

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez **Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki w Warszawie**, przy udziale

wykonawców:

- 1) **Cube.ITG S.A z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 2) **Avility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dawniej: rdGIS Sp. z o.o.), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- 3) **Asseco Poland S.A z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- 4) **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- 5) **NEXIO Management Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty NEXIO Management Sp. z o.o. i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert, odrzucenie oferty NEXIO Management Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych;
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Avility Sp. z o.o. (dawniej: rdGIS Sp. z o.o.) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy;
3. W pozostałym zakresie postępowania umarza;
4. Kosztami postępowania obciąża Centralny Ośrodek Informatyki i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od Centralnego Ośrodka Informatyki na rzecz Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 545/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na zawarcie umowy ramowej na świadczenie przez wykonawcę specjalistycznych usług w zakresie związanym z wytwarzaniem oprogramowania dla potrzeb Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców dla COI.

W dniu 20 marca 2017 r. Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych wniosła odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru ofert wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa: rdGIS Sp. z o.o., Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Nexio Management Sp. z o.o. oraz Asseco Poland S.A., co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 99 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 2) zaniechania dokonania czynności odrzucenia ofert rdGIS, Pentacomp i Asseco, pomimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1

pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 91 ust. 1, art. 99 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,

- 3) zaniechania dokonania czynności wykluczenia rdGIS, Pentacomp i Asseco z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia nieprawdziwych informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 4) zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty NEXIO z uwagi na rażąco niską cenę, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 99 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 5) zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez NEXIO jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- 6) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 99 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej z 5 wykonawcami, których oferty zostaną uznane jako najkorzystniejsze. Odwołujący złożył ofertę, którą Zamawiający sklasyfikował na 6 miejscu.

Odwołujący podniósł, że złożenie ofert przez wykonawców rdGIS, Pentacomp i Asseco stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wobec czego, oferty ww. wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w rozdziale XXV pkt 3 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena (C) 60%, doświadczenie Analityk biznesowo-systemowy (Da) 15%, doświadczenie Architekt IT (Dar) 15%, doświadczenie Projektant-programista Java (Dp) 10%. Ponadto, w odniesieniu do doświadczenia analityka biznesowo-systemowego zastrzeżono w SIWZ, że musiał on wykonać w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert analizę systemową w co najmniej 2 projektach informatycznych, przy czym każdy z projektów musiał mieć wartość co najmniej 300 000,00 zł brutto. Tym samym, osoba uwzględniana w kryterium doświadczenie dla analityka biznesowo-systemowego musiała brać udział w projekcie oraz wykonać samodzielnie analizę. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy: *Dotyczy kryterium Doświadczenie Analityków biznesowo-systemowych: Prosimy o potwierdzenie, iż poprzez minimalną liczbę projektów informatycznych przy których wykonano analizę systemową wskazywaną przez Wykonawcę w załączniku nr 1 do SIWZ Formularz oferty Zamawiający rozumie liczbę projektów, która odnosi się do tego analityka, który ma najmniejszą liczbę projektów?* Zamawiający udzielił w dniu 23 grudnia 2016 r. odpowiedzi nr 142: *Zamawiający potwierdza. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia przy wykorzystaniu osób posiadających co najmniej zadeklarowane w ofercie doświadczenie minimalne.* Tożsame pytania wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego udzielono na pytania nr 143 i 144 w zakresie osób wskazanych w kryteriach doświadczenie architekta IT oraz doświadczenie projektanta-programisty Java (osoby te miały wykonać co najmniej 2 systemy informatyczne na każdym ze stanowisk). Tym samym, osoby wskazane przez wykonawców w kryterium doświadczenie na stanowiskach analityk biznesowo-systemowy, architekt IT oraz projektant-programista Java miały wykonać odpowiednio 2 analizy, 2 systemy informatyczne oraz 2 systemy informatyczne. Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców co do sposobu wypełniania formularza ofertowego w zakresie kryteriów odnośnie doświadczenia osób: *Załącznik nr 1 do SIWZ str. 4, pkt. VI. „Wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu osób posiadających doświadczenie nie niższe niż określone pozycje”. Prosimy o wyjaśnienie czy należy podać liczby sumarycznie dla wszystkich osób, tj. np. dla Projektanta-Programisty Java sumę projektów dla 20 osób?* Zamawiający udzielił w dniu 23 grudnia 2016 r. odpowiedzi nr 2: *Zamawiający wyjaśnia, iż z żadnego zapisu SIWZ nie wynika konieczność podania doświadczenia sumarycznego, jak*

wprost wynika z treści rozdziału XXV SIWZ oraz części VI Załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawcy wskazują minimalne doświadczenie osób, którymi posłużą się przy realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazane minimum dotyczy każdej z tych osób z osobna. Tym samym, wszystkie osoby, które będą realizować zamówienie u Zamawiającego mają posiadać doświadczenie jak podane w formularzu ofertowym.

