obecnym etapie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, gdyż składając ofertę złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nieprawdziwą informacją jest podanie ceny za jeden punkt funkcyjny w wysokości 0,01 zł, podczas, gdy rzeczywista wartość tej ceny, co wynika również z wyjaśnień Hewlett Packard oraz innych oświadczeń składanych podczas rozprawy przed KIO w dniu 13 grudnia 2011 roku, jest wyższa. Hewlett Packard świadomie podał cenę jednego punktu funkcyjnego na takim poziomie, aby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający wymagał w SIWZ Załącznik nr 4c, by podstawą wyceny propozycji bądź zmiany modyfikacji lub ulepszenia była analiza jej złożoności. Złożoność oprogramowania propozycji ma być wyceniana zgodnie z metodą Analizy Punktów Funkcyjnych w wersji 4.1. Opis standardu Analizy Punktów Funkcyjnych opracowany jest i utrzymywany przez organizację „The International Function Point Users Group” (IFPUG). Hewlett Packard oferując cenę 0,01 zł za jeden punkt funkcyjny nie może stosować zasad wyceny propozycji zgodnie z wyżej wskazaną zasadą, a zatem składając ofertę złożył nieprawdziwą informację jakoby przyjmuje warunki

zawarte w SIWZ oraz, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia. Zauważyć należy, że jak wyżej wskazano usługi rozwoju oferowane w postępowaniu stanowią samodzielny przedmiot zamówienia, rozerwalny od usług utrzymania, usługi te będą świadczone w przypadku zaistnienia potrzeby Zamawiającego, a przyjęta przez Zamawiającego liczba punktów funkcyjnych w ilości 4000 stanowi jedynie wartość szacunkową przyjętą na potrzeby porównania ofert. Ponieważ zgodnie z projektem umowy załączonym do SIWZ może być tak, że wybrany wykonawca będzie świadczył wyłącznie usługi rozwoju systemu, musi liczyć się z tym co oświadcza w ofercie godząc się na treść umowy, że w wynagrodzeniu za świadczenie usług zawarte jest wynagrodzenie z tytułu przeniesienia za Zamawiającego autorskich praw majątkowych i udzielenie Zamawiającemu licencji oraz wszelkie inne wydatki związane z wykonaniem umowy. Hewlett Packard wprowadza Zamawiającego w błąd i przedstawia nieprawdziwe informacje w ofercie, że w cenie jednego punktu funkcyjnego, bez względu na ile

19

tych punktów funkcyjnych będzie przez Zamawiającego zleconych do wykonania, mieszczą się wyżej wskazane wynagrodzenia.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w sprawie, wnosząc dodatkowo o przeprowadzenie dowodu z dokumentu prywatnego – przygotowanego przez siebie w oparciu o dokumenty z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwóch tabelarycznych zestawień – co do kompletności rozwiązania zadania nr 1 (tabela nr 1) i co do kompletności rozwiązania zadania nr 2 (tabela nr 2).

II. Stanowisko Odwołującego Asseco w sprawie: KIO 2819/11

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż działanie Zamawiającego stanowi naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez jego zastosowanie pomimo braku przesłanek do tego oraz odniesienie wskazanego przepisu do ceny składowej/elementu ceny całkowitej wbrew jego wyraźnemu brzmieniu wskazującemu, iż odnosi się on do łącznej ceny oferty oraz poprzez skorzystanie z sankcji określonej w tym artykule pomimo niewykorzystania mechanizmu określonego w art. 90 ustawy Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3, poprzez zastosowanie sankcji z tego przepisu pomimo braku przesłanek, w szczególności wobec braku wskazania konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji, jakiego miałyby dopuścić się Odwołujący skutkujący nieudowodnieniem zaistnienia takiej sytuacji;
- 3) art. 2 pkt 1, poprzez nieuwzględnienie definicji pojęcia cena wskazanej w tym przepisie;
- 4) art. 89 ust 1 pkt 2, poprzez jego zastosowanie i błędne uznanie, iż rezultat zadania próbnego Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w sytuacji, gdy jest on zgodny z SIWZ oraz konkretyzującym ją w tym zakresie dokumentem „Minimalne wymagania wobec zadania”
- 5) art. 91 ust. 1, poprzez poddanie rezultatu zadania próbnego ocenie według kryteriów niewskazanych w treści SIWZ;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez jego nieuprawnione zastosowanie wynikające z błędnego uznania, że sposób kalkulacji ceny oferty jest niezgodny z SIWZ;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez jego zastosowanie po skorzystaniu przez Zamawiającego w tym zakresie z trybu art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 8) art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 k.c., poprzez podjęcie działań, które prowadzą do obejścia prawa - uniknięcia dokonania wyboru oferty Odwołującego i zawarcia z nim umowy pomimo spełnienia przez ofertę Odwołującego przesłanek z art. 2 ust. 5 oraz art. 91 ustawy Pzp;
- 9) art. 92, gdyż Zamawiający zaniechał wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych przemawiających za koniecznością odrzucenia oferty z powodu czynu

20

nieuczciwej konkurencji - Zamawiający bowiem nie wskazał z jakimi przepisami prawa i jakimi obyczajami było sprzeczne działanie Odwołującego.

Wskazane naruszenia doprowadziły według Odwołującego w konsekwencji do nieuprawnionego i bezpodstawnego zastosowania art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Treść oferty Odwołującego nie narusza, jego zdaniem, przepisów prawa i dobrych obyczajów - w szczególności

nie ma podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie tej oferty i w konsekwencji unieważnienie postępowania..

Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty Zamawiającego oraz
2. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego - zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 2 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania wskazał on następujące okoliczności:

Zamawiający równocześnie z zawiadomieniem o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania (czyli po 6 tygodniach) wskazał, iż Odwołujący nie wykonał należycie całości zadania próbnego. Działanie Zamawiającego – według Asseco - jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ i co za tym idzie sprzeczne z ustawą Pzp, ponieważ ocena ofert odbyła się w sposób niezgodny z opisem zawartym w SIWZ. Wcześniejsze podniesienie tego zarzutu - tj. przed otrzymaniem informacji o negatywnej ocenie próby, według niego - było niemożliwe ze względu na niemożność wykazania naruszenia interesu Odwołującego i wpływu działań Zamawiającego na wynik postępowania (stosownie do art. 192 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu swojego odwołania Asseco wskazało na następujące okoliczności:

I. Kwestie rażąco niskiej ceny za 1 Punkt funkcyjny oraz dopuszczenia się przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Asseco wskazało, że argumentacja Zamawiającego zawarta w zakresie tych kwestii jest bardzo ogólnikowa. Zamawiający nie przytacza żadnych konkretnych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o rachunkowości czy też ustawy o dyscyplinie finansów publicznych, które miałyby zostać naruszone lub których przesłanki wypełniają działania Odwołującego. Wskazał, iż Odwołujący nie jest adresatem norm zawartych w ustawie o finansach publicznych, a zatem choćby z tego powodu nie można mówić o tym, iż naruszył on określone w przywołanej ustawie zasady. Zdaniem Odwołującego już sama ta okoliczność powoduje upadek twierdzeń Zamawiającego jako nieudowodnionych. Cała argumentacja Zamawiającego opiera się na założeniu, iż przyjęta przez Odwołującego wysokość wynagrodzenia za jeden ze składników

21

ceny jest wadliwa i sprzeczna z prawem. Pogląd ten jest błędny. Kierując się tym zamierzeniem Zamawiający usiłuje z jednego faktu - jednego elementu składowego ceny - w postaci ceny za 1 Punkt Funkcyjny (PF) na poziomie 1 grosza wywieść niekorzystne i bardzo dotkliwe dla Odwołującego skutki prawne. Błędnie, uznając kwotę 1 grosz za PF za rażąco niską cenę PF w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający chce skorzystać z sankcji zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 4 - czyli odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę. Podkreślił, że doktryna, orzecznictwo KIO oraz orzecznictwo sądów przy okazji rozpatrywania kwestii „rażąco niskiej ceny” w sposób jednoznaczny przesądziło, iż analizując wysokość ceny pod tym kątem należy brać pod uwagę łączną cenę oferty, a nie jej elementy składowe. Jako jeden z dodatkowych argumentów podaje się samo brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1, które zawierają sformułowanie „rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Podkreślił, że tylko cena całości może być rozpatrywana w stosunku do całego przedmiotu zamówienia. Inne rozumowanie (np. odniesienie jakiejś składowej ceny do całości zamówienia) jest niezgodne zarówno z literalnym brzemieniem tego zapisu jak i z logiką. W konsekwencji, tylko ustalenie - co ważne - po wykorzystaniu mechanizmu z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - rażąco niskiej łącznej/całkowitej ceny oferty upoważniać będzie skorzystanie przez Zamawiającego sankcji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podniósł, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zwrócił się do Odwołującego jedynie o wyjaśnienia w zakresie ceny Punktu Funkcyjnego, czyli w zakresie jednego tylko elementu zamówienia i jednego z elementów ceny. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie Izby z dnia 14 grudnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2547/11) wydane w stanie faktycznym tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym się stwierdza: „Skoro zamawiający zmierzał do wyjaśnienia ceny jedynie elementu oferty, to nawet ewentualne stwierdzenie, że zaoferowana cena za 1 Punkt Funkcyjny jest rażąco niska nie mogłoby w ocenie Izby prowadzić do uznania, że cała oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie można pominąć w tym przypadku faktu, że zamawiający nie badał czy cena całej oferty zawiera rażąco niską cenę, a

przedmiotem badania objął jedynie element oferty". Powoływana przez Zamawiającego tzw. „rozdzielność usług” w ocenie Izby jedynie uzasadniała „w drodze wyjątku prawo Zamawiającego o zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej 1 Punktu Funkcyjnego”.

Podkreślił, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia przedmiot zamówienia określony został jako: „Zakup usług utrzymania, modyfikacji i ulepszania systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG.PROW”. Przy otwarciu ofert Zamawiający podał łączną górną kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie (kwota ta obejmować miała wszystkie usługi świadczone w ramach zamówienia). Odwołujący podał cenę oferty w kwocie 51.167.872,08 zł brutto. Cena ta nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do jej wysokości i wobec tej ceny nie zastosowano procedury z art. 90 ust. 1, jak również w samym uzasadnieniu odrzucenia oferty brak jest odniesienia do tej kwoty.

