

Sygn. akt: **KIO 2469/19**

**KIO 2473/19**

## WYROK

**z dnia 20 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Ewa Sikorska**

**Członkowie:** **Ryszard Tetzlaff**

**Justyna Tomkowska**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 i 19 grudnia 2019 roku oraz 7, 8 i 15 stycznia 2020 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 grudnia 2020 r. przez **Portal PZP Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie**;
- B. w dniu 5 grudnia 2020 r. przez **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółkę Akcyjną w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Portal PZP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2473/19 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2469/19 oraz KIO 2473/19 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2469/19 po stronie zamawiającego.

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie**

**orzeka:**

1. 1.1. uwzględnia odwołanie wniesione przez **Portal PZP Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach** ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 8 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny przedłożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach**,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach** ze względu na fakt, że treść oferty w zakresie zaoferowania usług chmurowych EDHS nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż usługa została oparta o własną chmurę obliczeniową wykonawcy, podczas gdy powinna była to być chmura dostawcy zewnętrznego,

1.2. uwzględnia odwołanie wniesione przez **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółkę Akcyjną w Warszawie** w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. ust. 1, 2, 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), poprzez niezgodne z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych czynności zaniechania ujawnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach** w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

- art. 90 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. ust. 1 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach**,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. ust. 1 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA, European Dynamics SA**, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż usługa została oparta o własną chmurę obliczeniową wykonawcy, podczas gdy powinna była to być chmura dostawcy zewnętrznego,

i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Urzędowi Zamówień Publicznych w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje zamawiającemu ujawnienie treści wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach**, oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxemburg SA w Luksemburgu, European Dynamics SA w Atenach** z uwagi na fakt, że treść oferty w zakresie zaoferowania usług chmurowych EDHS nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. W pozostałym zakresie zarzuty obydwu odwołań oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Portal PZP **Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** (15 000 zł 00 gr) i **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółkę Akcyjną w Warszawie** (15 000 zł 00 gr)
  - 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie** na rzecz **Portal PZP Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
  - 3.3. zasądza od **Skarbu Państwa – Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie** na rzecz **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółki Akcyjnej w Warszawie** **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....  
.....  
.....

**Sygn. akt: KIO 2469/19**

**KIO 2473/19**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa Platformy e-Zamówienia oraz usługi Inżyniera Kontraktu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

#### ***dot. KIO 2469/19***

W dniu 5 grudnia 2019 roku wykonawca Portal PZP Sp. z o.o. w Rzeszowie (dalej: odwołujący Portal PZP) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą P.z.p. działań i zaniechań zamawiającego, które mają istotny wpływ na przebieg i wynik przedmiotowego postępowania.

Odwołujący Portal PZP zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przyznania odwołującemu Portal PZP punktów w ramach kryterium (An), a w razie powzięcia wątpliwości przez zamawiającego – poprzez zaniechanie wezwania odwołującego Portal PZP do wyjaśnienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w roli analityka, co skutkuje nieprzyznaniem 10 pkt w ramach kryteriów oceny ofert Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (An),
2. przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 lub art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przyznania odwołującemu Portal PZP punktów w ramach kryterium (Dev), a w razie powzięcia wątpliwości przez zamawiającego – poprzez zaniechanie wezwania odwołującego Portal PZP do wyjaśnienia w zakresie dodatkowego doświadczenia i wiedzy dewelopera/programisty zaangażowanego w realizację zamówienia, co skutkuje nieprzyznaniem 15 pkt w ramach kryteriów oceny ofert Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev),
3. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty European Dynamics ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. przepisu art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia:

- a. przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny przedłożonych przez European Dynamics,
- b. treści wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny przedłożonych przez European Dynamics,
5. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp ze względu na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty European Dynamics ze względu na fakt, że treść oferty w zakresie zaoferowania usług chmurowych EDHS nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
7. przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zmianę treści warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1 s.i.w.z. po terminie składania ofert i w wyniku tej zmiany uznanie przez zamawiającego, że wykonawca European Dynamics spełnia ten warunek,
8. przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy European Dynamics do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami poświadczającymi należyte wykonanie usług w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1 s.i.w.z., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
9. przepisu § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty, gdyż wykaz usług, oświadczenia i inne złożone przez wykonawcę European Dynamics dokumenty budzą uzasadnione wątpliwości w zakresie potwierdzania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1 s.i.w.z.,
10. przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy European Dynamics, pomimo iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia dotyczącym roli Ekspert ds. bezpieczeństwa, przedkładając wykaz osób i wprowadzając w błąd wyjaśnienia,

11. przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy European Dynamics, pomimo iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa przedkładając wprowadzający w błąd wykaz osób, a następnie wprowadzające w błąd wyjaśnienia,

12. przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy European Dynamics do uzupełnienia wykazu osób w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa oraz Administratorem systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps.

Odwołujący Portal PZP wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności lub ich zaniechania stosownie do żądań sformułowanych poniżej oraz w treści uzasadnienia odwołania:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- dokonania ponownej oceny ofert
- przyznania odwołującemu Portal PZP 25 pkt w ramach kryteriów (Dev) i (An)
- wykluczenia wykonawcy European Dynamics i odrzucenia złożonej przez niego oferty i odrzucenia oferty złożonej przez Pentacomp
- dokonania badania oferty odwołującego Portal PZP
- wyboru najkorzystniejszej oferty przez odwołującego Portal PZP.

Odwołujący Portal PZP podniósł, że zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm European Dynamics Luxembourg SA z siedzibą w Luksemburgu (lider) i European Dynamics SA z siedzibą w Grecji (dalej: European Dynamics) przesyłając stosowne pismo w dniu 25 listopada 2019 r. Z pisma wynikało również, że odwołującemu nie zostały przyznane punkty w kryteriach Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (15 pkt) oraz Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (10 pkt), pomimo iż Odwołujący Portal PZP ubiegał się o ich przyznanie składając odpowiednie oświadczenia i przedkładając stosowne wykazy osób. Następnie, dopiero w dniu 29 listopada 2019 roku, odwołujący Portal PZP za pośrednictwem systemu ePUAP otrzymał podpisane elektronicznie w dniu 28 listopada 2019 roku uzasadnienie, z jakiego względu zamawiający nie przyznał

punktów. Również w dniu 29 listopada 2019 roku odwołujący Portal PZP za pośrednictwem systemu ePUAP otrzymał protokół postępowania wraz z załącznikami, pomimo iż o sam protokół wnioskował już w dniu 22 listopada 2019 roku, a dodatkowo o załączniki do protokołu – w dniu 25 listopada 2019 r. po upublicznieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Dopiero informacje, z którymi odwołujący Portal PZP mógł się zapoznać w dniu 29 listopada 2019 roku, dały podstawę do formułowania zarzutów odwołania wraz z argumentacją przedstawioną w niniejszym odwołaniu. W związku z powyższym 10 dniowy termin na wniesienie odwołania określony w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. został dochowany.