Poniższe zestawienie wskazuje, że spośród 12 ofert wykonawcy rdGIS, PENTACOMP i ASSECO przedstawili w formularzu ofertowym dla osób wskazanych w kryteriach doświadczenie skrajnie dużą ilość projektów. Zdaniem Odwołującego podane przez ww. wykonawców ilości projektów są nierealne i niemożliwe do osiągnięcia w okresie dopuszczonym w SIWZ (5 lat w przypadku analityka biznesowo-systemowego, a 3 lata w przypadku architekta IT oraz projektanta-programisty Java).

Stanowisko	Średnia ilość projektów wykonawców rdGIS, PENTACOMP ... i ASSECO	Różnicaw ... ilości projektów wykonawców rdGIS, PENTACOMP ... i ASSECO w stosunku do średniej z pozostałych ofert	Średnie zaangażowanie w dany projekt)
Analitik biznesowo - systemowy	30,33	23,44	1,98
Architekt IT	24,67	18,00	1,46
Projektant-programista Java	21,67	18,22	1,66

Zdaniem Odwołującego, wskazane przez ww. wykonawców osoby nie mogły brać udziału w tak dużej liczbie projektów, gdyż w tak krótkim czasie jest to wysoce nieprawdopodobne. Oznaczałoby to, że średnie zaangażowanie w dany projekt wynosiło pomiędzy 1,5 a 2 miesiące. Doświadczenie Odwołującego wskazuje, że projekt informatyczny o wartości wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ nie może w takim czasie zostać należycie zrealizowany. Ponadto, przyjmując nawet incydentalny udział w jakimś projekcie nie może on stanowić odrębnego projektu w rozumieniu SIWZ.

Zdaniem Odwołującego ASSECO, PENTACOMP i rdGIS nie będą w stanie zapewnić wykonania zamówień wykonawczych osobami, z których każda wykonała wcześniej od 20 do 36 projektów. Zapewnienie osób o takim poziomie kwalifikacji nie jest możliwe. Wystarczy porównać liczbę osób wskazanych przez pozostałych wykonawców, by dostrzec, że w przypadku ofert rdGIS, PENTACOMP i ASSECO podane ilości nie są miarodajne i nie mają odzwierciedlenia w realiach rynku IT.

Odwołujący podniósł, że działania rdGIS, PENTACOMP i ASSECO spełniają wszystkie przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z prowadzoną działalnością gospodarczą wskazując sztucznie zawyżoną ilość dopuścili się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami kupieckimi, rozumianymi jako ubieganie się o zamówienie w sposób rzetelny i na równych dla wszystkich wykonawców zasadach. Powołując się na orzecznictwo sądowe Odwołujący wskazał, że przez dobre obyczaje rozumie się oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji przez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług. Działania rdGIS, PENTACOMP i ASSECO zagrażają interesowi Zamawiającego, który wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia dąży do zawarcia umowy ramowej z najlepszymi wykonawcami, dającymi rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ponadto, działania te naruszają interes innych wykonawców, którzy działając w zaufaniu do zasad uczciwej konkurencji podali rzeczywistą ilość realizowanych projektów przez osoby pozostające w ich dyspozycji.

Zdaniem Odwołującego, złożenie ofert z taką dużą liczbą projektów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Wykonawcy rdGIS, PENTACOMP i ASSECO utrudnili Odwołującemu możliwość wyboru jej oferty na listę wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowę ramową. Sztucznie zawyżając ilość projektów doprowadzili do sytuacji, w której uzyskaliby istotną przewagę nad pozostałymi wykonawcami.

Odwołujący podniósł, że ASSECO zakładając, że przedstawienie znacznej ilości projektów pozwoli mu na uzyskanie dużej liczby punktów oraz znając ilość posiadanych środków przez Zamawiającego mogło zaoferować cenę przekraczającą kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia przez Zamawiającego. W ten sposób doprowadziło do sytuacji, w której niezależnie od środków Zamawiającego mogło zaoferować cenę, która przy dużej ilości podanych projektów kwalifikowało je na listę 5 wykonawców.