22

Składowa tej ceny (cena 1 PF), w jego ocenie, nie może być samodzielnym kryterium pozwalającym na odrzucenie oferty. Tym samym skorzystanie z art. 89 ust. 1 pkt 4 i odrzucenie oferty w oparciu o cenę 1 PF – jego zdaniem - jest niezgodne z prawem. Specyfika przedmiotowego systemu informatycznego oraz sposób ukształtowania SIWZ (w szczególności bardzo wysokie parametry SLA - np. 9 godzin na usunięcie błędu w kategorii Awaria oraz bardzo wysokie, multiplikowane kary za niedotrzymanie tych kryteriów) powodują, iż Odwołujący zmuszony jest utrzymywać liczny zespół niezbędny na potrzeby utrzymania - by mógł on szybko zareagować i naprawić błąd w odpowiedniej kategorii w żądanym zgodnie z SLA czasie. Liczebność zespołu musi być oszacowana tak, aby umożliwiała wypełnianie wysokich wymagań SLA również w sytuacji dużej liczby zgłoszeń błędów. To z kolei automatycznie oznacza, że ten zespół jest przewymiarowany i niewykorzystany w okresach mniejszej liczby zleceń. Z uwagi na specyfikę usług modyfikacji (zdecydowanie dłuższy czas na ich realizację w stosunku do naprawy błędów) możliwe jest wykorzystanie tego zespołu w okresach mniejszej liczby zgłoszeń do wykonywania usług rozwoju. Powyższe oznacza, że niezależnie od usług rozwoju Odwołujący założył utrzymywanie liczego zespołu ze względu na konieczności dotrzymania wysokich wymagań SLA w okresach dużej liczby zgłoszonych błędów. Jednocześnie oznacza to, że w okresach mniejszej liczby błędów zespół ten dysponuje możliwościami wytwórczymi wystarczającymi dla realizacji usług rozwoju, zwłaszcza w kontekście, że przedmiotowy system informatyczny wspiera realizację programów pomocowych PROW 2007-2013 realizowanych w okresie 2007-2013 - czyli obecnie znajduje się w finalnej fazie realizacji i wykonawca mógł oszacować ryzyko, że system będzie bardzo intensywnie rozwijany jako niewielkie z uwagi na wyczerpywanie potrzeb Zamawiającego w tym zakresie.

Powyższe fakty: niezależny od usług modyfikacji koszt zespołu utrzymania oraz możliwe do wykorzystania „wolne moce” tego zespołu umożliwiają realizację usług rozwoju bez dodatkowych kosztów ze stosunkowo niewielkim ryzykiem po stronie wykonawcy. Zamawiający w SIWZ nie przewidział sytuacji, w której wykonawca przedkłada w ofercie cenę 1 punktu funkcyjnego w okresie trwania usług utrzymania (czyli w okresie konieczności zapewniania odpowiednio liczego zespołu) oraz inną cenę 1 punktu funkcyjnego po okresie obowiązywania usług utrzymania. Należy przy tym podkreślić, że w ocenie Odwołującego liczebność dedykowanego zespołu d/s rozwoju byłaby znacząca mniejsza niż zespołu utrzymaniowego. Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego 1 punkt funkcyjny odpowiada 0,5 robocznodnia co oznacza, że 6 osobowy zespół jest w stanie miesięcznie zrealizować ok. 250PF. W ocenie Odwołującego Zamawiający celowo połączył usługi Rozwoju i Utrzymania w jedno postępowanie i założył łączne wykonywanie tych usług przez minimum 18 miesięcy licząc na synergii kosztową, ponieważ w praktyce zdaje sobie sprawę, iż usługi te wykonywane są przez jeden wspólny zespół. Podkreślił, że argumentacja dotycząca ceny 1 PF jest jednocześnie dla Zamawiającego punktem wyjścia do zarzucenia Odwołującemu, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3. Zamawiający jednakże tylko ogólnikowo – jego zdaniem - stwierdza,

23

że cena za PF na poziomie 1 grosza uprawnia Zamawiającego do postawienia tezy, że wykonawca sięgnął po praktyki sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami, zagrażające / naruszające interes klienta (Zamawiający), jak i przedsiębiorców (innych uczestników postępowania)". Zamawiający jedynie stawia tezę - zamiast jak wyraźnie wynika z brzmienia

przepisu oraz jego wykładni udowodnić obiektywnie stwierdzić na podstawie konkretnych argumentów jaki czyn nieuczciwej konkurencji popełnił Odwołujący - na czym polega jego bezprawność lub sprzeczność z dobrymi obyczajami i w jakie interesy on godzi. Zarzut ten jest w związku z powyższym zarówno niedoprecyzowany jak i nieudowodniony.

Odwołujący podkreślił także, iż ponieważ oferta, a w szczególności jej cena musi być rozpatrywana jako całość - wszelkie rozważania dotyczące tych kwestii muszą się odnosić do wysokości ceny podanej w ofercie, a nie poszczególnych jej składników. Wskazał, że wykonawca ma prawo do swobodnego kalkulowania ceny i poszczególnych jej elementów oraz ryzyka związanego z umową, a istotą postępowania o zamówienie publiczne jest konkurowanie (w tym cenowe) między wykonawcami. Działania wykonawcy w tym zakresie nie mogą być uznane za niezgodne z SIWZ ani naruszające uczciwą konkurencję.

II. Kwestia czy treść oferty odpowiada treści SIWZ

W tym zakresie Zamawiający stawia zarzuty zarówno wobec rezultatu wykonania zadania próbnego przez Odwołującego jak i sposobu kalkulacji ceny. W pierwszej kolejności podkreślił, iż rezultat wykonania zadania próbnego opisany w SIWZ i podlegający ocenie na zasadzie „spełnia/nie spełnia” miał zostać wykonany zgodnie z zapisami projektu umowy stanowiącej załącznik do SIWZ oraz spełniać miał kryteria określone w „Minimalnych wymaganiach (...)”. Żaden z wykonawców nie kwestionował tego dokumentu i tylko kryteria w nim zawarte powinny służyć do określenia czy zadanie spełnia/nie spełnia wymagania. Zadanie próbne - jak to wynika wprost z postanowień SIWZ miało służyć weryfikacji czy wykonawca posiada odpowiednie kwalifikacje/kompetencje, które potwierdzają, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pozytywna ocena miała warunkować dalszą analizę ofert. Zamawiający w swoim piśmie z decyzją o odrzuceniu oferty Zamawiającego i unieważnieniu postępowania nie wskazał ani jednego kryterium zawartego w wskazanym wyżej dokumencie, którego nie spełniałoby zadanie przedstawione przez Odwołującego. W załączeniu Odwołujący przekazał – jak podniósł - przekazany przez Zamawiającego dokument „Minimalne wymagania wobec zadania” wraz z zaznaczonymi minimalnymi wymaganiami, które w ocenie Zamawiającego nie zostały spełnione dla poszczególnych wykonawców na podstawie pisma Zamawiającego o wynikach postępowania. O ile Odwołujący podzielił zdanie Zamawiającego w stosunku do innych wykonawców o tyle w liście minimalnych kryteriów do spełnienia brak jest jakiegokolwiek odniesienia do „porównywalności ofert” czy „porównywalności wycen AOM”, które Zamawiający zarzuca jako niespełnione w stosunku do Odwołującego. Są to dodatkowe, niejasne wymagania, których nie było w SIWZ i które pojawiły się dopiero w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Słowem

24

Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, a raczej powołuje się na warunki nieopisane w SIWZ. Fakt spełnienia przez Odwołującego wszystkich minimalnych kryteriów wobec zadania określonych oficjalnie przez Zamawiającego przesądza, jego zdaniem, o tym, iż oferta nie mogła być odrzucona. Zamawiający nie może ocenić zadania Odwołującego jako niespełniającego minimalnych kryteriów.

Co do zarzutów dotyczących rzekomo nieprawidłowej wyceny jednego z elementów zadania „Zgłoszenia Zapotrzebowania na Modyfikację/Ulepszenie”, Odwołujący wskazał, iż treść tego elementu zadania rozpatrywana z treścią SIWZ uprawniała do wyceny prac zgodnie z wyceną w osobodniach, a nie w punktach funkcyjnych. Punkty funkcyjne służą ocenie złożoności oprogramowania, a Zamawiający we wzorze umowy stanowiącej element SIWZ dopuścił wycenę tych prac, których nie można wyceniać metodą IFPUG za pomocą roboczodni. W zakresie elementu zadania próbnego podnoszonego przez Zamawiającego zawarte było wykonanie wyłącznie Analitycznego Opisu Modyfikacji (AOM) bez wytworzenia oprogramowania. Dlatego też Odwołujący wycenił koszt wykonania tego elementu zadania na 5 roboczodni. Wynik przeliczenia na PF, który kwestionuje Zamawiający wynikał jedynie z zastosowania podanego przez Zamawiającego wzoru, który jest jedynie arytmetyczną operacją przejścia z ceny roboczodni na złożoność oprogramowania. Odwołujący wskazał również, że analizując sposób wykonania zadania próbnego, Zamawiający pismem datowanym na 24 listopada 2011 r. zawiadomił Odwołującego, iż poprawia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 omyłkę Odwołującego w zakresie dotyczącym wyceny tego elementu zadania. To Zamawiający uznał, że uzupełnienie w postaci dopisania zdania wskazującego na przeliczenie roboczodni na punkty funkcyjne stanowić będzie naprawienie omyłki wykonawcy, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a sama omyłka nie jest istotną wobec treści SIWZ. Wobec zakwalifikowania tego zapisu jako naprawienia „nieistotnej omyłki” niezrozumiałe i nieuprawnione jest obecne działanie Zamawiającego, który

zapis ten - wprowadzony przez siebie (za zgodą Odwołującego) i zgodnie z opracowanym przez siebie wzorem z SIWZ - zaczyna traktować jako niezgodny z treścią specyfikacji. Skoro bowiem wprowadzając ten zapis Zamawiający miał doprowadzić do uzgodnienia treści oferty z SIWZ, nie może teraz, opierając się na nim, odrzucić oferty jako niezgodnej z SIWZ.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, przedstawiając jednocześnie pismo procesowe, wskazujące przede wszystkim na orzecznictwo Izby na poparcie swoich twierdzeń.

Izba ustaliła także, że Zamawiający w toku rozprawy wnosił o oddalenie obydwu odwołań, podtrzymując swoje stanowisko i argumentację z pisma z dnia 21 grudnia 2011 r. o wynikach postępowania. W toku rozprawy w sprawie KIO 2819/11 Zamawiający złożył pisemne stanowisko w sprawie (pismo z dnia 18 stycznia 2012 r.). Jednocześnie jako dowody w sprawie wniósł wyciąg z umowy nr 92/DDI/2010/2615, z dnia 15 października 2010 r. zawartej z Oracle Polska Sp. z o.o.

25

celem wykazania nierealności kosztów z tytułu wykonania Modyfikacji lub Ulepszeń w Punktach Funkcyjnych w ofercie Asseco na poziomie 0,01 gr.