Odwołujący Portal PZP podniósł, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ – gdyby zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. – to oferta odwołującego Portal PZP powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a brak takiego wyboru powoduje, że odwołujący Portal PZP może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący Portal PZP wskazał, że zamawiający po przeprowadzeniu badania i oceny ofert w części I wybrał jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum firm European Dynamics (pismo z dnia 25 listopada 2019 r.). Oferta złożona przez odwołującego Portal PZP uzyskała 52,66 pkt pomimo, iż powinna uzyskać 77,66 pkt. Zamawiający niesłusznie nie przyznał odwołującemu Portal PZP punktów w kryteriach Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (15 pkt) oraz Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (10 pkt). W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie wskazał uzasadnienia, dlaczego nie przyznał odwołującemu Portal PZP punktów. Dopiero w dniu 29 listopada 2019 zamawiający udostępnił odwołującemu Portal PZP pismo datowane na dzień 28 listopada 2019 roku, które zawierało uzasadnienie nieprzyznania punktów w obu kryteriach.

Odwołujący Portal PZP wskazał, że w Formularzu ofertowym oświadczył, że będzie dysponował zarówno Deweloperem/Programistą, jak i Analitykiem spełniającym wymogi zamawiającego, na okoliczność czego złożył stosowne oświadczenie w Formularzu ofertowym, jak i przedłożył Wykazy osób. Odwołujący Portal PZP wraz z ofertą przedłożył wymagane przez zamawiającego wykazy wg wzorów stanowiących załączniki nr 1d i 1e do s.i.w.z.

Odwołujący Portal PZP podniósł, że zamawiający w Rozdziale XI Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu ich oceny na stronie 27 s.i.w.z. zamieścił następujące zapisy:



*UWAGA: Wykaz, o którym mowa w Rozdziale VI SIWZ w zakresie dotyczącym Developera/Programisty i Analityka nie podlega procedurze wyjaśniania, poprawiania i uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

*W przypadku gdy osoba wskazana celem uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert wskazanych w ramach doświadczenia i wiedzy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oferta wykonawcy otrzyma zero pkt w ramach tego kryterium.*

*W sytuacji gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wskaże inną osobę niż wskazana w ramach spełnienia kryterium doświadczenia oferta wykonawcy otrzyma zero punktów.*

Odnosząc się do zarzutu 3 dot. zaniechania odrzucenia oferty European Dynamics, pomimo iż ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący Portal PZP podniósł, że odwołujący przygotowując ofertę przedłożoną zamawiającemu skalkulował wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny określone przez zamawiającego w OPZ i załącznikach, dlatego wnosi o odrzucenie oferty złożonej przez European Dynamics na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę, za którą nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący Portal PZP założył, że wykonawca ten nie uwzględnił kosztu zmian w standardowym oprogramowaniu ePPS, na bazie którego planuje uruchomić Platformę e-Zamówienia, nie doszacował kosztu infrastruktury chmurowej dla sprawnego działania Platformy albo też zastosował cenę dumpingową na zapewnienie tej infrastruktury.

Odwołujący Portal PZP wskazał, że zamawiający w dniu 18 października 2019 r wezwał wykonawcę European Dynamics do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oprócz przywołania przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., sformułował następujące żądanie wyjaśnienia elementów cenotwórczych. Odwołujący Portal PZP poinformował, że dnia wniesienia odwołania nie miał możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami European Dynamics, stąd przy każdym z elementów cenotwórczych wskazał obiektywne czynniki, które należy wziąć pod uwagę badając wyjaśnienia.

"Dodatkowo w wyjaśnieniach proszę wskazać w jaki sposób zostały w Państwa ofercie skalkulowane koszty realizacji poszczególnych modułów i komponentów wykazanych w OPZ w szczególności ujmując w wyjaśnieniach następujące elementy kosztotwórcze:

1. Koszt licencji i dostawy gotowego oprogramowania podmiotów trzecich narzędzi BI [...] z uwzględnieniem wydłużonego o 24 miesiące okresu licencji zaoferowanego w ramach kryterium oceny ofert

Licencje narzędzi BI muszą być oferowane na okres minimum 45 miesięcy - od dnia 01.10.2021 (rozpoczęcie testów odbiorowych) do dnia 30.06.2025 (24 miesiące po zakończeniu umowy). Odwołujący Portal PZP zwrócił uwagę, że referencyjny koszt stosunkowo najtańszej licencji spełniającej wymagania klienta (Microsoft Power BI) na okres 45 miesięcy, według oferty Microsoft Polska wynosi 395 631 Euro, co stanowi równowartość ponad 1,7 mln zł netto (dowód nr 4: oferta Microsoft do przedłożenia na rozprawie). Odwołujący Portal PZP zwrócił uwagę, iż jest prawdopodobne, że wykonawca European Dynamics również zaproponował oprogramowanie Microsoft Power BI, co można wnioskować z opisu kompetencji zaproponowanego specjalisty ds. warstwy analityczno-raportowej, który swoje doświadczenie wykazuje w projektach z użyciem tego produktu.

Odwołujący Portal PZP zwrócił uwagę, że ewentualne upusty w usługach typu chmurowego dotyczą tylko i wyłącznie podmiotów posiadających porozumienia globalne na współpracę i jeśli wykonawca European Dynamics na takowe upusty się powoływał w wyjaśnieniach, to powinien był wskazać dowód w postaci oferty dostawcy licencji z ceną za oprogramowanie spełniające warunki s.i.w.z. wraz z okresem co najmniej 45 miesięcy.

2. Koszty związane z nabyciem usług pozwalających na zapewnienie zasobów IT w chmurze obliczeniowej wraz z administracją tymi usługami od uruchomienia pierwszego produktu w etapie II do upływu 3 miesięcy od Końcowego Odbioru Platformy

Minimalny okres zapewnienia infrastruktury od 01.03.2020 do 30.06.2023 - przy czym pełna moc systemu powinna być dostępna od października 2020 z uwagi na udostępnienie Modułu Ofert/ Wniosków (MOW) (czas testowania przez użytkowników), a od 1 stycznia 2020 wszystkie oferty i wnioski w Polsce w zasadzie mogą być składane za pomocą Platformy e-Zamówienia. UZP szacowało w OPZ w rozdziale XIII wymagania w zakresie zapewnienia zasobów IT w chmurze obliczeniowej.

Odwołujący Portal PZP wskazał, że dokonał wyliczenia kosztów IAAS korzystając z ofert wiodących dostawców tych usług bez uwzględnienia usług KMS (Key Management Service w kontekście generowania i zarządzania kluczami), ponieważ nie wszyscy dostawcy oferują takie rozwiązanie:

- Google Cloud Platform (IAAS) - koszt IAAS w najtańszym wariantcie subskrypcji 36 miesięcznej wynosi: 118 tys. zł netto miesięcznie
- Microsoft Azure : 122 tys. zł netto miesięcznie
- Amazon AWS: ok 180 tys. zł netto miesięcznie (wynikające z mniej korzystnego modelu dla tak określonej infrastruktury)

Zatem minimalna wartość usług IAAS na okres 36 miesięcy pełnej mocy i 4 miesięcy 25% mocy powinna wynieść co najmniej 4,3 mln ( $36 \cdot 118 \text{ tys.} + 4 \cdot 0,25 \cdot 118 \text{ tys.}$ ) zł netto plus wartość usług KMS. W przypadku gdyby wykonawca European Dynamics wskazał w tym punkcie istotnie niższą cenę, stanowi to na pewno wartość dumpingową i nie pokrywa kosztów tej pozycji kosztotwórczej.