Odwołujący, powołując się na treść art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp podniósł, że złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu i w każdym przypadku skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Podkreślił, że świadomie lub nieświadomie, wykonawcy rdGIS, PENTACOMP i ASSECO wskazali Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje na temat doświadczenia osób wskazanych w formularzu ofertowym, mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Doświadczenie ww. wykonawców

miało decydujący wpływ na ocenę kwalifikacji rdGIS, PENTACOMP i ASSECO, a w konsekwencji na ocenę, czy wykonawcy ci dają gwarancję należytego wykonania zamówień, które będą udzielane w ramach postępowań wykonawczych. Zdobyte doświadczenie i należyte wykonanie wcześniejszych projektów miało istotne znaczenie dla oceny możliwości wykonawców do zawarcia umowy ramowej. Odwołujący wskazał, że nie tylko kwestionuje zobiektywizowaną okoliczność oceny, czy zamówienia zostały wykonane należycie, lecz również sam fakt ich wykonania ich w tak dużej liczbie. Podkreślił, że istotą przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie jest zróżnicowanie sankcji z uwagi na świadome lub nieświadome działania wykonawców. Obydwa naruszenia w równym stopniu skutkują koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dla ustalenia, czy doszło do zatajenia przed Zamawiającym istotnych informacji nie jest więc ważne ustalenie, czy do takiego zatajenia doszło w sposób świadomy, czy też nie, istotne jest wystąpienie określonego skutku, tj. wpływu na wynik postępowania.

Dalej Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez NEXIO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazał, że rażąco niską ceną jest cena niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej, nie tylko odbiegająca od ceny rynkowej, ale i taka, za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności. Przykładem ceny nierealistycznej może więc być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia czy też usług poniżej kosztów ich wykonywania. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Dla oceny, czy dana cena ma charakter ceny rażąco niskiej, konieczne jest dokonanie jej oceny pod kątem następujących kwestii: odniesienia ceny danej oferty do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a więc kwoty którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odniesienia ceny danej oferty do pozostałych ofert, oceny, czy zgodnie z najlepszą wiedzą i znajomością realiów rynkowych cena danej oferty jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że cena oferty NEXIO stanowi zaledwie ok. 67% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz zaledwie ok. 74% średniej arytmetycznej złożonych ofert. Zdaniem Odwołującego, wykonanie zamówienia w zakresie określonym przedmiotem zamówienia za cenę zaoferowaną przez NEXIO jest niemożliwe. Odwołujący

od 14 lat czyli od samego początku powstawania Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców współpracuje z MSW/MSWIA/MC/COI w celu realizacji wspólnych projektów integracyjnych. Zaoferowana przez NEXIO cena jest nierealna i przy zachowaniu wszelkich rynkowych reguł i należytej staranności realizacja zamówień wykonawczych za wskazaną przez ww. wykonawców cenę byłaby nierentowna i nieopłacalna. Należy bowiem pamiętać, że zaoferowana cena ma zagwarantować wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi w SIWZ (jakość realizacji, terminowość prac itp.). W przypadku tego zamówienia ustalone standardy jakościowe są bardzo wysokie, czego dowodem jest wysokość kar umownych, które Zamawiający ma prawo naliczyć wykonawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania zamówienia. Cena oferty ma zapewnić, że zamówienie wykonawcze będzie wykonane przy zachowaniu wszelkich zasad bezpieczeństwa i najwyższych standardów, przy zaangażowaniu odpowiedniej ilości właściwie wykwalifikowanego personelu i przy odpowiednim nakładzie czasu. Ewentualne obniżenie ceny jakości i terminowości wykonania jest całkowicie niedopuszczalne. Odwołujący podniósł, że według jego najlepszej wiedzy w przypadku NEXIO nie występują żadne szczególne oszczędności, które umożliwiałyby zaoferowanie tak niskiej ceny, co przy dodatkowym braku doświadczenia w realizacji projektów w Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców powoduje, że cena została nieodpowiednio skalkulowana.

Odwołujący wskazał, że w cenie złożonej oferty wykonawca miał uwzględnić zakup licencji, w szczególności w zakresie oprogramowania IBM Websphere Data Power (odpowiedź nr 12 z dnia 23 grudnia 2016 r.), IBM Websphere MQ. (odpowiedź nr 13 z dnia 23 grudnia 2016 r.), IBM Tivoli Directory Server (odpowiedź nr 15 z dnia 23 grudnia 2016 r.) oraz Oracle Database (odpowiedź nr 20 z dnia 23 grudnia 2016 r.). Ponadto, Zamawiający zastrzegł w odpowiedzi nr 131 z dnia 23 grudnia 2016 r., że nie zapewnia środowisk pomocniczych. Oznacza to, że to na wykonawcy ciąży obowiązek ich skalkulowania (środowiska pomocnicze, środowisko developerskie, oraz infrastruktura i oprogramowania do tych środowisk oraz koszty konfiguracji łączy do infrastruktury Zamawiającego) w cenie składanej oferty. Ponadto w stawce powinny zostać skalkulowane koszty zarządzania projektem, koszty ABI, narzędzi service desk i zgłoszeń gwarancyjnych dla produktów które się wykona. Wszystkie powyższe koszty powinny być uwzględnione w stawce robociznogodzin, która w przypadku NEXIO wynosi zaledwie 85 zł netto. NEXIO powinno uwzględnić wszystkie te elementy w wyjaśnieniach ceny. Odwołujący nie ma dostępu do tych wyjaśnień, wobec czego to Zamawiający powinien dochować szczególnej dbałości przy okazji weryfikacji wyjaśnień ceny składanych przez NEXIO.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że nie jest dopuszczalnym obarczenie wyłącznie Odwołującego ciężarem dowodu, że cena oferty NEXIO jest rażąco niska. Jakkolwiek nie można zwolnić Odwołującego wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle, to w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny.