Izba ustaliła, że Przystępujący po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 2819/11 wykonawca Sygnity w toku rozprawy wniósł o przeprowadzenie dowodu w sprawie z Ekspertyzy z dnia 8 stycznia 2012 sporządzonej przez Panią dr hab. Beatę Czarnacką – Chrobot, na okoliczność wykazania nierealności wyceny usług za Modyfikację / Ulepszenie w na poziomie 1 grosza w ofercie Asseco.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie skierowane przez Prezesa Izby do łącznego rozpoznania obydwu złożone odwołania i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W sprawie KIO 2814/11 Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Przystępującego po stronie Zamawiającego Asseco w zakresie wydruku i płyty z nagrania z prezentacji zadania próbnego Sygnity na okoliczność wykazania, że w trakcie prezentacji Sygnity wychodziło poza zakres działania określonego w zgłoszeniu określonej wady, uznając, że ta okoliczność nie jest sporna w sprawie i przeprowadzenie tego dowodu prowadziło tylko do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu odwoławczym.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek ze złożonych odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że wykonawcy zgłaszający swoje przystąpienia w obydwu sprawach odwoławczych uzyskali przymiot uczestników tych postępowań, tj.:

- 1) wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2814/11 po stronie po stronie Zamawiającego;
- 2) wykonawca Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2814/11 po stronie po stronie Zamawiającego;
- 3) wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2819/11 po stronie Zamawiającego.

26

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron, a także rozprawy, rozpoznała zgłoszone w tym zakresie przez strony postępowania odwoławczego opozycje, oddalając je jako niezasadne, bądź zgłoszone po terminie (w toku rozprawy).

W obydwu sprawach odwoławczych Izba ustaliła, że wykonawcy wnoszący odwołania legitymują się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Oferty obydwu wykonawców zostały przez Zamawiającego odrzucone, a w efekcie tych czynności postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przez Zamawiającego unieważnione. Czynności te są kwestionowane przez każdego z tych wykonawców. Jednocześnie też czynności te, biorąc pod uwagę ustalony - pod względem kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ - ranking wykonawców po czynności badania i oceny ofert, w sposób bezpośredni pozbawiały możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia odwołujących się wykonawców, narażając ich na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody, przez co wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania przedmiotowych odwołań.

Izba, rozpoznając odwołania w granicach zarzutów w nich podniesionych, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą złożone odwołania w trybie dialogu konkurencyjnego. Wartość szacunkowa tego zamówienia została ustalona na kwotę: 58 120 896,45 zł, tj. 15 139 592,72 euro. W postępowaniu, po kwalifikacji podmiotowej wykonawców w zakresie ustalonych warunków udziału, Zamawiający przekazał zaproszenie do składania ofert pięciu wykonawcom. W SIWZ określił on trzy kryteria oceny ofert:

- 1) Cena (waga 55%), oceniana według wzoru: $\text{cena najniższa do badanej} \times \text{waga procentowa kryterium}$;
- 2) Cena za 1 Punkt Funkcyjny (waga 35%), oceniana według wzoru: $\text{cena najniższa Punktu Funkcyjnego do badanej} \times \text{waga procentowa kryterium}$;
- 3) Gwarancja (waga 10%), oceniana według wzoru: $\text{ilość punktów za okres gwarancji oferty badanej do najwyższej ilości punktów za okres gwarancji spośród ważnych ofert} \times \text{waga procentowa kryterium}$.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do podania łącznej ceny wynagrodzenia (za wyodrębnione w tym załączniku i w postanowieniach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia: usługi utrzymania i usługi rozwoju). W ramach usług rozwoju wykonawcy zobowiązani byli do podania ceny za 1 Punkt Funkcyjny, a cenę całkowitą za tę usługę

27

należało wyliczyć przy założeniu 4000 Punktów Funkcyjnych. Zamawiający zastrzegł także, że podana przez niego w tabeli liczba Punktów Funkcyjnych stanowi wartość szacunkową służącą celowi porównania ofert. Faktyczna ilość wykorzystania wskazanych jednostek będzie wynikać z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, z tym, że wynagrodzenie należne wykonawcy za świadczenie usług modyfikacji nie może przekroczyć kwoty, jaką Zamawiający przeznaczy na realizację tych usług. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy (art. 6 ust. 6), stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, wynagrodzenie z tytułu wykonywania poszczególnych Modyfikacji lub Ulepszeń w ramach usług rozwoju stanowić będzie iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez Zamawiającego dla danej modyfikacji lub ulepszenia oraz jednostkowej stawki Punktu Funkcyjnego.

W rozdziale III SIWZ Zamawiający przewidział opis zadania próbnego, które miało być przeprowadzone po otwarciu ofert. Wskazał tam, że zadanie próbne dotyczy:

- 1) rejestracji wniosku o przyznanie pomocy i wniosku o płatność w aplikacji OFSA-PROW i jest zgodne z zakresem Usług Integracji i Certyfikacji (G2UU4) wchodzącej w skład grupy Usług zapewnienia Jakości (G2) będących przedmiotem zamówienia;
- 2) obsługi zgłoszeń wad w aplikacji OFSA-PROW i jest zgodne z zakresem Usługi Usuwania Wad wchodzącej w skład Usług zapewniania Jakości (G2) będących przedmiotem zamówienia;
- 3) wykonanie rekomendacji modyfikacji / ulepszenia wraz z Analitycznym Opiszem Modyfikacji w aplikacji OFSA-PROW i jest zgodne z zakresem Usługi Modyfikacji wchodzącej w skład Usług Rozwoju (G4) będących PROW i jest zgodne z zakresem Usługi Modyfikacji wchodzącej w skład grupy Usług Rozwoju (G4) będących przedmiotem zamówienia.

Wskazał, że opis i zakres zadania próbnego przedstawia załącznik nr 2 do SIWZ, gdzie Zamawiający określił także opis zgłoszeń wad (od 1 do 6) oraz wzór zapotrzebowania na Modyfikację / Ulepszenie. Zamawiający wymagał również dołączenia do oferty rezultatu wykonania zadania próbnego (opisy i rzuty z ekranu). W celu wykonania zadania próbnego

wykonawcy zobowiązani byli do pobrania od Zamawiającego materiałów do tego celu (kopia produkcyjnej bazy danych z zahaszowanymi danymi osobowymi z dnia 8 sierpnia 2011 r., skomplikowana wersja aplikacji zgodna z wersją bazy danych, kody źródłowe aplikacji, kopia katalogu użytkowników z dnia 12 sierpnia 2011 r. z hasłami, dokumentacja analityczna, hasła dostępu do bazy danych, informacja o wersji oprogramowania wspomagającego). Zamawiający wskazał, że udostępni nagarnie tych materiałów na dysk wykonawcy w dniach 22-23 września 2011 r. Wskazano określone parametry dysku. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XV pkt 5 SIWZ Zamawiający określił, że sesja oceny zadania próbnego odbędzie się bezpośrednio po otwarciu ofert, o godz. 10.00 w miejscu otwarcia ofert, odrębnie dla każdego wykonawcy. Zamawiający przewidywał także, że w sesji tej wezmą udział umocowani reprezentanci wykonawców zaproszonych do składania ofert. W rozdziale IX SIWZ pkt 3 Zamawiający

28

przewidział obowiązek dołączenia do oferty, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, rezultatu wykonania zadania próbnego (opisy i zrzuty z ekranu). Podkreślił, że oceny wykonania zadania próbnego dokona na zasadzie spełnia / nie spełnia (rozdział IX pkt 4). W pierwotnych postanowieniach SIWZ, w tym samym rozdziale IX pkt 4, Zamawiający przewidywał także, że wezwie wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z terminem wyznaczonym na 2 dni. W wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 30 września 2011 r. (odpowiedź na pytanie nr 45) Zamawiający wykreślił wskazane postanowienia SIWZ, wskazując jednocześnie, że powyższe nie oznacza wyłączenia postanowień art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ogóle.

W terminie na składanie ofert, tj. do dnia 15 listopada 2011 r. godz. 9:30, do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty złożone przez:

- 1) Hewlett Packard z ceną ofertową: 71 217 049,20 zł i ceną za 1 Punkt Funkcyjny: 0,01 gr;
 - 2) Asseco z ceną ofertową: 51 167 872,08 zł i ceną za 1 Punkt Funkcyjny: 0,01 gr;
 - 3) Sygnity z ceną ofertową: 42 475 929,48 zł i ceną za 1 Punkt Funkcyjny: 1227,57 zł.
- Okres gwarancji we wszystkich ofertach został określony na poziomie 4 miesięcy.

Na etapie czynności badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się do wykonawców Hewlett Packard i Asseco m.in. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej 1 Punktu Funkcyjnego. Zamawiający stwierdził, że cena za ten element ceny podana w formularzach ofertowych wykonawców w ramach Grupy Usług Rozwoju jest jednym z kryteriów oceny ofert i zachodzi przypuszczenie, że jest ceną rażąco niską w tym zakresie. Wykonawcy złożyli w tym zakresie stosowane wyjaśnienia Zamawiającemu, jednocześnie też jeden z nich – wykonawca Asseco - złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wezwania go do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, wskazując na naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba, rozpatrując przywołane odwołania (sygn. akt sprawy: KIO 2547/11) oddaliła je, wskazując w uzasadnieniu, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy „Zamawiający *miał podstawy powziąć co najmniej wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska*”. Izba podkreśliła, że „specyfika przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w drodze wyjątku uzasadnia prawo zamawiającego o zwrócenie się do odwołującego o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej 1 Punktu Funkcyjnego (...) zaoferowanie przez odwołującego ceny za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 zł (element oferty) rodziło uzasadnione wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska.” Izba w orzeczeniu tym stwierdziła także, że: „usługi rozwoju oferowane w przedmiotowym postępowaniu stanowią samodzielny przedmiot zamówienia, rozerwalny od usług utrzymania”. Izba stwierdziła także, że: „w przedmiotowej sprawie istniały uzasadnione wątpliwości czy cena za 1 Punkt Funkcyjny nie jest rażąco niska”. Niezależnie od powyższego Izba wskazała,

29

że: „skoro zamawiający zmierzał do wyjaśnienia ceny jedynie elementu oferty, to nawet ewentualne stwierdzenie, że zaoferowana cena za 1 Punkt Funkcyjny jest rażąco niska nie mogłaby w ocenie Izby prowadzić do uznania, że cała oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie można pominąć w tym przypadku faktu, że zamawiający *de facto nie badał czy cena oferty zawiera rażąco niską cenę a przedmiotem badania objął jedynie element oferty.*”

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2011 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie w oparciu o podstawę wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z powodu braku ważnych ofert. Jednocześnie też poinformował wykonawców o odrzuceniu ich ofert, uznając że:

- 1) oferta Asseco zawiera rażąco niską cenę za 1 Punkt Funkcyjny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp);
- 2) treść oferty Sygnity nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp);
- 3) oferta Hewlett Packard zawiera rażąco niską cenę za 1 Punkt Funkcyjny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności odrzucenia ofert Asseco i Sygnity w postępowaniu, a w efekcie prawidłowo podjął czynność unieważnienia postępowania z powodu braku ważnych ofert.