Dodatkowo odwołujący Portal PZP zwrócił uwagę na konieczność szczegółowej analizy przekazanych w wyjaśnieniach European Dynamics informacji, ponieważ zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wskazał w tym punkcie również koszt administracji, który powinien zwiększyć tę kwotę o co najmniej dwóch administratorów w wysokości (2 etaty \* 15 000 zł/miesięcznie \* 40 miesięcy) = 1,2 mln zł netto.

Odwołujący Portal PZP stwierdził, że dokonał analizy cen sprzedaży elementów IAAS oferowanych przez wykonawcę w usługach opisanych na stronie dostawców Crown (dostępnych dla instytucji brytyjskich) <https://www.digitalmarketplace.service.eov.uk/g-cloud/services/692315121029259> celem określenia jaki koszt powinien zostać uwzględniony przez wykonawcę European Dynamics w zakresie usług IAAS. Do tego celu został wykorzystany cennik "Pricing document" dostępny na w/w stronie.

Odwołujący Portal PZP sporządził analizę, w której porównano ceny zasobów IAAS (pojedynczych serwerów wirtualnych) w różnej konfiguracji, z cenami analogicznych konfiguracji u dostawcy Microsoft Azure. Różne konfiguracje są wskazane na wypadek twierdzeń wykonawcy European Dynamics, że zastosował konfigurację, która jest efektywniejsza cenowo. Przyjęto przelicznik kursowy funtów do euro (ze względu na oferowane ceny w funtach w dokumencie European Dynamics i USD w cenniku Microsoft). Analiza określa trzyletni koszt korzystania z pojedynczego zasobu IAAS o konfiguracji jak opisano w tabeli.

Z zestawienia sporządzonego przez odwołującego Portal PZP wynika, że elementy składowe infrastruktury IAAS są o około 70% tańsze w wariantach chmury Microsoft Azure zamówionej z 3 letnim zobowiązaniem korzystania i dostarczanej z Europy Północnej (tam koszty IAAS są nieco niższe niż analogicznych zasobów serwowanych z Europy Zachodniej). Oznacza to, że aby wykonawca European Dynamics w ogóle zbliżył się do kosztów IAAS przyjętych w niniejszych rozważaniach, musiałby udzielić sobie 70% upustu, a żeby być istotnie tańszy to ten upust musiałby być na poziomie 85%-90%. Zastosowanie upustu na poziomie 70-90% wyczerpuje znamiona zaoferowania ceny dumpingowej, a więc czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli zaś wykonawca zaproponował zdecydowanie "mniejszą konfigurację" tzn. że nie uwzględnił wskazań OPZ w rozdziale XIII i nie przewidział w ofercie środków, aby oferta w zakresie IAAS spełnia wymogi s.i.w.z..

Odwołujący Portal PZP podniósł osobny zarzut (Zarzut nr 6) dotyczący niespełniania warunków s.i.w.z. przez chmurę obliczeniową EDHS m.in. ze względu na fakt, iż jest ona dostarczana przez samego wykonawcę (a nie hostowana przez podmiot niepowiązany z wykonawcą). Zapisy s.i.w.z. eliminowały np. możliwość złożenia oferty w postępowaniu bezpośrednio przez Microsoft czy Google. Dlatego dla zachowania zasad uczciwej konkurencji odwołujący Portal PZP uważa, że jakiegokolwiek argumenty wykonawcy European Dynamics o jakiś nadzwyczajnych rabatach, które sam sobie udzielił na usługi IAAS powinny być traktowane jako potwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji polegającej na zaoferowaniu rażąco niskiej ceny.

3. Koszty projektowania zorientowanego na użytkownika (UX) uwzględniające WCAG 2.1 zgodnie z zapisami OPZ
4. Przyjęty koszt ryzyk projektowych wraz z ich kosztami
5. Koszty obecności personelu kluczowego Zespołu Wykonawcy na spotkaniach, w siedzibie zamawiającego, w tym na spotkaniach scrumowych [...] zgodnie z zapisami OPZ
6. Wysokość zakładanych kosztów wynagrodzeń personelu zaangażowanego w realizację projektu wraz z przyjętą stawką uwzględniającą personel kluczowy, personel wskazany w rozdziale XVIII OPZ oraz inny niezbędny do realizacji ze wskazaniem również liczby osobodni na poszczególnych etapach realizacji zamówienia

Odwołujący Portal PZP stwierdził, iż analizując przedłożony przez European Dynamics Wykaz usług zakłada, że wykonawca ten skalkulował realizację przedmiotowego zamówienia w oparciu o swoje gotowe oprogramowanie ePPS, a także, że takie założenie znalazło swoje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący Portal PZP wskazał, że w takim przypadku niezbędne jest wykazanie:

- kosztów licencji oprogramowania ePPS,
- kosztów rocznych usług utrzymania tego oprogramowania ePPS,
- (ang. gap analysis) proces analizy rozbieżności pomiędzy oprogramowaniem standardowym ePPS, a wymaganiami opisanymi w OPZ i wykazać dla każdego modułu wskazanego w OPZ, w jakim stopniu jest on obsługiwany przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, a w jakim wymaga zmian i w tym zakresie wycenić pracochłonność tych zmian w każdej roli personelu.
- wyłączenia liczby 6 500 tys. godzin wycenionych według stawki European Dynamics w wysokości 250,00 zł netto. Odwołujący Portal PZP zwrócił uwagę, że ta pozycja to nie jest

pracochłonność na zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie czy też utrzymanie Platformy e-Zamówienia, a wynika ona z:

- opisanych w rozdziale XIV.3 OPZ 3 000 roboczogodzin na zmiany związane z poprawą funkcjonalności,
- z usług Asysty technicznej w wymiarze 2 000 roboczogodzin oraz o zaoferowanych w ramach kryterium oceny ofert 1500 roboczogodzin.