Dalej Odwołujący podniósł, że w dniu 16 lutego 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym korespondencji prowadzonej po otwarciu ofert. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień z 20 stycznia 2017 r. dotyczących ceny NEXIO. Zdaniem Odwołującego poprzez nieudostępnienie tych wyjaśnień Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp i ograniczył jawność postępowania, a tym samym uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, aby Zamawiający uznał, że dana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca ma obowiązek, najpóźniej w terminie składania ofert, szczegółowo wykazać, że w stosunku do określonego dokumentu realizują się przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tożsamy sposób działania znajdzie zastosowanie w stosunku do dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy przesłanki, tj.: informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odwołujący wskazał, że nie ma wiedzy, czy wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak Zamawiający zbyt pochopnie i bezkrytycznie przyjął zasadność ich zastrzeżenia w całości. Nawet w razie spełnienia przesłanek uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zawsze jest to równoznaczne z koniecznością zastrzegania całych dokumentów, i to nie całe dokumenty powinny zostać utajnione, a poszczególne zawarte w nich informacje i to przy łącznym spełnieniu przesłanek kwalifikujących je jako informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru ofert rdGIS, Pentacomp, Asseco i Nexio, powtórzenia badania i oceny ofert, odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty Nexio, odrzucenia oferty Nexio z uwagi na rażąco niską cenę, odrzucenia ofert rdGIS, Pentacomp, Asseco z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty PWPW.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Cube.ITG S.A., natomiast po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: Avility Sp. z o.o. (dawniej: rdGIS Sp. z o.o.), Asseco Poland S.A., Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz NEXIO Management Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 25 listopada 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień wykonawcy Nexio dotyczących ceny oferty – zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego, z wyłączeniem podanych w wyjaśnieniach kwot kosztów ogółem oraz kosztów bezpośrednich, pośrednich i zysku (a Odwołujący nie polemizował z utrzymaniem niejawności tych informacji). Ponadto Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców Asseco Poland i Pentacomp Systemy Informatyczne oraz zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców (zarzuty wycofane przez Odwołującego). Postępowanie odwoławcze w zakresie tych zarzutów zostało umorzone.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Nexio z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem V SIWZ, przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest zawarcie umowy ramowej na świadczenie przez Wykonawców specjalistycznych usług w zakresie związanym z wytwarzaniem oprogramowania (zwanych dalej „Usługami”), przez zespół Wykonawcy miarę zgłaszanego przez Zamawiającego

zapotrzebowania w ramach zawarcia umowy ramowej na podstawie umów wykonawczych, w modelu prac projektowych

(ppkt 1). Zamawiający zlecać może prace Projektowe definiowane jako usługi analizy, projektowania, programowania, testowania, szkoleń, przygotowania dokumentacji, konsultacji, wykonywane przez Wykonawcę polegające na dostarczaniu Zamawiającemu produktów lub wsparcia personelu informatycznego, które będą określane w zakresach odrębnie ustalonych w Umowach Wykonawczych, zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowań szczegółowych prowadzonych w trakcie trwania zawartej Umowy Ramowej. Wskazane w poprzednim zdaniu elementy prac stanowią najszerszy zakres realizacji prac, które mogą być wykonywane na podstawie Umowy Ramowej (ppkt 2). Zgodnie z punktem XXIV SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), przez cenę oferty rozumieć należy określoną w pkt. V ppkt. 4 Formularza Oferty Cenę za 1 godzinę świadczenia usługi IT przez Projektanta-programistę JAVA.

Podana przed otwarciem oferty kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 157,00 zł brutto za 1 h świadczenia usługi IT przez Projektanta-programistę Java.