KIO 2814/11

W pierwszej kolejności w tej sprawie wskazać należy, że Sygnity podniosło w swoim odwołaniu trzy grupy zarzutów:

- 1) pierwsze dotyczące oceny oferty samego Odwołującego w tym zakresie Odwołujący wskazywał na nieprawidłowe odrzucenie jego oferty i zaniechanie w tym zakresie skorzystania przez Zamawiającego z procedury wynikającej z art. 87 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, względnie procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) drugie dotyczące zaniechania Zamawiającego wskazania dodatkowych podstaw do odrzucenia oferty Asseco z powodu czynu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z powodu niezłożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny za 1 Punkt Funkcyjny i wskazania podstawy do wykluczenia go z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;

30

-
- 3) trzecie dotyczące zaniechania Zamawiającego wskazania dodatkowych podstaw do odrzucenia oferty Hewlett Packard z powodu czynu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z powodu niezłożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny za 1 Punkt Funkcyjny i wskazania podstawy do wykluczenia go z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Dwie ostatnie grupy zarzutów zostały przez tego wykonawcę podniesione jedynie z ostrożności procesowej.

Odwołujący w związku z powyższym wskazał także na zarzut prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Sygnity Izba uznała, że wymogi SIWZ dotyczące zakresu i przeprowadzenia zadania próbnego pozwalają na stwierdzenie, że w tym przypadku oczekiwania Zamawiającego były jednoznaczne, jeśli chodzi o charakter tej czynności. Zamawiający przewidział, że wykonawcy, przygotowując treść swojej oferty zrealizują - według przygotowanych przez Zamawiającego określonych zakresów - zadanie, które będzie stanowiło pewną próbę wykonania zamówienia przez wykonawcę w rzeczywistych warunkach realizacji zamówienia. Na potwierdzenie wykonania tego zadania i zaprezentowania jego wyników w treści oferty wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty opisy przeprowadzenia tego zadania i rzuty ekranu. W celu weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia tego zadania próbnego przez wykonawców Zamawiający przewidział tuż po otwarciu ofert sesję oceny zadania próbnego, która z założenia miała stanowić prezentację każdego z wykonawców praktycznego przeprowadzenia zadania próbnego. Na powyższe wskazują przede wszystkim zapisy rozdziału III SIWZ, Załącznik nr 2 do SIWZ oraz postanowienia rozdziału IX i rozdziału XV pkt 5-8 SIWZ.

Niezależnie od oceny Izby poprawności formalno-prawnej przyjęcia takiego rozwiązania w postanowieniach SIWZ, bowiem Izba na tym etapie postępowania, rozpoznając odwołanie w granicach zaskarżenia przez wykonawcę, nie dokonuje oceny zapisów SIWZ, przyjmując należało, że Zamawiający wymagał przeprowadzenia takiego zadania próbnego w celu merytorycznej weryfikacji jakości świadczenia usług, które objęte są przedmiotem zamówienia. Dla prawidłowej weryfikacji powyższego, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w tym postępowaniu, należało przyjąć brak powtarzalności wykonania wskazanego zadania po otwarciu ofert. Przyjęcie, że wykonawcy mogliby w tym zakresie dokonywać jakiś uzupełnień, czy powtórzeń wykonania zadania próbnego prowadziłyby – w ocenie Izby – do niedopuszczalnej zmiany treści oferty i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Uzupełniania dokumentów stanowiących opisy przeprowadzenia zadania próbnego i zrzuty z ekranu czyniłoby założenia Zamawiającego przewidziane kompleksowo w

31

SIWZ co do zadania próbnego zupełnie bezużyteczne. Nieprzydatne byłyby dla Zamawiającego opisy zadania próbnego i zrzuty z ekranu, uzupełnione po otwarciu ofert i zapoznaniu się z wynikami realizacji zadania próbnego przez pozostałych wykonawców. Nieprzydatne byłoby także ponowne przeprowadzenie prezentacji zadania próbnego przez konkretnego wykonawcę w przypadku stwierdzenia ewentualnych braków, błędów, czy nieprawidłowości w trakcie wykonywania zadania próbnego podczas pierwszej sesji otwarcia ofert. Przyjęcie dopuszczalności takiego rodzaju działań prowadziłyby do wypaczenia założeń oceny merytorycznej treści oferty, przyjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu i szeroko opisanych w postanowieniach SIWZ. Założeniem Zamawiającego była ocena zadania próbnego na zasadzie spełnia / nie spełnia (rozdział IX pkt 4 SIWZ) w oparciu o wyniki tego zadania przedstawione przez wykonawców w „papierowej” ofercie (opisy i zrzuty z ekranów) oraz poprzez elektroniczną prezentację wykonania zadania próbnego (sesja prezentacji na otwarciu ofert). Na powyższe wskazują przywołane zapisy SIWZ, a także pytania i odpowiedzi na pytania do SIWZ udzielone przez Zamawiającego, w tym w szczególności treść pytania zadane przez jednego z wykonawców i udzielonej w tym zakresie odpowiedzi przez Zamawiającego (pytanie nr 45 w piśmie Zamawiającego z dnia 30 września 2011 r.). Zamawiający, udzielając odpowiedzi na to pytanie, wykreślił z postanowień SIWZ, odnoszących się do załączenia do oferty opisów zadania próbnego i zrzutów z ekranu, postanowienie wskazujące, że zamawiający wezwanie do uzupełniania tych dokumentów trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z powyższego także wynika, że tak opisy wykonania zadania próbnego, zrzuty z ekranu, jak i sesja prezentacji wyników zadania próbnego miały stanowić merytoryczną treść oferty wykonawców, a nie dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym zastosowanie w tym zakresie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie byłoby zasadne.

Z tych też względów – w ocenie Izby – brak było możliwości uwzględnienia zarzutów odwołania Sygnity dotyczących zaniechania ze strony Zamawiającego żądania uzupełnienia określonych dokumentów przedmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Żądanie wyjaśnień dotyczących tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, na które wskazywało Sygnity, także z powyższych względów nie jest zasadne. Poza tym przywołany przepis wskazuje na możliwość żądania takich wyjaśnień przez Zamawiającego, a nie obowiązek leżący po jego stronie. Skoro dyspozycja wskazanego przepisu opiera się o prawo Zamawiającego, a nie jego obowiązek, w szczególności, gdy wskazane powyżej elementy oferty (wyniki zadania próbnego – w wersji „papierowej” i „elektronicznej”), stanowiły jej treść, z tego tytułu nie można stawiać Zamawiającemu zarzutów. Jeśliby nawet przyjmując, że w tym przypadku - w związku z uznaniem, że mamy do czynienia z treścią oferty, a nie dokumentami przedmiotowymi – miałby zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, także zarzucany przez Sygnity, to także ten przepis wskazuje na prawo Zamawiającego, a nie jego obowiązek. Wyjaśnienia ze strony Zamawiającego we wskazanym trybie, przy stwierdzeniu określonych sprzeczności z wymogami merytorycznymi SIWZ, niczego w tym zakresie nie

32

mogły zmienić przy przyjętym sposobie oceny ofert.

Z podobnych względów Izba uznała, że w tym przypadku nie może mieć także zastosowania dyspozycja art. 87 ust. 1a ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na możliwość żądania od wykonawców przez zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz

przedstawienia informacji dodatkowych, z zastrzeżeniem, że niedopuszczalne jest dokonywania istotnych zmian w treści oferty oraz zmian wymagań zawartych w SIWZ. Przepis ten wskazuje zatem na szczególny rodzaj procedury, który może być stosowany przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert w postępowaniu prowadzonym w jednym konkretnym trybie – mianowicie trybie dialogu konkurencyjnego. W wyniku przeprowadzenia tej procedury możliwym jest sprecyzowanie i doprecyzowanie treści ofert, a nawet przedstawienie informacji dodatkowych po upływie terminu składania ofert. Przepis ten wskazuje więc na to, że w ofertach wykonawców składanych w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, możliwym są różnego rodzaju niedociągnięcia, braki zdefiniowania określonych wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia, czy inne braki co do uściślenia sposobu realizacji zamówienia w zakresie treści oferty wykonawcy. Powyższe wynika z racji wyjątkowości stosowania tego trybu udzielania zamówienia publicznego z uwagi na pewnego rodzaju dopuszczalne niedookreślenia w zakresie możliwości opisu przedmiotu zamówienia ze względu na jego złożoność, poprzez wskazanie przy tym opisie określonych norm, aprobat, specyfikacji i innych technicznych systemów odniesienia, czy też braki w opisie przedmiotu zamówienia co do uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia (art. 60b ust. 1 ustawy Pzp). Pomimo powyższego ustawodawca zastrzegł jednak, że ta wyjątkowa, w tym trybie udzielania zamówień publicznych, ingerencja w treść oferty wykonawcy po upływie terminu składania oferty nie może prowadzić do istotnych zmian w treści oferty, a także do zmian wymagań SIWZ. Regulacja odnośnie „istotnych zmian w treści oferty” jest regulacją analogiczną z zawartą w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazywało wielokrotnie co oznacza przywołane wyrażenie. Wskazuje ono na zakaz dokonywania zmian w treści oferty, które pozwalałyby na pewną dowolność w kształtowaniu nowego oświadczenia woli przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert w zakresie tzw. *essentialia negotii* oferty (przyszłej umowy). Powyższe wymaga oceny konkretnego stanu faktycznego i treści oferty w kontekście konkretnych wymogów SIWZ w każdym przypadku indywidualnie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w zakresie, w jakim domaga się tego w odwołaniu Sygnity żądanie uzupełnienia, doprecyzowania wyników zdania próbnego w ofercie tego wykonawcy w sposób istotny zmieniałoby treść oferty tego wykonawcy, naruszałoby postanowienia SIWZ w tym zakresie, a także prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i uczciwej konkurencji. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje – podobnie, jak w przypadku art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – że dyspozycja art. 87 ust. 1a ustawy Pzp nie opiera się na obowiązku leżącym po stronie

33

zamawiającego lecz jego prawie. Stąd też z tytułu braku skorzystania z możliwości, jaką daje zamawiającemu wskazany przepis, w opisanych okolicznościach sprawy, nie można czynić mu zarzutów.

Co do zarzutów odnoszących się do uznania za sprzeczną z SIWZ oferty Sygnity w zakresie niezgodności merytorycznych co do pozytywnego wykonania zadania próbnego Izba stwierdziła, że niektóre z zarzutów Sygnity znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Powyższe jednak nie skutkowało uwzględnieniem odwołania z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na konieczność uwzględnienia odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z uznaniem przez Izbę, że niektóre z podstaw do odrzucenia oferty Sygnity potwierdziły się nakazywanie uwzględnienia odwołania z tego powodu, że kilka z wykazywanych przez Zamawiającego w ofercie Sygnity niezgodności z treścią SIWZ nie potwierdziło się nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania, tj. w efekcie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku ważnych ofert.

(1)

Co do Zgłoszenia wady nr 2 dla działania 121 Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Sygnity, że poprawa zgłoszonego błędu dotyczy tylko działania 121, w ofercie Sygnity brak jest natomiast informacji o występowaniu błędów w innych działaniach: 126, 311, 312, 226, 413/311 oraz 413/312.