W ocenie odwołującego Portal PZP oznacza to, że w tej pozycji wyjaśnień European Dynamics powinna zostać wykazana kwota 1,625 mln zł netto niezwiązana z wykonaniem czy typowym utrzymaniem Platformy e-Zamówienia, dla których zgodnie z rozdziałem XI.4 OPZ wykonawca ma świadczyć usługi infolinii, w ramach których ma zapewnić odbiór telefonu maksymalnie w 3 minuty, udzielić pomocy użytkownikowi, zarejestrować zgłoszenie w Systemie Obsługi Zgłoszeń. Jeden pracownik Infolinii przeciętnie w miesiącu efektywnie pracuje 130 godzin miesięcznie (odliczając urlop i jakąś elementarną nieefektywność - chorobowe, sprawy administracyjne, etc.), a obsłużenie jednej sprawy wraz odnotowaniem jej w SOZ zajmie co najmniej 12 min (0,2 godziny) (wraz z chwilą przerwy pomiędzy kolejnymi zgłoszeniami), to taki pracownik jest w stanie miesięcznie obsłużyć max. 650 zgłoszeń. Zdaniem odwołującego Portal PZP, w pierwszych kilkunastu miesiącach produkcyjnego funkcjonowania Platformy e-Zamówienia należy uwzględnić jedno zgłoszenie do przeprowadzanego postępowania (albo od użytkownika zamawiającego albo wykonawcy składającego ofertę), co oznacza konieczność obsłużenia rocznie ponad 120 tys. zgłoszeń - co przekłada się na konieczność zatrudnienia do obsługi co najmniej 16 osób na infolinii. Zatem koszt w okresie od stycznia 2021 do czerwca 2022 na tę usługę powinien wynosić (zakładając koszt 4 tys. zł miesięcznie na osobę) 1,152 mln zł netto. Ten koszt nie uwzględnia usługi pomocy dla użytkowników świadczonej w okresie od uruchomienia Modułu Tożsamości od początku czerwca 2020 do końca grudnia 2020, gdzie Platforma e-Zamówienia będzie wykorzystywana przez użytkowników wykonawców do zarejestrowania się na Platformie, a przez użytkowników zamawiającego do testowania - w tym okresie odwołujący Portal PZP zakładał konieczność posiadania 3 osób, co daje dodatkowy koszt 72 tys. zł netto.

Niezależnie od powyższego odwołujący Portal PZP wskazał, że wykonawca, zgodnie z OPZ, musi świadczyć usługi wsparcia UZP (druga linia wsparcia ponad wsparcie użytkowników realizowane przez pracowników UZP) świadczone w okresie utrzymania Platformy E-Zamówienia czyli po okresie stabilizacji, które zamawiający zwymiarował na 3 osoby, co przekłada się na koszt co najmniej 144 tys. zł netto.

Sumując wskazane powyżej koszty, które wynikają z OPZ, a nie są związane z zaprojektowaniem i budową Platformy e-Zamówienia, otrzymujemy kwotę w wysokości około

10 mln zł netto (licząc najmniejsze możliwe wartości), co oznacza, że z łącznej sumy oferty European Dynamics (niespełna 12 mln zł netto), wykonawca zamierza za około 2 mln zł netto sfinansować:

- koszt projektowania UX z uwzględnieniem WCAG i RWD (odwołujący Portal PZP wskazał na niezgodność z tymi wymaganiami OPZ systemów wskazanych jako referencyjne usługi). Ten koszt teoretycznie w jakimś stopniu wykonawca European Dynamics powinien był wskazać w punkcie 3 wyjaśnień. Odwołujący Portal PZP wskazał, że jest to co najmniej koszt dwóch specjalistów przez co najmniej pół roku ich pełnego zaangażowania, a później ich udział w pozostałym czasie realizacji projektu na 25% czasu do końca roku 2020 (do odbioru produktów udostępnianych szerokiemu gronu użytkowników: portal dostępowy, usługi przygotowania i składania wniosków i ofert, system obsługi zgłoszeń, nowy Biuletyn Zamówień Publicznych).

Odwołujący Portal PZP zauważył, że minimalny koszt do uwzględnienia w tej pozycji to  $2 \text{ (specjalistów)} * 6 \text{ (miesiące)} * 130 \text{ (godzin w miesiącu efektywnej pracy)} * 250 \text{ (zł koszt godziny)} + 25\% \text{ tej kwoty} = \text{ok } 500 \text{ tys. zł netto}$ . Odwołujący Portal PZP zwrócił uwagę na fakt, że usługi wskazane jako referencyjne będą wymagały głębokiej przebudowy w zakresie front-end ze względu na niespełnianie warunków OPZ i regulacji w zakresie WCAG oraz RWD

Odwołujący Portal PZP podniósł, że koszty licencji oprogramowania gotowego ePPS nie mogą znacząco odbiegać od cen rynkowych, po jakich oprogramowanie to wykonawca oferuje swoim klientom.

- koszt utrzymania (tzw. ATiK) oprogramowania standardowego ePPS,
- koszt dostosowania oprogramowania standardowego ePPS do wymagań OPZ w zakresie funkcjonalnym i technologicznym (tj. wytworzenia oprogramowania zgodnego z OPZ).

W tym zakresie odwołujący Portal PZP dokonał analizy usług przedstawionych przez European Dynamics jako referencyjne, oparte na Standardowym Oprogramowaniu ePPS:

- Analiza wykazanych przez European Dynamics usług pozwala stwierdzić, iż wszystkie zrealizowane usługi bazują na tym samym rozwiązaniu technologicznym, modyfikowanym w razie konieczności do specyficznych wymagań. Wszystkie systemy, niezależnie od czasu realizacji bazują, przynajmniej od strony tzw. front-endu, na nieaktualnych rozwiązaniach technologicznych, sięgających 2007 roku i posiadających znane luki bezpieczeństwa. Przykładowo, w rozwiązaniu dla Zambii użyty jest zarówno JBoss 5.0 z 2008 roku, jak i wersja biblioteki jQuery 1.10.2 z 2013 roku, mimo iż zamówienie realizowane jest w latach 2015-2019. W dniu rozpoczęcia realizacji zamówienia (22.05.2015 r. - za Wykazem Usług w ofercie European Dynamics)

dostępne były wersje biblioteki jQuery 1.11.3 oraz 2.1.4 ([https://en.wikipedia.org/wiki/JQuery#Release\\_history](https://en.wikipedia.org/wiki/JQuery#Release_history)). Ostatnia dostępna wersja serwera JBoss (7.1.1) została udostępniona 09.03.2012 r. (<https://jbossas.jboss.org/downloads>) oraz dostępny był następca JBoss-a, serwer Wildfly 8 (<https://wildfly.org/news/2014/02/11/WildFly8-Final-Released/>).

- Technologie użyte przy tworzeniu front-endu wymienionych w Wykazie Usług w ofercie firmy European Dynamics nie spełniają wymogów OPZ odnośnie tworzenia front-endu nowej usługi. Nie są one "wiodącymi frameworkami javascript" (rozdział VIII.1 OPZ), w szczególności front-end jest renderowany w większości po stronie serwera, a nie przeglądarki internetowej. Użyty do tego język programowania jest oparty o Java Virtual Machine (JVM) i jest to najprawdopodobniej język JAVA. Języki oparte o JVM nie są językami zgodnymi z javascript.
- Jeśli wykonawca European Dynamics chciałby rozwiązania zastosowane w usługach wskazanych jako referencyjne wykorzystać do wytworzenia rozwiązania opisanego w OPZ, wymagałyby zbudowania od nowa całej warstwy front-endowej oraz przebudowy lub zbudowania na nowo warstwy back-endowej w obszarze komunikacji z front-endem w oparciu o technologię inną niż JavaServer (JSP). Dotyczy to wszystkich opisanych w OPZ modułów zawierających front-end.