Ceny w złożonych ofertach przedstawiały się następująco:

- 1)Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. – 134,07 zł,
- 2)NEXIO Management Sp. z o.o. – 104,55 zł,
- 3)Atos Polska S.A., Atos Global Delivert Center Polska Sp. z o.o. Sp.k. – 122,93 zł, 4) SII Sp. z o.o. – 154,98 zł,
- 5)Asseco Poland S.A. – 200,00 zł, 6) PWPW S.A. – 129,42 zł,
- 7)Transition Technologies S.A. – 159,90 zł,
- 8)Cube.ITG S.A. – 130,38 zł,
- 9)rdGIS Sp. z o.o. – 133,76 zł,
- 10)ESKOM IT Sp. z o.o. – 110,70 zł, 11) KBJ S.A. – 126,69 zł,
- 12) Qumak S.A. – 189,42 zł.

Pismem z 20 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Nexio na podstawie art. 90 ust. 1a i 2 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący Nexio złożył wyjaśnienia, które w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego nieujawnienia wyjaśnień Izba uznała za jawne, z wyłączeniem kwot z wyłączeniem podanych

w wyjaśnieniach kwot kosztów ogółem oraz kosztów bezpośrednich, pośrednich i zysku podanych w wyjaśnieniach. Przystępujący wskazał, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, tj. z uwzględnieniem wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz z założeniem uzyskania zysku. Wykonawca poinformował, że jest w stanie wykonać zamówienie z uwzględnieniem wszystkich wymagań SIWZ oraz wszystkich kosztów jakie poniesie z tytułu należytej i zgodnej z przepisami realizacji umowy. Podał, że cena rażąco niska musi być ceną, która sprawia, że realizacja zamówienia byłaby nieopłacalna, a zestawienie ceny z wartości oszacowaną przez zamawiającego nie może prowadzić do ustalenia że cena jest rażąco niska. Wykonawca wskazał, że cena za 1 h świadczenia usługi IT przez Projektanta programistę została obliczona zgodnie z realiami rynkowymi, i mimo że jest niższa o 33,5% od szacowanej roboczogodziny przyjętej przez Zamawiającego, to stanowi 74% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert i w realiach niniejszego postępowania nie powinna być uważana za rażąco niską. Przywołał określone w art. 90 ust.

1 ustawy Pzp okoliczności, które Zamawiający bierze pod uwagę oceniając wyjaśnienia. Podał, że cena za 1 roboczogodzinę została skalkulowana z uwzględnieniem ceny za świadczenie poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia oraz ceny za usługi towarzyszące z uwzględnieniem wymagań określonych w SIWZ, jest skalkulowana w oparciu o poniesione koszty bezpośrednie wytworzenia z uwzględnieniem uwarunkowań rynkowych oraz polityki cenowej wykonawcy. Wykonawca wskazał, jaki poziom zysku zakłada. Podał, że ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz że na cenę składają się koszty bezpośrednie, koszty pośrednie/ryzyko oraz zysk (wskazał stawki tych składników ceny). Przystępujący poinformował, że przewidział czas konieczny na realizację usług według wymagań SIWZ oraz że uwzględnił koszty bezpośrednie, pośrednie, ryzyko i zysk, w tym:

–koszty wynagrodzeń, narzuty na wynagrodzenia,

–koszty miesięcznego wsparcia/gwarancji na usługi związane z oferowanym oprogramowaniem,

- koszt opracowań dokumentacyjnych wytworzonych w trakcie świadczenia usługi, przeniesienia praw majątkowych na wszystkich polach eksploatacji objętych umową,
- wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie w tym koszty personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego,
- ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę,
- koszty transakcyjne związane z udziałem w postępowaniu.

Przystępujący nie wskazał w wyjaśnieniach wartości tych składników ceny. Poinformował natomiast, że nie korzysta z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz z podwykonawców. Zacytował pismo z Departamentu Informacji

GUS, zgodnie z którym w 2014 r. przeciętne wynagrodzenie brutto programistów aplikacji wynosiło 7.208,95 zł, w województwie mazowieckim 7.882,94 zł, a osób o 4-letnim stażu pracy w jednostce sprawozdawczej 7.405,71 zł. Przystępujący wskazał, że jaki przychód daje zastosowana przez niego stawka przy pełnym obłożeniu w ujęciu miesięcznym 168 h, a jaka będzie kwota kosztów. Dodał, że część prac w ramach zamówienia może być wykonana zdalnie, tj. z wykorzystaniem łącz internetowych. Dodatkowo Wykonawca ma siedzibę w Warszawie, co pozwala wykorzystać zasoby kadrowe znajdujące się w dyspozycji Wykonawcy, osoby dedykowane do realizacji projektu zamieszkują m.st. Warszawa i najbliższe okolice. Powyższe wyłącza konieczność korzystania z usług hotelarskich. Przystępujący nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie okoliczności wskazanych w tym przepisie. Art. 90 ust. 1a stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania

odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie przedmiotowych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez wykonawcę Nexio nie jest rażąco niska. Zatem przedstawienie dowodów na okoliczność prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Próba dowodzenia prawidłowości ceny dopiero w postępowaniu odwoławczym, z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w wyjaśnieniach, jest spóźniona. Z tego powodu złożone przez Przystępującego na rozprawie, a nieprzedstawione Zamawiającemu z wyjaśnieniami, informacje i dowody (zestawienie kosztów składających się na cenę, lista niezbędnego oprogramowania do prowadzenia prac wytwórczych w ramach realizacji zleceń dla CEPIK, zestawienie wynagrodzeń pracowników i współpracowników Przystępującego w poszczególnych miesiącach, referencje, cennik, wyciągi z umów dotyczące realizacji przez Przystępującego usług na rzecz innych podmiotów) nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie Izby, którego przedmiotem była ocena zaniechania Zamawiającego w świetle informacji, jakimi dysponował oceniając ofertę.

W ocenie Izby wykonawca Nexio w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia zawierają kilkakrotne oświadczenie wykonawcy, że cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich kosztów i że jest rynkowa, co należy uznać wyłącznie za gołosłowne zapewnienie. Ponadto, poza

przywołaniem treści przepisów prawa i zacytowaniem pisma z GUS, wyjaśnienia nie zawierają prawie żadnych informacji na temat sposobu kalkulacji ceny, w szczególności nie przedstawiają tej kalkulacji w sposób pozwalający uznać ją za rzetelną i uwzględniającą wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Wykonawca Nexio podał jedynie, że ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz że na cenę składają się koszty bezpośrednie, koszty pośrednie/ryzyko oraz zysk (wskazał stawki tych składników ceny). Wymienił rodzaje kosztów, jakie składają się na cenę oferty, ale nie wskazał nawet ich wartości. Przedstawiając te składniki ceny wykonawca nie podał żadnych informacji, które pozwalałyby zweryfikować prawidłowość kalkulacji ceny.

Ponadto Przystępujący powołał się na możliwość wykonania zdalnie części prac, przy czym nie wskazał, jakiej części prac to dotyczy i jakie są szacowane oszczędności z tego tytułu. Dodatkowo nie sposób przyjąć, że jest to okoliczność wyróżniająca Przystępującego spośród innych wykonawców. Ostatnią okolicznością, na jaką powołał się Przystępujący w wyjaśnieniach jest fakt, że jego siedziba znajduje się w Warszawie, co ma wpływać na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Również w odniesieniu do tej okoliczności nie wiadomo, w jakim stopniu mogłaby ona wpłynąć na wysokość kosztów. Zauważyć także należy, że zdecydowania większość wykonawców biorących udział w postępowaniu ma siedzibę w Warszawie.

Podkreślenia wymaga, że Przystępujący nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów. Dopiero w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu Izby Przystępujący zawarł więcej informacji na temat kalkulacji ceny, takich jak chociażby składowe koszty pośrednich i sposób ich kalkulacji w odniesieniu do stawki godzinowej. Informacji tych nie było w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, w związku z czym w żadnej mierze nie mogą one być świadczyć o prawidłowości decyzji Zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie wskazać należy, że jakkolwiek wiedza Zamawiającego wynikająca z profesjonalnego prowadzenia działalności w dziedzinie objętej przedmiotem zamówienia może być pomocna przy ocenie realności ceny oferty, to nie może to prowadzić do poszukiwania przez Zamawiającego usprawiedliwienia dla wysokości tej ceny w sytuacji, gdy jej prawidłowość w żadnej mierze nie została wykazana w wyjaśnieniach wykonawcy. W niniejszej sprawie Zamawiający opierając się na własnej wiedzy na temat kosztów usług informatycznych przyjął, że cena jest realna, do czego nie był uprawniony w świetle ogólnych i głośłownych wyjaśnień. Dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie (oświadczenie kierownika zespołu personalnego Zamawiającego, wydruk z portalu wynagrodzenia.pl) nie opierają się na treści tych wyjaśnień i nie mogą przesądzać o braku obowiązku odrzucenia oferty Przystępującego. Nie sposób również zgodzić się z Zamawiającym, że argumentem przemawiającym za prawidłowością ceny oferty Nexio jest fakt, iż cena ta była o 33% niższa od wartości zamówienia, próg ten nie został natomiast przekroczony w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Skoro zaistniały ustawowe przesłanki wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny i wezwanie to zostało do wykonawcy wystosowane, Zamawiający zobowiązany był podjąć decyzję w oparciu o te wyjaśnienia, a w sytuacji gdy były one na tak dużym poziomie ogólności – odrzucić ofertę.