Odwołujący wskazał zaś, że przykładowa sprawa podana w zgłoszeniu (69030-OR1501938/09) odnosi się do działania 121 oraz, że samo zgłoszenie także precyzyjnie odnosi się do działania nr 121. Identyfikacja tych rozbieżności - pomiędzy działaniem aplikacji, a

dokumentacją analityczną w ramach działania 121 – była jego zdaniem wystarczająca do stwierdzenia, że zgłoszenie wady nr 2 dotyczyło błędu aplikacji. Tym samym wskazanie, że rozbieżność dotyczy także działań 126, 311, 312, 226, 413/311 oraz 413/312 wykraczało poza zakres zadania.

Izba, odnosząc się do tych stanowisk stron stwierdziła zasadność tego zarzutu odwołania. Analiza treści zgłoszenia wady nr 2, stanowiącej załącznik do opisu i zakresu zadania próbnego (załącznik nr 2 do SIWZ), wskazuje literalnie na opis błędu we wnioskach o płatności w zakresie działania nr 121 systemu pole nr 8. Zamawiający zatem w tym przypadku literalnie określił występującą wadę w zakresie działania nr 121 i domaganie się przez niego wskazania przez wykonawcę także wady (jej analizy, opisu realizacji zgłoszenia, przygotowania i wdrożenia poprawek i prezentacji sposobu usunięcia wady) także w innych działaniach wykracza poza zakres zadania. Nawet, jeśli Zamawiający w tym zakresie liczył na szersze spektrum weryfikacji zgłoszenia wady i nawet jeśli powyższe ze wszech miar byłoby

34

uzasadnione, to Zamawiający powyższego wymogu nie zawarł w opisie zadania próbnego i zgłoszeniu wady. Literalne zaś zapisy tego zgłoszenia wskazujące wyłącznie na działanie nr 121 i nie mogą być interpretowane rozszerzająco i tym samym nie mogą być obciążające dla wykonawców.

(2)

Co do zgłoszenia wady nr 2 Zamawiający wskazał również, że wykonawca powinien zaprezentować poprawne działanie aplikacji w działaniu 123, gdzie pole nr 8 wniosku o płatność data zawarcia umowy powinno być uzupełniane wartością pola „data zawarcia umowy” z umowy o ile w ramach danej sprawy nie istnieje zatwierdzony aneks albo wartością pola „data zawarcia aneksu” z ostatniego zatwierdzonego aneksu. Wykonawca dokonał modyfikacji zasad inicjalizacji przedmiotowego pola również w działaniu 123, gdzie zgodnie z przekazaną analizą błąd opisany w zgłoszeniu nie występował.

Odwołujący podniósł zaś, że bezpośrednią i jedyną przyczyną zgłoszenia nr 2, był błąd aplikacji polegający na rozbieżności pomiędzy działaniem aplikacji, a dostarczoną dokumentacją w ramach działania 121 i w tym zakresie wprowadzona przez Sygnity poprawka usunęła skutecznie w/w rozbieżność. Po jej wprowadzeniu wada opisana literalnie w zgłoszeniu nie występuje, co zostało także przez wykonawcę zademonstrowane. Błędne działanie aplikacji dla działania 123, zademonstrowane zostało na wniosek Zamawiającego w trakcie prezentacji i nie dotyczy błędu, o którym mowa w zgłoszeniu nr 2.

Izba, odnosząc się do tych stanowisk stron, stwierdziła zasadność tego zarzutu odwołania. Analiza treści zgłoszenia wady nr 2 stanowiącej załącznik do opisu i zakresu zadania próbnego (załącznik nr 2 do SIWZ) – jak podano powyżej – wskazuje literalnie na opis błędu we wnioskach o płatności w zakresie działania nr 121 systemu pole nr 8. Okoliczność, iż na prezentacji elektronicznej realizacji zadania próbnego przez Sygnity na wniosek Zamawiającego wykonawcy wykroczył poza ustalony w SIWZ zakres zadania próbnego nie może prowadzić do negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy. W zakresie wymogów SIWZ (załącznik nr 2 do SIWZ oraz opis zgłoszenia wady nr 2) Sygnity wykonało prawidłowo w tym zakresie zadanie próbne tak w oparciu o dokumenty załączone do oferty, jak i w trakcie prezentacji. W tym zakresie mogą być brane pod uwagę tylko zapisy SIWZ; oczekiwania Zamawiającego nie sprecyzowane w licznych w tym zakresie postanowieniach SIWZ nie mogą być podstawą stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

(3)

Co do zgłoszenia wady nr 3 Zamawiający wskazał, że należało przekazać informacje o występowaniu błędu w karcie weryfikacji WoPP i WoPP NP oraz w module SAD. Tymczasem w ofercie Sygnity brak jest informacji o występowaniu błędu na karcie weryfikacji WoPP NP oraz w module SAD.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił wymagań polegających na dostarczeniu odrębnie informacji o występowaniu błędu w WoPP NP oraz w module SAD. Z

35

dokumentacji analitycznej jego zdaniem wynika, że zgłoszenie nr 3 nie odnosi się do WoPP NP, ponieważ w MD.WoPP-KartaWeryfikacji_MultiDz.xls w zakładce „Blok B” dla działania 121 NP, nie występuje pytanie „5. Wnioskodawca jest pełnoletni i nie osiągnął wieku emerytalnego - dotyczy osób fizycznych” ujęte w zgłoszeniu. Dla WoPP NP występuje inne pytanie, mianowicie

„Wnioskodawca jest pełnoletni i nie ukończył 60 lat - dotyczy osób fizycznych”. Tym samym dalsza analiza zgłoszenia wady w kontekście WoPP NP wykraczała poza zakres zadania. Co do SAD Odwołujący wyjaśnił, że wskazanie błędu dotyczy konkretnej reguły określonej w dokumentacji analitycznej (w artefakcie MD.WoPP-KartaWeryfikacji_MultiDz.xls), która nie jest spełniona. W dokumentacji reguła ta jest jednoznacznie powiązana z elementami aplikacji w których ma zastosowanie, w tym z modulem SAD. Zatem wskazanie – jego zdaniem – reguły jako błędnej jest jednoznaczne z wskazaniem, że błąd występuje także w module SAD.

Izba, odnosząc się do tych stanowisk stron, stwierdziła zasadność tego zarzutu odwołania w części, a mianowicie co do tego, że zgłoszenie nr 3 odnosi się także do WoPP NP. Analiza treści zgłoszenia wady nr 3 stanowiącej załącznik do opisu i zakresu zadania próbnego (załącznik nr 2 do SIWZ) wskazuje literalnie na konkretne pytanie w tym zakresie (...). Tym samym odnośnienie błędu tego poza literalny zakres pytania (...) stanowiłoby o ocenie zadania próbnego w sposób, który nie został zapisany w jego opisie i zakresie oraz w samy zgłoszeniu błędu, nawet jeśli takie były oczekiwania Zamawiającego. Wszelkie niejasności w tym względzie nie mogą obciążać wykonawcy.

Co do kwestii SAD w odwołaniu Odwołujący nie kwestionuje zasadności wykazywania wskazanego błędu także w module SAD, twierdzi jedynie, że poprzez powiązanie w dokumentacji tej reguły z elementem aplikacji, w którym ma zastosowanie, a więc również z modulem SAD, wskazuje się, że błąd ten wystąpił także w module SAD. Zdaniem Izby powyższe należało wykazać w ramach zadania próbnego. Tymczasem analiza zadania próbnego Sygnity w oparciu o przedłożone wraz z ofertą opisy i zrzuty z ekranów nie pozwala na stwierdzenie, że wykonawca ten dokonywał także w tym zakresie analizy i naprawienia błędu. Treść tych dokumentów wskazuje tylko na kartę weryfikacji WoPP. Z tych też względów Izba stwierdziła w tym zakresie sprzeczność wykonania zadania próbnego z wymogami SIWZ. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, a dodatkowo przedstawiona przez niego argumentacja nie wskazuje na brak wskazanego wymogu w SIWZ tylko na nieistotny skutek niewykonania w tym zakresie prawidłowo zadania próbnego.

(4)

Co do kwestii, w której Zamawiający wskazał na niedopełnienie wymogu dołączenia do oferty Sygnity zrzutów potwierdzających naprawę błędu dla sprawy podanej w zgłoszeniu wady, z uwagi na to Odwołujący podniósł, że w SIWZ nie ma wymagań, które wskazywałyby, że demonstracja naprawy błędu musi być przeprowadzona na wnioskach/sprawach wymienionych w zgłoszeniu jako przykładowe. Do demonstracji użyto danych (sprawy), w której odtworzono

36

warunki, w jakich występowała niezgodność pomiędzy działaniem aplikacji, a dokumentacją analityczną, skutkujące zgłoszeniem nr 3, tzn. wartości uczestniczące w sprawdzeniach będących treścią reguły są identyczne, jak w przykładowej sprawie. Demonstracja według Odwołującego jest wystarczająca, do potwierdzenia usunięcia błędu aplikacji.

Izba, odnosząc się do tych stanowisk stron, stwierdziła niezasadność tego zarzutu. Zgodnie z wymogami SIWZ zadanie próbne należało przeprowadzić w oparciu o przedstawione wykonawcom materiały, opisy zadania próbnego oraz zrzuty z ekranu. Dokumenty te – jak wskazano wcześniej – miały charakter merytorycznego potwierdzenia wykonania zadania próbnego przez wykonawcę. Skoro Zamawiający określił konkretne zgłoszenia wad, w oparciu o które należało przeprowadzić analizę, opis sposobu realizacji poszczególnych zgłoszeń, przygotowanie i wdrożenie poprawek usuwających błędy w aplikacji oraz zaprezentować sposób usunięcia konkretnego błędu, przedłożone wraz z ofertą wydruki powinny dotyczyć konkretnego zgłoszenia wady konkretnej sprawy. Jeśli wykonawca przedłożył wydruk innej sprawy, co sam przyznał w treści odwołania, jak i w toku rozprawy, powyższe oznacza, że nie wykonał prawidłowo – zgodnie z wymogami SIWZ - zadania próbnego. Zgodnie z SIWZ – na co Izba wskazuje we wcześniejszych ustaleniach – zarówno załączone do oferty rezultaty wykonania zadania próbnego, jak i sama jej elektroniczna prezentacja na sesji otwarcia ofert, miały potwierdzać spełnianie merytorycznych wymogów SIWZ co do przeprowadzenia zadania próbnego, które zostały przewidziane przez Zamawiającego i nie zostały skutecznie zakwestionowane przez wykonawców na etapie weryfikacji postanowień SIWZ.