Biorąc pod uwagę użycie przestarzałych wersji serwerów (JBoss 5, Wildfly 10/11), w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa aplikacji należy również uaktualnić oprogramowanie serwerów.

Odwołujący Portal PZP wskazał, że zakres powyższych działań jest znacząco szerszy technologicznie niż wskazywane w wyjaśnieniach wykonawcy European Dynamics zmiany w tzw. "wydaniach". Zatem zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy European Dynamics dotyczącymi usług referencyjnych, koszt ich wykonania powinien przekraczać wartość 3 mln zł brutto wykazywanych jako koszt nowych wydań.

- koszt wykonania tych elementów opisanych w OPZ, które nie adresuje oprogramowanie standardowe (w szczególności integracja z polskimi systemami (integracja z polskimi systemami centralnymi: REGON, Węzeł Krajowy, ePUAP, Platforma Elektronicznego Fakturowania, zaufaną stroną trzecią, Elektroniczny Dowód Osobisty etc.)
- koszt migracji danych z BZP
- koszt szkoleń
- koszt przygotowania planu migracji do chmury rządowej wraz ewentualnym przeprowadzeniem testów

- koszt obsługi spotkań z zamawiającym przez personel kluczowy (w tym podróże, noclegi, tłumaczenia)
- koszt zarządzania projektem (w tym kierownik projektu, biuro projektu w okresie kilkudziesięciu miesięcy)
- koszt przygotowania materiałów szkoleniowych
- koszt świadczenia usług utrzymania

Odwołujący Portal PZP wskazał, że w treści zapytania zamawiający zażądał szczegółowego rozbicia kosztów realizacji poszczególnych modułów wskazanych w OPZ.

7. Koszty związane z administrowaniem projektu, w tym koszty tłumacza

8. Zakładana kwota zysku Wykonawcy"

Odwołujący Portal PZP zauważył, że biorąc pod uwagę niezbędne do poniesienia koszty - IAAS, licencje narzędzia BI, koszt infolinii dla użytkowników, koszt infolinii dla UZP, koszt wymaganych godzin na zmiany po wdrożeniu Platformy e-Zamówienia otrzymujemy kwotę łączną w wysokości 10 mln zł netto, które nie są związane bezpośrednio z wytworzeniem oprogramowania Platformy E-Zamówienia.

Koszt ten nie uwzględnia kosztów licencji oprogramowania ePPS w zakresie opisanym w SIWZ (przekazanie prawa do modyfikacji), dostosowania oprogramowania standardowego ePPS do wymagań OPZ (a zakres takiego przystosowania jak wykazano powyżej jest znacznie szerszy niż wykazywane tzw. nowe wydania usług referencyjnych), koszty wykonania elementów nieobjętych oprogramowaniem standardowym ePPS, koszty integracji z systemami polskimi, analizy, projektu technicznego, integracji poszczególnych mikroserwisów, tłumaczeń, noclegów, ryzyka, marży, biura projektu i wielu innych.

Odwołujący Portal PZP wniósł o zobowiązanie zamawiającego do:

- unieważnienia czynności wyboru oferty European Dynamics jako najkorzystniejszej
- odrzucenia oferty European Dynamics ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odnosząc się do zarzut 4a dot. zaniechania odtajnienia przesłanek utajnienia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny European Dynamics, odwołujący Portal PZP wniósł o odtajnienie uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień European Dynamics w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, które to wykonawca złożył w dniu 24 października 2019 r. Mając na uwadze zapisy Rozdziału X.6. s.i.w.z., stanowiące, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy



przedsiębiorstwa powinno być przez wykonawcę sformułowane w sposób umożliwiający udostępnienie jego treści (innym podmiotom), uzasadnienie to powinno zostać odtajnione.

Odwołujący Portal PZP podniósł, że zamawiający uznał za nieskuteczne zastrzeżenie uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie odwołującego właśnie na podstawie cytowanego zapisu s.i.w.z., zatem w oparciu o przepis art. 7 ust. 1 w związku z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołujący Portal PZP wniósł o nakazanie zamawiającemu udostępnienia uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do zarzut 4b dot. zaniechania odtajnienia przesłanek utajnienia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, odwołujący Portal PZP podniósł zarzut nieskutecznego utajnienia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny wykonawcy European Dynamics z dnia 24.10.2019 r., zakładając że treść uzasadnienia zastrzeżenia może mieć poniższą treść, którą to wykonawca wielokrotnie w wyjaśnieniach cytował bez żadnych modyfikacji.

*Zastrzegamy informacje przedstawione w niniejszym piśmie w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zmian., dalej: „UZNK”). Powyższego zastrzeżenia nie ograniczają wskazania w tekście odnośnie poufności poszczególnych fragmentów, które mają na celu jedynie wyróżnienie szczególnie ważnych dla nas informacji. Wskazujemy, iż informacje, które utajniamy spełniają przesłanki zawarte w powołanym artykule UZNK, tj.*

- 1. informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,*
- 2. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,*
- 3. podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

*Uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa można dokonać jedynie wraz z przedłożeniem dokumentu, którego zastrzeżenie dotyczy, zatem treść uzasadnienia nie może zostać uzupełniona w terminie późniejszym pod rygorem nieskuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do treści uzasadnienia należy wskazać, że European Dynamics powinien był wykazać jaki charakter mają poszczególne informacje, a także jakie działania zostały podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania poufności tych informacji.*

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań, {por. np. orzec. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzec. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzec. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67}. „Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust 4 ustawy)" - tak Sąd Najwyższy orzekł w wyroku z 2001.09.05, I CKN 1159/00.

Należy podnieść, że to na Wykonawcy leży ciężar udowodnienia przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedkładanych Zamawiającemu, a jeżeli temu obowiązkowy wykonawca nie podoła, obowiązkiem Zamawiającego jest odtajnienie przedmiotowych informacji.

Wyrok KIO z dnia 2019-06-27 sygn. akt KIO 1093/19

„Izba stwierdziła, że Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania żadnej z tych przesłanek. Lektura uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez Przystępującego prowadziła do wniosku, że znaczna jego część obejmowała przytoczenie poglądów doktryny i orzecznictwa na temat natury pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. Natomiast nieliczne fragmenty, które miały charakter merytoryczny, pozostały nad wyraz ogólne, lakoniczne, niejasne. Co więcej, w uzasadnieniu, meritum sprawy poświęcono zaledwie kilka akapitów (...)

nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów."