Podsumowując należy stwierdzić, że Przystępujący (na którym spoczywał ciężar dowodu) składając ogólne i głośłowne wyjaśnienia, nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo, a brak takiego wykazania jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty. W ocenie Izby, przedstawienie ceny ofertowej w rozbiciu na koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk, przy jednoczesnym braku podania szczegółów kalkulacji ceny oraz bez wykazania jakichkolwiek dodatkowych okoliczności pozwalających obniżyć cenę oferty, nie uprawniało Zamawiającego do wniosku, że wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny. Tym samym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Nexio, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Avility oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W odniesieniu do tego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie XXV.3 SIWZ (Kryteria oceny ofert) Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert i ich wagę:

- Cena (C) 60%
- Doświadczenie Analityk biznesowo-systemowy (Da): 15%
- Doświadczenie Architekt IT (Dar): 15%
- Doświadczenie Projektant-programista Java(Dp): 10%

W odniesieniu do doświadczenia analityka biznesowo-systemowego Zamawiający w punkcie XXV.6 SIWZ zamieścił następujące postanowienia:

W okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał analizę systemową w co najmniej 2 projektach

informatycznych, przy czym każdy z projektów o wartość co najmniej 300 000,00 złotych brutto. Wykonawca wskaże w formularzu ofertowym minimalną liczbę projektów informatycznych przy których wykonano analizę systemową (o wartości każdego z projektów co najmniej 300.000,00 zł brutto), którą będą posiadać analitycy realizujący przedmiot zamówienia. Zamawiający przyjmie do oceny liczbę będącą wynikiem różnicy pomiędzy wymaganą minimalną liczbą projektów informatycznych przy których wykonano analizę systemową a liczbą projektów informatycznych wskazaną w treści formularza ofertowego. Maksymalna liczba punktów jakie może uzyskać Wykonawca w tym kryterium to 15 pkt.

W odniesieniu do doświadczenia Architekta IT Zamawiający określił następujące zasady oceny:

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert zaprojektował samodzielnie lub w zespole) co najmniej 2 systemy informatyczne wykorzystujące bazy danych i pracują w architekturze wysokiej dostępności. Wartość każdego z zaprojektowanych systemów wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto. Wykonawca wskaże w formularzu ofertowym minimalną liczbę zaprojektowanych systemów informatycznych wykorzystujących bazy danych i pracujących w architekturze wysokiej dostępności (o wartości każdego z zaprojektowanych systemów co najmniej 1 000 000,00 zł brutto), którą będą posiadać

architekci IT realizujący przedmiot zamówienia. Zamawiający przyjmie do oceny będącą wynikiem różnicy pomiędzy wymaganą minimalną liczbą zaprojektowanych systemów informatycznych wykorzystujących bazy danych i pracujących w architekturze wysokiej dostępności a liczbą zaprojektowanych systemów informatycznych wskazaną w treści formularza ofertowego. Maksymalna liczba punktów jakie może uzyskać Wykonawca w tym kryterium to 15 pkt.

W odniesieniu do doświadczenia projektanta-programisty JAVA Zamawiający określił następujące zasady oceny:

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wytworzył (samodzielnie lub w zespole) oprogramowanie dla co najmniej 2 systemów informatycznych wykorzystujących bazy danych pracujące w architekturze wysokiej dostępności. Wartość każdego z zaprojektowanych systemów wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto. Wykonawca wskaże w formularzu ofertowym minimalną liczbę systemów informatycznych wykorzystujących bazy danych pracujące w architekturze wysokiej dostępności dla których wytworzono oprogramowanie (o wartości każdego z zaprojektowanych systemów co najmniej 1 000 000,00 zł brutto), którą będą posiadać projektanci-programiści JAVA realizujący przedmiot zamówienia. Zamawiający przyjmie do oceny liczbę będącą wynikiem różnicy pomiędzy wymaganą minimalną liczbą systemów informatycznych wykorzystujących bazy danych pracujące w architekturze wysokiej dostępności a liczbą systemów informatycznych wskazaną w treści formularza ofertowego. Maksymalna liczba punktów jakie może uzyskać Wykonawca w tym kryterium to 10 pkt.

Przystępujący w pkt VI Formularza oferty (Doświadczenie) podał, że zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu osób posiadających doświadczenie nie niższe niż określone niżej:

- 1)analitycy biznesowo systemowi – 30 projektów informatycznych.
- 2)architekci IT – 24 systemy informatyczne,
- 3)projektanci-programiści JAVA – 23 systemy informatyczne.