(5)

Co do zgłoszenia wady nr 6 Zamawiający wskazał, że poprawa błędu powinna dotyczyć wszystkich wersji kart weryfikacji WOPP oraz modułu SAD, w przypadku braku poprawy błędu w module SAD - przekazanie informacji o tym fakcie. Tymczasem Sygnity dokonało naprawy błędu

literalnie w działaniu 311, nie dokonując sprawdzenia pozostałych działań i składając oświadczenie, że mając na uwadze, że jest to jedynie zadanie próbne, a nie rzeczywista naprawa błędów, odniósł się we wszystkich częściach zadania jedynie do opisu błędu. Zamawiający podkreślił, że wykonawca ten nie wskazał w odpowiedzi na zgłoszenie błędu informacji o występowaniu błędu w module SAD. W ramach zgłoszenia wady nr 6 – zdaniem Zamawiającego – Sygnity powinno zaprezentować naprawę błędu dla działania 126 dla dowolnej wersji użytkownika karty weryfikacji WoPP. Wykonawca dokonał naprawy błędu literalnie w działaniu 311, nie dokonując sprawdzenia pozostałych działań składając oświadczenie, że mając na uwadze, że jest to jedynie zadanie próbne, a nie rzeczywista naprawa błędów, odniósł się we wszystkich częściach zadania jedynie do opisu błędu. Wykonawca nie naprawił błędu w działaniu 126 w związku z tym nie zaprezentował poprawnego funkcjonowania aplikacji w działaniu 126.

Odwolujący wskazał, że przykładowa sprawa podana w tym zgłoszeniu (69200-OR1500330/10) odnosi się do działania 311. Identyfikacja rozbieżności pomiędzy działaniem

37

aplikacji, a dostarczoną dokumentacją analityczną w ramach działania 311 jest wystarczająca do określenia wady ujętej w zgłoszeniu nr 6 jako błędu aplikacji. Błędne działanie aplikacji dla działania 126, zademonstrowane na wniosek Zamawiającego w trakcie prezentacji, jego zdaniem, nie dotyczą bezpośrednio błędu, o którym mowa w zgłoszeniu nr 6. Wskazanie, że rozbieżność dotyczy także działania 126, a także naprawa rozbieżności w zakresie działania 126 wykraczało poza zakres zadania.

Izba, odnosząc się do tych stanowisk stron stwierdziła zasadność tego zarzutu. Przywołana w zgłoszeniu sprawa poprzez przywołanie jej numeru dotyczy działania 311. Co do tego ustalenia Zamawiający nie zaoponował. Skoro zgłoszenie nr 6 nie dotyczyło wprost (literalnie) działania nr 126 nie można wobec wykonawcy wywodzić w tym zakresie negatywnych skutków, jeśli nie przedstawił wyników badania w tym konkretnie zakresie.

Co do zarzutów podnoszonych z ostrożności procesowej, a dotyczących oferty Asseco i Hewlett Packard Izba uznała je za niezasadne.

Co do konieczności odrzucenia tych ofert w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na niezłożenie wyjaśnień przez tych wykonawców dotyczących wyceny 1 Punktu Funkcyjnego Izba uznała, że Sygnity nie posiada interesu w podnoszeniu tego zarzutu z uwagi na to, że oferty obydwojch wykonawcy (Asseco i Hewlett Packard) zostały przez Zamawiającego odrzucone w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu rażąco niskiej ceny w zakresie podania ceny za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 gr. W ocenie Izby, żądanie odrzucenia ofert wskazanych wykonawców z powołaniem *de facto* na te same okoliczności faktyczne, które były podstawą odrzucenia ofert tych wykonawców przez Zamawiającego, stanowi o braku jakiegokolwiek przejawu uszczerbku w interesie odwołującego się wykonawcy związanym z uzyskaniem niniejszego zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że przywoływany przez Sygnity art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazuje na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył w ogóle wyjaśnień lub jeśli wyjaśnienia złożył, a ich ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwencją oceny złożonych w tym postępowaniu wyjaśnień przez Asseco i Hewlett Packard było uznanie przez Zamawiającego, że oferty te podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zawierają cenę rażąco niską. W ocenie Izby w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej na wezwanie Zamawiającego i ocena tych wyjaśnień jest negatywna dla wykonawcy, samoistną podstawą do odrzucenia oferty tego wykonawcy stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Domaganie się przez Sygnity odrzucenia ofert wskazanych wykonawców jeszcze w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowić może pewnego rodzaju nadużycie w formułowaniu zarzutów odwołania, a z pewnością nie wyczerpuje materialnoprawnej przesłanki uzasadniającej podnoszenie takiego zarzutu w oparciu o dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

38

Co do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wskazanych wykonawców w oparciu o dodatkową przesłankę w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji Izba podjęła podobne rozstrzygnięcie. Sygnity domagało się odrzucenia ofert wskazanych wykonawców w

oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podczas, gdy Zamawiający odrzucił te oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawą odrzucenia ofert Asseco i Hewlett Packard przez Zamawiającego z powodu czynu nieuczciwej konkurencji są te same okoliczności, które podnosi Odwołujący w formie zarzutu zaniechania dokonania określonej czynności przez Zamawiającego (odrzućcenia ofert). Tym samym – w ocenie Izby – również w tym zakresie nie możemy mówić o wypełnieniu przesłanki jakiegokolwiek uszczerbku w interesie odwołującego się wykonawcy przejawiającego się w możliwości pozbawienia go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Co do zarzutów zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wskazanych wykonawców z powodu podania nieprawdziwych informacji w treści oferty, które to informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) Izba uznała zarzuty za niezasadne. Podstawę faktyczną stawianych w tym zakresie zarzutów Zamawiającemu jest podanie ceny przez obydwu wykonawców za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 gr. Odwołujący wykazywał, że zgodnie z wymogami SIWZ (załącznik nr 4c do wzoru umowy) Zamawiający wymagał, aby podstawą wyceny propozycji, bądź zmiany modyfikacji czy ulepszenia była analiza jej złożoności. Zaś złożoność oprogramowania propozycji miała być wyceniona zgodnie z metodą Analizy Punktów Funkcyjnych w wersji 4.1 Wskazał, że opis standardu Analizy Punktów Funkcyjnych opracowany jest i utrzymywany przez organizację „The International Function Point Users` Group” (IFPUG). Według Sygnity podanie przez Asseco i Hewlett Packard ceny za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 gr stanowi o podaniu przez tych wykonawców nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby powyższe twierdzenia i oparte na nich zarzuty nie są zasadne. Choć kwestia nierzetelnej wyceny tej pozycji formularza ofertowego może być podnoszona w innym aspekcie – jak Izba rozstrzygnęła to rozpoznając odwołane KIO 2819/11, o czym mowa poniżej w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia – to nie znajduje to, w ocenie Izby, uzasadnienia do uznania, że mamy do czynienia z podaniem w tym zakresie nieprawdziwych informacji. Taka metoda postępowania wykonawców, przyjęcia takiego sposobu wyceny usług rozwoju można uznać za nierzetelny, wprowadzający w błąd Zamawiającego itd., obiektywnie jednak nie można stwierdzić, że sposób podania informacji o cenie za 1 Punkt Funkcyjny (częściowe umiejscowienie wyceny tych usług w ramach usług utrzymania) stanowi nieprawdziwe informacje wykonawców. Z tych też względów zarzuty te należało oddalić.

39

KIO 2819/11

Rozpoznając zarzuty tego odwołania Izba uznała zasadność tylko jednego zarzutu związanego z uznaniem, że cena Asseco jest rażąco niska, pozostałe zarzuty Izba oddaliła.

W związku z uznaniem jednego z zarzutów odwołania Izba jednak nie orzekła o uwzględnieniu odwołania i nie nakazywała Zamawiającemu dokonania określonych czynności w postępowaniu z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazany przepis pozwala na uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro pozostałe zarzuty odwołania zostały przez Izbę oddalone, co oznacza, że Izba potwierdziła zasadność odrzucenia oferty Asseco przez Zamawiającego i w efekcie zasadność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzenie niezasadności odrzucenia tej oferty w oparciu tylko o jedną z kilku przesłanek nie mogło mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, tj. unieważnienie niniejszego postępowania.

Izba uwzględniła zarzut odwołania dotyczący uznania przez Zamawiającego, że oferta Asseco zawiera rażąco niską cenę w związku z podaniem przez tego wykonawcę ceny za usługi rozwoju na poziomie 0,01 gr. W ocenie Izby brak było podstaw do takiego działania ze strony Zamawiającego choćby z uwagi na wyrok Izby z dnia 14 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2547/11, wydany w sprawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba, oddalając zarzut zgłoszony przez Asseco co do niezasadnego w ocenie tego wykonawcy wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny za 1 Punkt Funkcyjny, Izba jednocześnie odniosła się do kwestii ustalenia w tym zakresie, że cena jest rażąco niska i ewentualnego odrzucenia oferty z tego powodu. Izba stwierdziła, że żądanie wyjaśnień przez Zamawiającego co do jednego z elementów ceny przy uwzględnieniu

specyfikacji przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu jest zasadne. Jednakże ewentualne stwierdzenie przez Zamawiającego, że cena za 1 Punkt Funkcyjny jest rażąco niska nie mogłoby prowadzić do uznania, że cała oferta zawiera rażąco niską cenę. Tym samym Izba w sprawie o sygn. akt: KIO 2547/11 uznała, że odrzucenie oferty z tego powodu w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest nieuzasadnione. Skład orzekający w przedmiotowej sprawie, uznając, że rozstrzygnięcie w sprawie KIO 2547/11 zapadło w przedmiocie tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oparła swoje rozstrzygnięcie co do tego zarzutu o wskazane orzeczenie Izby z dnia 14 grudnia 2011 r. Izba uznała, że pomimo specyfikacji mniejszego przedmiotu zamówienia i w związku z tym możliwości żądania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących jednego z elementów składowych przedmiotu zamówienia, brak było podstaw do uznania, że cena za cały przedmiot zamówienia jest rażąco niska. Jak bowiem wynika z ustaleń faktycznych w sprawie cena ofertowa Asseco (za cały przedmiot zamówienia) nie była ukształtowana na najniższym poziomie – była to cena druga w kolejności. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Izby i sądów okręgowych, a

40

wcześniej Zespołów Arbitrów odrzucenie oferty w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uzasadnione jest jedynie w sytuacji, gdy cena za cały przedmiot zamówienia jest rażąco niska. Ustalenie tej okoliczności wyłącznie w odniesieniu do ceny jednostkowej czy elementu ceny ofertowej, czy jej kalkulacji nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie kwestionował ceny ofertowej Asseco jako takiej, nie występował w odniesieniu do niej z prośbą o wyjaśnienie elementów kalkulacyjnych. Swoje wyjaśnienia oparł jedynie na ocenie okoliczności związanych z ustaleniem ceny za usługi rozwoju na poziomie 0,01 gr za 1 Punkt Funkcyjny. Tym samym Izba, działając w oparciu o ustalenia i rozstrzygnięcie podjęte w tej sprawie przez Izbę w sprawie KIO 2547/11, uznała zarzut odwołania Asseco za zasadny.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba oddaliła, uznając ich bezzasadność.