Wyrok KIO z dnia 2019-01-22 sygn. akt KIO 2519/18

*„Jak wskazano powyżej na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w konsekwencji czego rolą zamawiającego w toku badania ofert (w tym przypadku wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny) jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał.”*

Wyrok KIO z dnia 2019-08-21 sygn. akt KIO 1524/19

*„To na wykonawcy żądającym wyłączenia jawności poszczególnych informacji ciąży obowiązek wykazania istnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie wyłączenie, a nie na Zamawiającym, który stara się w odpowiedzi na odwołanie uzasadnić zastrzeżenie poszczególnych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie wykonawca ... nie przedstawił żadnego wyjaśnienia, zatem nie wykazał przesłanek umożliwiających wyłączenie jawności w stosunku do załączników zawartych w piśmie ... w związku z powyższym Izba nakazała odtajnienia i udostępnienia ww. informacji.”*

Odwołujący Portal PZP stwierdził, że wykonawca, w żaden sposób nie wykazał żadnej z trzech przesłanek, stąd zastrzeżenie jest pozbawione waloru skuteczności i wady tej nie można naprawić w późniejszym terminie. Dlatego też wniósł o nakazanie zamawiającemu udostępnienia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny wraz z przedłożonymi dowodami, które wykonawca European Dynamics przedłożył w dniu 24.10.2019 r.

W ocenie odwołującego Portal PZP oczywistym jest, że treść wyjaśnień złożonych przez European Dynamics w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. nie posiada w całości waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Taką właściwość, w przypadku prawidłowego wykazania przesłanek zastrzeżenia czego wykonawca nie dokonał, być może posiadają pojedyncze elementy wyjaśnień, takie jak wysokość marży, czy wysokość wynagrodzenia pracowników, jednak pozostałe elementy, po przesłonięciu danych wrażliwych dla wykonawców powinny zostać udostępnione pozostałym wykonawcom, aby umożliwić zapoznanie i weryfikację prawidłowości lub jej braku, skalkulowania ceny ofertowej.

Odwołujący Portal PZP zaznaczył, że zamawiający naruszając powyżej przywołane przepisy zaniechał udostępnienia następujących obszarów wyjaśnień:

1. które elementy kosztotwórcze, w tym usługi, ze wskazywanych w zarzucie nr 3 zostały opisane w wyjaśnieniach przez wykonawcę i jakie wartości zostały wykazane i udowodnione,
2. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy - większość z takich warunków ma charakter wiedzy powszechnie dostępnej, zwłaszcza jeżeli wykonawca w wyjaśnieniach powołuje się na doświadczenia zdobyte w innych publicznych kontraktach,

3. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów - ponieważ fakt udzielenia pomocy publicznej jest informacją i charakterze jawnym,
4. przyjętego poziomu kosztów infrastruktury chmurowej.

Odnosząc się do zarzutu 5 dot. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pentacomp, pomimo iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżanie wartości Usługi Utrzymania w ofercie i przesunięcie kosztów realizacji tego etapu do etapu budowy Platformy e-Zamówienia, odwołujący Portal PZP wskazał, że uzasadniając zarzut nr 3 (powyżej) wykazał, że wobec z analizy rynku usług IAAS, które zostaną poparte dowodami w trakcie rozprawy wynika, że nie ma możliwości pozyskania infrastruktury obliczeniowej zwymiarowanej w sposób zbliżony do wymagań Zamawiającego poniżej 110 tys. zł netto miesięcznie (jako koszt netto wykonawcy).

Z oferty wykonawcy Pentacomp wynika cena za usługę utrzymania Platformy e-Zamówienia w wysokości ok. 95 tys. zł netto miesięcznie.

W ramach usług utrzymania wykonawca ma wykonywać usługi opisane w rozdziale XV OPZ składające się z następujących elementów:

- Zapewnienie zasobów IT w chmurze obliczeniowej wraz z administracją usługami rozdział XV. 1

W ramach tego zakresu, wykonawca musi ponosić koszty IAAS oraz część kosztów pracy swoich pracowników związanych z analizą opisaną w punkcie 2. tego rozdziału oraz raportowaniem usług. Zakładając, że najbardziej korzystną dla wykonawcy Pentacomp wersję, że systemy raportowania działają automatycznie to koszt ludzkiej pracy to jest co najmniej analiza raportów pod kątem zgodności z SLA świadczonych usług oraz analiza wykorzystania zasobów i zapewnienia założonego poziomu bezpieczeństwa. Taka analiza to co najmniej 4 dni pracy miesięcznie administratora usług chmurowych. Zakładając korzystniejszy dla Pentacomp poziom kosztów niżby wynikał z ceny godziny określonej w ofercie, odwołujący Portal PZP założył koszt takiego eksperta na nie mniej niż 1 000 zł netto dziennie, czyli koszt pracy w tym elemencie usługi nie może być mniejszy niż 4 000 zł netto miesięcznie. Czyli łączny koszt dla wykonawcy tych usług nie może być niższy niż 114 tys. zł netto miesięcznie.

- Usługi Serwisu i Administrowania warstwą aplikacyjną Platformy - rozdział XV.2

W zakresie tych usług zamawiający oczekuje przygotowywania pisemnego stanowiska Wykonawcy na wszystkie zgłoszenia reklamacyjne wraz z przygotowywaniem logów systemowych potwierdzających prawidłowość lub nieprawidłowość działania Platformy E-Zamówienia. Przy okazji wyводу dotyczącego infolinii i Helpdesku dla użytkownika w okresie

Usług Nadzoru Autorskiego przedstawione były analizy dotyczące spodziewanej liczby zgłoszeń na infolinię. Zakładając, że w okresie utrzymania część użytkowników już nauczy się używać funkcji Platformy E-Zamówienia i liczba zgłoszeń spadnie o połowę, a do tej kategorii reklamacyjnej wpadnie ok 10% zgłoszeń to w tej usłudze niezbędne będzie obsłużenie ok 6 tys. zgłoszeń reklamacyjnych rocznie o skali trudności (czyli czasie obsługi) znacznie dłuższym niż obsługa zgłoszenia na infolinii (z uwagi na fakt, że będą to zgłoszenia reklamacyjne, sporne). Przyjmując czas rozwiązania takiego zgłoszenia na poziomie 30 min to efektywny czas ich obsługi wyniesie 250 godzin co stanowi pełne dwa etaty specjalistów wsparcia. Nawet przyjmując stosunkowo niski koszt (analogicznie jak dla agenta infolinii) na poziomie 4 tys. zł netto) to minimalny koszt, który musi ponieść wykonawca to co najmniej 8 tys. zł netto miesięcznie przy bardzo optymistycznych założeniach.

- Usługi Serwisu i Administrowania Platformą e-Zamówienia opisane w rozdziale XV.3

W ramach Usług Utrzymania wykonywane będą czynności techniczne związane z administrowaniem Platformą e-Zamówienia wymagające dość szczegółowej wiedzy w zakresie tzw. devOPS.

Odwołujący Portal PZP podniósł, iż zamawiający wskazuje w tej usłudze szereg czynności (działania prewencyjne, monitoring, rekomendacje dotyczące zmian lub modernizacji, które powstają w wyniku analiz, bieżące administrowanie skomplikowanym systemem informatycznym, aktualizacje Oprogramowania Gotowego, przywrócenia działania w przypadku awarii w tym odtwarzanie z backupu, uaktualnianie dokumentacji technicznej). Absolutne minimum będzie to koszt 2 etatów administratorów i współdzielonych pracowników operatorskich, co powinno skutkować uwzględnieniem w kosztach kwoty co najmniej 25-30 tys. zł netto miesięcznie.