Pismem z 20 stycznia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie:

- 1)Czy każdy z analityków biznesowo-systemowych skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia będzie posiadał zdobyte w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie w wykonaniu analiz systemowych w co najmniej 30 projektach informatycznych, z których każdy o wartości co najmniej 300.000,00 zł brutto?
- 2)Czy każdy z architektów IT skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia będzie posiadał zdobyte w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie w zaprojektowaniu co najmniej 24 systemów informatycznych wykorzystujących bazy danych i pracujących w architekturze wysokiej dostępności, z których każdy o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto?
- 3)Czy każdy z projektantów-programistów JAVA skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia będzie posiadał zdobyte w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie w wytworzeniu oprogramowania dla co najmniej 23 systemów informatycznych wykorzystujących bazy danych pracujące w architekturze wysokiej dostępności, z których każdy o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto?

Zamawiający wskazał, że wymaga, aby treść wyjaśnień zawierała jednoznaczne potwierdzenie bądź zaprzeczenie w ww. kwestiach. Podał, że powziął wątpliwość w stosunku do treści zawartego w ofercie zobowiązania wykonawcy z uwagi na fakt, że wskazane przez wykonawcę minimalne poziomy doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia są rażąco zawyżone w stosunku do minimalnych poziomów doświadczenia zadeklarowanych w

pozostałych ofertach złożonych przez wykonawców.

Analogiczne wezwania Zamawiający skierował również do wykonawców Asseco (który podał doświadczenie analityków biznesowo-systemowych – co najmniej 25 projektów każdy, architektów IT – co najmniej 30 systemów każdy, projektantów-programistów JAVA – co najmniej 30 systemów każdy) oraz Pentacomp (który podał doświadczenie analityków biznesowo-systemowych – co najmniej 36 projektów każdy, architektów IT – co najmniej 20 systemów każdy, projektantów-programistów JAVA – co najmniej 12 systemów każdy).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których odpowiedział twierdząco na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

Pkt 16: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

Pkt 17: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dla uznania, że oferta podlega odrzuceniu, jak również że zaistniały podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, konieczne jest udowodnienie okoliczności faktycznych mających być podstawą tych czynności. Ciężar udowodnienia, że Przystępujący złożył ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji oraz że przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, spoczywał na Odwołującym, zgodnie z ogólnymi zasadami rozkładu ciężaru dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący – przedstawiając doświadczenie analityków biznesowo systemowych, architektów IT oraz projektantów-programistów JAVA – popełnił czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta) oraz w art. 15 ust. 1 pkt 5 tej ustawy (utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy). Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że nie sposób zgodzić się z Przystępującym Avility, jakoby przedstawienie informacji o doświadczeniu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia nie mogło być rozpatrywane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, jeżeli wykonawca przedstawiłby w ofercie – jako prawdziwe – informacje niezgodne z rzeczywistością w celu uzyskania przez ofertę wyższej oceny, to działanie takie wypełniałoby znamiona czynów określonych w przywołanych wyżej przepisach. Wymagałoby to jednak udowodnienia, że informacje te były nieprawdziwe i zostały podane w celu podwyższenia oceny oferty i w konsekwencji – doprowadzenia do jej wyboru. Odwołujący dowodów na te okoliczności nie przedstawił. Za dowód taki nie może być uznany złożony na rozprawie dokument pn. „Raport Premium o firmie rdGIS Sp. z o.o.”, opisujący sytuację finansową wykonawcy za 2015 r. Wnioskowanie na podstawie informacji dotyczących kondycji finansowej wykonawcy w 2015 r. o doświadczeniu osób, którymi wykonawca dysponuje w 2017 r. należy uznać za zbyt daleko idące i nieuprawnione.

Poza złożeniem ww. dokumentu Odwołujący ograniczył się do przedstawienia argumentacji mającej wskazywać, że dysponowanie osobami z takim doświadczeniem, jak to podane w ofercie, nie jest możliwe. Nawet gdyby twierdzenia Odwołującego uznać za w pewnym stopniu uprawdopodobniające trudność w zdobyciu takiego doświadczenia, nie

jest to wystarczająca podstawa do uznania zarzutu za zasadny i nakazania odrzucenia oferty Przystępującego.

Powyższa argumentacja pozostaje aktualna również w odniesieniu do sformułowanego na tej samej podstawie faktycznej zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na złożenie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Wobec braku udowodnienia niezgodności przedstawionych informacji ze stanem faktycznym, zarzut oparty na naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie mógł być uznany za zasadny. Na marginesie zauważyć należy, że wskazanie jako jednej z podstaw prawnych tego zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest nieadekwatne do podstawy faktycznej tego zarzutu, pierwsza z tych podstaw odnosi się bowiem do informacji

o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, druga natomiast – do informacji podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 z późn. zm.).

Przewodniczący.....