Co do zarzutu nieuprawnionego – zdaniem Odwołującego – odrzucenia jego oferty z powodu uznania, że złożenie przez tego wykonawcę oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła jego niezasadność. Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uznając, że podanie przez Asseco ceny za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 gr, biorąc pod uwagę okoliczność, iż cena 1 Punktu Funkcyjnego podawana w ramach usług rozwoju stanowi kryterium oceny ofert o wadze 35%, stanowi nieuczciwe praktyki. Zamawiający stwierdził, że Asseco w celu uzyskania zamówienia sięgnęło po nieuczciwe praktyki sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, zagrażające i naruszające interes klienta (Zamawiającego), jak i przedsiębiorców (innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia). Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji przywołał wyjaśnienia Asseco udzielone mu w tym zakresie, w których wykonawca ten podkreślił także, że usługi rozwoju będą realizowane w ramach usług utrzymania, a dzięki temu możliwe jest wykonanie usług rozwoju bez przyrostu kosztów, czyli w cenie 0,01 gr za 1 Punkt Funkcyjny. Według Zamawiającego wskazany wykonawca powyższym działaniem dokonał alokacji kosztów rozwoju do kosztów utrzymania, co także biorąc pod uwagę ustalone kryteria oceny ofert stanowi o nieuczciwych praktykach mających na celu zaburzenie przebiegu postępowania. Zamawiający wskazał także, że powyższe działanie Asseco naraża Zamawiającego na zarzut niezgodności z przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zgodnie bowiem z tymi przepisami jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, zaś te powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem najlepszych efektów do danych nakładów. Zwrócił uwagę na celowe wyodrębnienie w postanowieniach SIWZ usług utrzymania od usług rozwoju w taki sposób, aby móc płacić za produkty w ramach usług rozwoju po ich realizacji. Przy wycenie usług rozwoju w ramach usług utrzymania Zamawiający zmuszony byłby płacić w ramach

41

miesięcznego ryczałtu w ramach usług utrzymania także za usługi rozwoju, mimo nie zlecenia realizacji tych usług. Zamawiający podkreślił także, że takie działanie Asseco jest sprzeczne z ustawą z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, z której wynika, że poszczególne składniki

wycenia się, stosując rzeczywiście poniesione na ich nabycie (wytworzenie), ceny (koszty) z zachowaniem zasady ostrożności.

Odwołujący, podnosząc zarzut odwołania w tym zakresie wskazał, że Zamawiający w ogólnikowy sposób stwierdził, że cena za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 gr uprawiania go do stwierdzenia, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie udowodnił na czym polegała bezprawność działań Asseco lub sprzeczność z dobrymi obyczajami i w jakie interesy to godzi. Podkreślił także, że w tym również kontekście cena winna być rozpoznawana jako całość oraz na to, że wykonawca ma prawo do swobodnego kalkulowania ceny i poszczególnych jej elementów oraz ryzyka związanego z umową, a istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest konkurowanie, w tym cenowe, pomiędzy wykonawcami.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie tej przesłanki odrzucenia oferty Asseco było jasne, precyzyjne i określało konkretne okoliczności, które Zamawiający wziął pod uwagę, odrzucając ofertę Asseco z powodu czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie można stwierdzić, że to Odwołujący w dostateczny sposób nie wykazał w odwołaniu prawidłowości i rzetelności swoich działań przy kalkulacji ceny za 1 Punkt Funkcyjny. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie, Zamawiający w sposób wyraźny w postanowieniach SIWZ dokonał wydzielenia dwóch rodzajów usług, które zostały objęte przedmiotem zamówienia – usług utrzymania i usług rozwoju (rozdział II SIWZ, załącznik nr 3 do SIWZ – wzór umowy i przede wszystkim jego art. 2, 4 i 6, Załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy). Postanowienia SIWZ, wskazują także na konieczność odrębnej wyceny wskazanych usług (przywołane powyżej postanowienia SIWZ oraz postanowienia rozdziału XVI pkt 2 SIWZ). Uwzględniając powyższe oraz to, że wycena 1 Punktu Funkcyjnego stanowiła podstawę przyznawania przez Zamawiającego punktów wykonawcom w ramach kryterium oceny ofert, któremu Zamawiający nadał wagę 35% (rozdział XVIII pkt 1.2) podanie przez Asseco ceny w tym zakresie na poziomie 0,01 gr z pewnością stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu uzyskania niniejszego zamówienia na skutek nieuprawnionych, niekonkurencyjnych praktyk prowadzących do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, czy przedsiębiorców, tych którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie objęte jest dyspozycją normy prawnej wynikającej z dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi także samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r. sygn. akt: III CKN 271/01, przywoływane tak przez Zamawiającego, jak i Odwołującego). Dobre obyczaje, na które wskazuje się w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które stanowi pewnego rodzaju

42

niestaranność przedsiębiorcy w jego zawodowej działalności, które może prowadzić do zniekształcenia prowadzonych, określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Niewątpliwym było dla Izby, że za takie działania (sprzeczne z dobrymi obyczajami) należy uznać ustalenie przez Asseco ceny za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 gr w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy przyjętym rozdzieleniu usług, określonym kryterium oceny ofert za 1 Punkt Funkcyjny i zasadach wypłaty wynagrodzenia umownego odrębnie za każde z tych usług. Powyższe stwierdzenie jest uzasadnione, w szczególności biorąc pod uwagę udzielone w tym zakresie wyjaśnienia przez Asseco dotyczące tego jednego elementu cenowego przedmiotu zamówienia. Wykonawca ten wyraźnie oświadczył bowiem, że nie dokonał wyceny tych usług z uwagi na brak wydzielenia w tym zakresie - zgodnie z SIWZ - specjalnego zespołu osobowego zajmującego się wyłącznie realizacją usług rozwoju. Asseco oświadczyło, że szczególny powoływany przede wszystkim do celu realizacji usług utrzymania zespół będzie również wykonywał ewentualnie zlecane usługi rozwoju. Przy takim założeniu wykonawcy i przy przyjętych warunkach oceny ofert i płatności wynagrodzenia za realizację umowy w postanowieniach SIWZ (odrębnie płatne usługi utrzymania – miesięcznym ryczałtem i usługi rozwoju odrębnie płatne w oparciu o odrębne zlecenia i wycenę *ad hoc* na podstawie ceny ofertowej za 1 Punkt Funkcyjny) ewidentnie wykonawca ten ustawił się w pozycji korzystniejszej wobec innych wykonawców, niemniej nieuczciwej wobec nich poprzez podanie ceny z najniższą wymierną jednostką pieniężną w kraju za 1 Punkt Funkcyjny (1 grosz). Nie odrzucenie z tego powodu oferty Asseco prowadziłoby

do wyboru oferty droższej na korzystniejszych wyłącznie dla tego wykonawcy (Asseco) warunkach płatności za te usługi. Zgodzić należy się z Odwołującym, że co do usług rozwoju Zamawiający nie wymagał stworzenia odrębnego zespołu osobowego zajmującego się doraźnie (*ad hoc*) realizacją wskazanych usług. Niezależnie od powyższego wycena tego elementu przedmiotu zamówienia dla celów porównania i oceny ofert w postępowaniu, a także zasad wypłaty wynagrodzenia umownego powinna być realna. Za taką realną wycenę z pewnością nie może być uznana sytuacja, w której cena 1 Punktu Funkcyjnego kształtuje się na poziomie 0,01 gr. Odwołujący zatem powinien także w oparciu o postanowienia SIWZ dokonać wyceny tego elementu oferty, wydzielając i szacując realnie wartość usług rozwoju, nawet jeśli będą one świadczone przez te same osoby, które miały świadczyć usługi utrzymania. Wskazują na to postanowienia rozdziału XVI SIWZ, czy też wzór formularza ofertowego przyjęty w niniejszym postępowaniu (załącznik nr 1 do SIWZ). W tym zakresie należy także zwrócić uwagę na postanowienia Załącznika nr 4c do wzoru umowy, który określał strukturę Punktu Funkcyjnego w oparciu o złożoność oprogramowania propozycji zmiany lub ulepszenia, które miały być realizowane w ramach usług rozwoju. Wskazywał na konieczność uwzględnienia w tym zakresie

43

zasad przyjętej metodyki, zaleceń IFPUG dla określania właściwej struktury, zakresu, a tym samym wyceny Punktu Funkcyjnego. Brak wydzielenia realnych kosztów świadczenia tych usług i ich zaanektowanie w usługach utrzymania, potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie (prowizorycznie), a nie realnie wyceny tych usług przyjmując wartość jednostkową tej usługi na poziomie najniższym, nierealistycznym, dającym mu większe szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Takiego działania nie można – zdaniem Izby – uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, a może zwłaszcza na tym rynku, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. O takich praktykach w omawianym przypadku – zdaniem Izby – mówić nie można.

Niezależnie zatem od stwierdzenia bądź braku takiego stwierdzenia, że powyższe działanie wykonawcy prowadzi do naruszenia przepisów ustawy o rachunkowości, czy ustawy o finansach publicznych, samo stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli powyższe prowadzi bądź może tylko prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy należy uznać za wypełnienie podstaw do stwierdzenia dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, co z kolei prowadzi do odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nieuzasadniony jest także podnoszony w tym zakresie przez Asseco zarzut nie podania przez Zamawiającego wszystkich okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego z powodu uznania, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i naruszenia w tym względzie przez Zamawiającego art. 92 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Zamawiający w treści pisma informującego o wynikach postępowania, w tym o podstawach odrzucenia oferty Asseco i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób wystarczający wskazał zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne swoich czynności. Pismo Zamawiającego skierowane w tym zakresie do wykonawców jest obszerne i szczegółowe. Z jego treści można w sposób prosty wyciągnąć wnioski co do tego, co kierowało Zamawiającym przy odrzuceniu oferty Asseco, w tym także w zakresie uznania, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Wskazano na podstawę prawną samej czynności (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), a także na podstawę materialnoprawną stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Uzasadnienie takiej decyzji Zamawiającego dawało wykonawcy możliwość sformułowania - co do zasadności dokonania tej czynności - zarzutów odwołania. W tym zakresie - ze zrozumieniem samego oświadczenia woli Zamawiającego, a także podstaw podjęcia takiego działania z jego strony wobec oferty tego wykonawcy Asseco - nie powinno było mieć żadnych problemów i faktycznie ich nie miało.

Z tych też względów wskazany zarzut należało uznać za gołosłowny.