- Usługi Asysty Technicznej opisane w rozdziale XV.4

Odwołujący Portal PZP stwierdził, że w ramach tej usługi wykonawca musi zapewnić realizację 2 000 roboczogodzin na wezwanie zamawiającego. Przyjmując koszt jednej roboczogodziny z oferty Pentacomp w wysokości 175,00 zł netto i dzieląc równomiernie te 2 000 godzin na 12 miesięcy, wykonawca powinien był uwzględnić w miesięcznym koszcie utrzymania kwotę 29 tys. zł netto miesięcznie.

- Wsparcie Zamawiającego (UZP) w obsłudze Użytkowników Platformy e-Zamówienia opisane w rozdziale XV.5

Odwołujący Portal PZP wskazał, że w ramach tego zakresu niezbędne jest posiadanie zasobów (osób o określonych kompetencjach) II linii wsparcia, analizujących ewentualne

zgłoszenia zamawiającego, ale również przygotowujących bazę wiedzy oraz obsługujących pytania i wnioski użytkowników w zakresie zmian funkcjonalnych.

Zamawiający pisze o "zespolu konsultantów" więc nawet przyjmując pewną synergię tej usługi z usługą XV.2 i ograniczenie tego "zespołu" o którym pisze zamawiający do 2 osób o najniższym koszcie 4 tys. zł netto dla wykonawcy, to wykonawca Pentacomp będzie musiał ponosić koszt co najmniej 8 tys. zł miesięcznie.

Sumując koszty określone powyżej, w ocenie odwołującego Portal PZP, minimalna miesięczna cena usług utrzymania nie może być niższa niż 184 tys. zł netto, nie uwzględniając ryzyka, marży i innych kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Natomiast z uwagi na fakt, że termin płatności za Usługi Utrzymania przypada w ryczałcie miesięcznym płatne po etapie budowy Platformy E-Zamówienia, korzystnym dla Pentacomp było przesunięcie ceny na wcześniej płatny etap realizacji projektu (Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą nadzoru autorskiego nad eksploatacją Platformy e-Zamówienia w okresie stabilizacji).

Odwołujący Portal PZP podniósł, że wykonawca Pentacomp, mimo przedstawienia najwyższej ceny łącznej, zaoferował cenę Usług Utrzymania zdecydowanie poniżej kosztów jej wykonywania co oznacza, że w przypadku przyjęcia jego oferty, zamawiający musi "przedpłacić" za Usługi Utrzymania w przeszacowanej cenie wytworzenia Platformy e-Zamówienia. Jedyne, o co zadbał wykonawca Pentacomp, to spełnienie warunku określonego w formularzu ofertowym (załącznik 1b do SIWZ), że cena za roczne utrzymanie wyniesie "...nie mniej niż 5% ceny oferty, określonej w pkt E4". Odwołujący uważa, że wykonawca Pentacomp nie kalkulował ceny tej usługi, a wskazał najmniejszą możliwą wartość, która "z automatu" nie spowoduje odrzucenia oferty jako niezgodną z s.i.w.z..

W ocenie odwołującego Portal PZP, takie "manipulowanie cenami" za poszczególne usługi niewątpliwie jest skrajnie niekorzystne dla zamawiającego (zarówno ze względu na konieczność przedwczesnego wydatkowania środków publicznych, jak i na zafałszowaniu wartości inwestycyjnych i usługowych wydatkowanych w projekcie) i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący oparł swój zarzut na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., który bezwzględnie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem działanie Pentacomp jest nakierowane na wcześniejsze uzyskanie zapłaty, zanim będzie realizowana Usługa Utrzymania (o ile zamawiający nie rozwiąże umowy, przed jej zakończeniem i nigdy nie wykorzysta usług za które przedpłacił publicznymi środkami). Czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się Pentacomp, materializuje się w naruszeniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym, czynem

nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący Portal PZP wskazał, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. "Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji" (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2001r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Odwołujący Portal PZP wskazał, że złożenie oferty, w której w sztuczny sposób „przesuwa” się wartości pomiędzy Usługami w celu wcześniejszego ich pozyskania, jest niezgodne z dobrymi obyczajami i winno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Czyn ten powoduje utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku, wykonawca który wykonuje takie "przesunięcie" uzyskuje korzystniejszy cashflow projektu w stosunku do wykonawcy, który prawidłowo skalkulował cenę, czyli adekwatnie do harmonogramu realizacji zamówienia. Taki wykonawca, który zgodnie z harmonogramem projektu skalkulował swoją cenę, nie uzyska "przedpłaty" i ze swoich środków będzie musiał przez dłuższy okres finansować realizację umowy (art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). 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 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).

Odwołujący Portal PZP przywołał orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01, wyrok sądu apelacyjnego w Warszawie sygn. I ACa 1040/12, oraz wyrok SN sygn. I CSK 147/12 i inne.

Odwołujący Portal PZP zwrócił uwagę na jeszcze jedną szkodę, którą może ponieść zamawiający w przypadku takiego nieuzasadnionego przesunięcia wartości w ramach usług. W zakresie źródeł finansowania zamawiający zobowiązany jest określić odpowiednią klasyfikację budżetową z podziałem na część, działy, rozdziały oraz paragraf usługowe i inwestycyjne. Podział zaplanowanych środków musi być zgodny ze środkami jakie zostały zawarte w Umowie o dofinansowanie Projektu POPC.02.01.00-00-0101/19 realizowany przez Urząd Zamówień Publicznych i ujęte w Harmonogramie rzeczowo-finansowym dla tego Projektu. Dodatkowym dokumentem w zakresie każdego Projektu realizowanego z POPC jest przygotowanie Analizy kosztów i korzyści dla określenia źródeł finansowania, kategorii wydatków, wartość miesięcznych kosztów utrzymania systemów niezbędnych do świadczenia usług, przepływy finansowe, amortyzacja i wartość rezydualna, wskaźników finansowych, wskaźników ekonomicznych dla wszystkich zadań zaplanowanych do realizacji w zakresie Projektu POPC.02.01.00-00-0101/19. Rzeczowa Analiza kosztów i korzyści oraz Harmonogram rzeczowo-finansowy jest jedyną podstawą do prawidłowego wydatkowania środków zgodnie z art. 44. ustawy o finansach publicznych oraz Umową o dofinansowanie. Podsumowując zamawiający nie może dopuścić do przyjęcia oferty od wykonawcy, która w sposób "dowolny" przesuwa zaplanowane środki zgodnie z podziałem zawartym we wniosku o wszczęcie postępowania przetargowego przez UZP.

Wobec naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej odwołujący Portal PZP wniósł o zobowiązanie zamawiającego do:

- unieważnienia czynności wyboru oferty European Dynamics jako najkorzystniejszej
- odrzucenia oferty złożonej przez Pentacomp ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzut 6 dot. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy European Dynamics ze względu na fakt, że treść oferty w zakresie zaoferowania usług chmurowych EDHS nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący Portal PZP podniósł, że formułuje zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę European Dynamics podnosząc dwie kluczowe niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.:

- oparcie usług zapewnienia infrastruktury (IAAS) o chmurę obliczeniową wykonawcy European Dynamics (własna wykonawcy), podczas gdy z zapisów s.i.w.z. jasno wynika, iż powinna być to chmura dostawcy zewnętrznego,
- niespełnianie przez oferowaną chmurę parametrów określonych przez zamawiającego w OPZ.