44

Co do zarzutów odnoszących się do uznania, że treść oferty Asseco jest sprzeczna z treścią SIWZ (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) w zakresie sposobu kalkulacji ceny

ofertowej, w tym wyceny Punktu Funkcyjnego, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający, wskazując na niezgodność treści oferty Asseco z treścią SIWZ w tym zakresie wskazał przede wszystkim na treść załącznika nr 1 do SIWZ (formularz ofertowy). Izba zgodziła się z tym stanowiskiem Zamawiającego, wskazując dodatkowo na zapisy rozdziału XVI SIWZ, gdzie Zamawiający określił sposób obliczenia ceny w pkt 2 tego rozdziału, podając, że ceny określone w formularzu ofertowym powinny zawierać wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. W tym zapisie SIWZ Zamawiający, posługując się pojęciem „ceny”, odwołuje się do liczby mnogiej tego rzeczownika. Zamawiającemu zatem w tym przypadku chodziło o podanie wszystkich cen formularza ofertowego, a nie ceny łącznej, które to ceny – każda z nich za poszczególne usługi – miały uwzględniać koszty związane z wykonaniem konkretnych usług objętych opisem przedmiotu zamówienia i wyodrębnionych w formularzu ofertowym. Brak zastosowania się do tego wymogu SIWZ i umiejscowienie wyceny jednych usług w innych usługach i ich realnego ich wyodrębnienia, bez możliwości weryfikacji wyceny tych usług, świadczy o niedostosowaniu się w tym zakresie przez Asseco do wymogów SIWZ.

Powyższe nie mogłoby także podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji Zamawiającego z wykonawcą (istniałaby potrzeba nowej - po upływie terminu do składania ofert - wyceny usług rozwoju przez Asseco).

Izba stwierdziła również, że niezasadny był także zarzut dotyczący odrzucenia oferty Asseco z powodu uznania, że rezultat zadania próbnego tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ i naruszenia w tym względzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także tego artykułu w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez skorzystanie w tym zakresie przez Zamawiającego z procedury poprawienia omyłki w ofercie Asseco.

Zamawiający w informacji o wynikach postępowania wskazał, że rezultat zadania próbnego przedstawiony przez Asseco w części dotyczącej Zgłoszenia Zapotrzebowania na Modyfikację / Ulepszenie nie może zostać pozytywnie oceniony przez Zamawiającego z uwagi na wadliwe podejście do określenia wartości Modyfikacji / Ulepszenia. Wskazał on m.in., że sposób realizacji zadania zaproponowany przez Asseco należy uznać za wadliwy z następujących przyczyn:

- 1) po przeliczeniu Roboczości na Punkty Funkcyjne, zgodnie z wzorem zdefiniowanym we wzorze umowy, wartość Modyfikacji / Ulepszenia wynosi równowartość 1 000 00 Punktów Funkcyjnych;

45

-
- 2) brak odniesienia do najlepszych standardów IT, gdzie wartość tego typu modyfikacji w Punktach Funkcyjnych nie przekracza średnio 20 Punktów Funkcyjnych.

W tym przedmiocie istotne jest także, że Zamawiający pismem z dnia 24 listopada 2011 r. wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie w jego ofercie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ mającej charakter omyłkowego działania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która to omyłka związana była z wyceną w zakresie zadania próbnego przedstawioną w roboczościach zamiast w Punktach Funkcyjnych. Zamawiający wskazał na sposób poprawienia tej omyłki w ofercie Asseco poprzez zastosowanie przyjętego w Załączniku nr 4c do Wzoru umowy (pkt 6) wzoru do przeliczenia danych przedstawionych przez Asseco w roboczościach na punkty funkcyjne w związku z adnotacją na wydruku zadania próbnego Asseco, że: „koszt zmiany wyrażonej w PF powinien zostać wyliczony na podstawie wzoru określonego w pkt 6 Załącznika nr 4C do Umowy”. Wykonawca Asseco w piśmie z dnia 25 listopada 2011 r. wyraził zgodę na dokonanie tej poprawki w treści jego oferty.

Izba uznała, że w ramach Załącznika nr 4A1 – Wzór Zgłoszenia Zapotrzebowania na Modyfikację / Ulepszenie, który stanowił także załącznik do zadania próbnego w załączniku nr 2 do SIWZ w pkt 2.4 wskazano na konieczność wyceny tego działania w Punktach Funkcyjnych. Powyższe należało także odnosić do wykonania zadania próbnego, skoro dokument ten stanowił załącznik do załącznika nr 2 do SIWZ (Opis i zakres zadania próbnego). Na powyższe wskazywała także odpowiedź Zamawiającego na zapytanie do SIWZ, która została udzielona w piśmie Zamawiającego z dnia 30 września 2011 r. (pytanie i odpowiedź nr 41), gdzie wykonawca prosił o wskazanie współczynnika X w opisanym wzorze przeliczania roboczości na Punkty Funkcyjne, zaś Zamawiający wskazał, że jest to współczynnik stanowiący stosunek ceny

roboczo do ceny Punktu Funkcyjnego. Skoro AssecO w rezultacie tego zadania dokonał wyceny określonej Modyfikacji / Ulepszenia w roboczo dniach, co wskazywało na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, przy uwzględnieniu stanowiska Izby zaprezentowanego w niniejszym uzasadnieniu w sprawie odwołania o sygn. akt: KIO 2814/11, że wykonanie zadania próbnego stanowiło element merytorycznej oceny zgodności oferty wykonawcy z wymogami SIWZ. Słusznie, wobec zastrzeżenia w ofercie Odwołującego odnośnie przeliczenia roboczo dni na Punkty Funkcyjne przy użyciu wzoru przewidzianego w SIWZ, Zamawiający dokonał w oparciu o treść oferty AssecO jej poprawienia. Przeliczenie roboczo dni na Punkty Funkcyjne wskazało na 1 000 000 Punktów Funkcyjnych z tytułu realizacji przedmiotowej Modyfikacji / Ulepszenia w ramach zadania próbnego. Skoro Odwołujący zgodził się na powyższe nie może on aktualnie kwestionować działania Zamawiającego w tym zakresie, skoro wcześniej tego działania Zamawiającego nie kwestionował. Nie może także kwestionować powyższego skoro na poprawienie tej omyłki wyraził Zamawiającemu zgody. Argumentacja Odwołującego, że poprawienie jego oferty przez Zamawiającego we wskazanym zakresie nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ i odrzucenia oferty

46

Odwołującego nie była przekonująca dla Izby. Podkreślić należy, że wykazywana przez Zamawiającego niezgodność nie odnosi się do samej czynności poprawienia oferty Odwołującego. Poprawienie jej było jedynie czynnością techniczną (matematyczną), polegającą na przeliczeniu roboczo dni na Punkty Funkcyjne i nie stanowi podstawy stwierdzenia niezgodności treści oferty AssecO z treścią SIWZ. Podstawę tę stanowi sam wynik dokonanego przeliczenia, który zgodnie z przyjętą metodologią dokonywania tej wyceny, przewidzianej w SIWZ, nie był adekwatny do zakresu dokonywanych w tym zakresie czynności w związku z obowiązującymi w tym zakresie zaleceniami IFPUG.

Argumentacja Odwołującego dotycząca tego zarzutu nie jest spójna. Odwołujący przywołuje pkt 6 załącznika nr 4c do Wzoru umowy, który wskazuje na brak konieczności stosowania w tym zakresie zaleceń IFPUG (szczególne sytuacje, gdy zalecenia te nie mają zastosowania) i wyceny określonych Modyfikacji / Ulepszeń w roboczo dniach, które zostaną przeliczone na Punkty Funkcyjne według określonego tam wzoru matematycznego. Z drugiej strony Odwołujący przyznał, wyrażając swoje wyraźne oświadczenie, że istnieje w tym zakresie niezgodność merytoryczna z treścią SIWZ, którą należy poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przy czym Odwołujący także pomija, zapis przywołanego pkt 2.4 załącznika do zadania próbnego dotyczącego zgłoszenia zapotrzebowania na Modyfikacje / Ulepszenie, gdzie wyraźnie wskazano na konieczność wyceny tego działania w Punktach Funkcyjnych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła niezgodność merytoryczną treści oferty AssecO co do wykonania i wyceny zadania próbnego w zakresie zgłoszenia Modyfikacji / Ulepszenia. Jak wykazywał Zamawiający wycena na poziomie 1 000 000 Punktów Funkcyjnych wskazuje na nierealność tej wyceny i niezgodność co do wycen rynkowych w tym zakresie. Uprawdopodobnieniem powyższego był dokument prywatny przedłożony w toku rozprawy przez Przysięgującego Sygnity i poparty przez Zamawiającego, tj. ekspertyza Pani dr hab. Beaty Czarnackiej – Chrobot z dnia 8 stycznia 2012 r. Odwołujący natomiast, tak w odwołaniu, jak i w toku rozprawy, nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska – realności i zgodności wyceny określonego działania w ramach zadania próbnego na poziomie 1 000 000 Punktów Funkcyjnych wyliczonych w oparciu o podane przez tego wykonawcę roboczo dni z zalecanymi IFPUG, przyjętymi w SIWZ w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nawet nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji, która wskazywałaby na zgodność dokonanej wyceny z wymogami SIWZ i tym samym jej realność. Kwestionował tylko zasadność poprawienia omyłki w swojej ofercie, na co wcześniej wyraził formalną zgodę i wskazywał na brak konieczności dokonywania w tym zakresie wyceny w Punktach Funkcyjnych, a tylko w roboczo dniach, pomijając zupełnie zapisy pkt 2.4 załącznika do zadania próbnego.

Z tych też względów zarzuty w tym zakresie należało uznać za bezzasadne.

47

Podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie definicji pojęcia „cena” wskazanej w tym przepisie, Izba uznała za niezasadny. Zarzut ten został podniesiony przez AssecO samoistnie w związku z podaniem przez niego ceny za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 gr i wywodzeniu z tego tytułu przez Zamawiającego

wszelkich negatywnych dla tego wykonawcy skutków prawnych. W kontekście zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czy też zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji zarzut ten jest bezzasadny, co najwyżej można go odnosić do zarzutu związanego z uznaniem w ofercie Asseco ceny rażąco niskiej. W tym, ani w innym względzie zarzut ten nie został jednak w sposób dostateczny uzasadniony i wykazany przez Odwołującego. Wskazanie naruszenia przepisu dotyczącego definicji określonego pojęcia, którym posługuje ustawodawca w regulacjach ustawy Pzp jako samoistnej podstawy zarzutu bez dodatkowych dowodów w sprawie, a nawet dodatkowej argumentacji, nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Zarzut ten co najwyżej można traktować łącznie z innymi zarzutami odwołania, co w przypadku jedynie zarzutu ceny rażąco niskiej mogłoby znaleźć swoje potwierdzenie, jednak – jak wskazano powyżej – powyższe nie mogłoby stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Izba w przedmiotowej sprawie, w związku ze skierowaniem przez Prezesa Izby czterech odwołań do łącznego rozpoznania i działając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp postanowiła wydać orzeczenie łączne.

48

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi odwołujących się, tj. stosownie do wyniku obydwu postępowań odwoławczych. Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) koszty wpisów uiszczonych w należnej wysokości od złożonych odwołań.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

49