Odnosząc się do wymogu konieczności wykorzystania usług IAAS dostarczanych przez podmiot niezwiązany z wykonawcą, odwołujący Portal PZP wskazał, że zamawiający w Załączniku nr 1 do s.i.w.z. stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia w rozdz. VII Architektura (strona 60) rozwiązania określił, że:

„Platforma e-Zamówienia zostanie zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy - usługi udostępniania zasobów IT w chmurze obliczeniowej”.

Zamawiający wykluczył w ten sposób możliwość użycia przez wykonawców w projekcie własnych rozwiązań typu IAAS. Odwołujący Portal PZP stwierdził, że zamawiający wskazał na konieczność użycia usług IAAS firm trzecich w stosunku do wykonawcy również poprzez określenie wymagań na personel kluczowy wykonawcy w zakresie Administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps. Na stronie 17 lit. c s.i.w.z. zamawiający wskazał, że osoba pełniąca rolę Administratora MUSI posiadać certyfikat potwierdzający umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanych środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE.

Odwołujący Portal PZP stwierdził, że wymieniony certyfikat wydawany jest osobom, które posiadają wymagane umiejętności i zdały egzamin dla usług IAAS oferowanych przez firmę Microsoft. Zgodnie z prawem zamawiający dopuścił także certyfikaty równoważne dla wymienionych w s.i.w.z. Jako warunki równoważności certyfikatów zamawiający wskazał między innymi, że certyfikat równoważny winien być „wydany przez podmiot profesjonalnie zajmujący się certyfikowaniem, nie powiązany z wykonawcą” (str. 18 s.i.w.z.). Taka konstrukcja przyjęta przez zamawiającego w s.i.w.z. wyklucza wykorzystanie własnej chmury (IAAS), ponieważ wówczas certyfikaty dla administratorów tej chmury (devOps) wydawane są przez wykonawcę, a nie przez podmiot profesjonalnie zajmujący się certyfikowaniem oraz nie powiązany z wykonawcą.

W ocenie odwołującego Portal PZP, w tym kontekście niezrozumiała jest korespondencja mailowa z dnia 6.11.2019 zamawiającego z Panem Z. D. P. (pracownikiem wykonawcy), z której wynika, że nieumocowany do reprezentowania wykonawcy pracownik zgłasza swoje wątpliwości co do zapisów s.i.w.z. na etapie oceny ofert i zadaje pytanie zamawiającemu czy wobec faktu, że wykonawca oferuje własną usługę IAAS, w miejsce certyfikatu wydanego przez podmiot profesjonalnie zajmujący się certyfikowaniem (nie powiązany z wykonawcą) może przedstawić certyfikat wystawiony przez wykonawcę. W odpowiedzi uzyskuje mailową (nie podpisaną podpisem kwalifikowanym) odpowiedź, iż „Zamawiający przyjmuje przekazane wyjaśnienia.” Dodatkowo jest proszony o dołączenie tych wyjaśnień do dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego, podpisanych z zachowaniem zasad reprezentacji.

Zdaniem odwołującego Portal PZP, zgodnie z przepisem art. 36 ust. 4 ustawy P.z.p., na etapie oceny ofert zamawiający nie ma już możliwości zmiany treści s.i.w.z., ponieważ wcześniej sformułowane przez niego zapisy określiły wymagania, do których musieli się dostosować inni wykonawcy (m.in. niemożliwe było konsorcjum wykonawców z Microsoft czy Google - dostawcami IAAS).

Odwołujący Portal PZP podniósł również, że zamawiający jeszcze w dniu 18 października 2019 r. w wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (strona 2 punkt 2) wezwał do wskazania kosztów związanych z nabyciem usług pozwalających na zapewnienie zasobów IT w chmurze obliczeniowej wraz z administracją tymi usługami od uruchomienia pierwszego produktu w etapie II do upływu 3 miesięcy od Końcowego Odbioru Platformy. Jest to koszt zewnętrzny w stosunku do wykonawcy, który zgodnie z zapisami s.i.w.z. powinien być skalkulowany w ofercie. Słowo „nabycie” jednoznacznie wskazuje, że zamawiający rozumiał swoje zapisy zgodnie z sformułowaniami s.i.w.z. i oczekiwał dostarczenia usługi IAAS od zewnętrznego dostawcy, niezależnego od wykonawcy.

Odnosząc się do wymogu zapewnienia spełniania przez zaoferowaną chmurę parametrów określonych przez zamawiającego w s.i.w.z., odwołujący Portal PZP wskazał, że zgodnie z informacjami przytoczonymi w ww. korespondencji mailowej "...EDHS jest również notowane jako dostawca usług rządowych w chmurze dla usług komercyjnych Crown w Wielkiej Brytanii." Z opisu usług świadczonych przez dostawców usług komercyjnych Crown znajdującym się pod publicznie dostępnym linkiem:

<https://www.digitalmarketplace.service.gov.uk/g-cloud/services/692315121029259>

wynika, że usługa EDHS (chmura obliczeniowa firmy European Dynamics) nie spełnia szeregu wymagań s.i.w.z. W szczególności nie spełnia wymagań w zakresie:

- 1) dostępności na poziomie 99,95 % (wymaganie XI.8 pkt. 2), podczas gdy w dokumencie "Terms and Conditions" usług IAAS opisanych w ww. stronie dostępność gwarantowana jest jedynie 99,9%. Odwołujący Portal PZP podkreślił, że różnica czasów niedostępności pomiędzy wymaganym w OPZ a oferowanym przez EDHS jest ponad dwukrotna (dla dostępności na poziomie 99,90 roczny czas niedostępności to 8 godzin i 45 min, a dla dostępności 99,95% roczny czas niedostępności wynosi 4 godziny 10 min), co ma bardzo istotne znaczenie dla stosowanych rozwiązań i w konsekwencji w kosztach świadczenia usług.
- 2) skalowalności (wymaganie XIII 1.5 oraz 9)

(Skalowalność: skalowalność dostępna - NIE

niezależność zasobów: skonfigurowane wirtualne serwery oraz zasoby pojemności są dostarczane niezależnie od obciążenia innych wirtualnych serwerów

powiadomienie o zużyciu: TAK

raportowanie zużycia: email)

3) brak audytów i dostępu raportów audytowych XIII.2 pkt.II (strona 103)

Audit Information for users

(Informacje audytowe dla użytkowników)

Dostęp do informacji audytowych w zakresie aktywności użytkownika - Brak dostępnych informacji

Dostęp do informacji audytowych w zakresie aktywności dostawcy - Brak dostępnych informacji

Jak długo są przechowywane logi: co najmniej 12 miesięcy)

4) wymaganie zamawiającego opisane w OPZ str. 95 punkt 1.2

1. *W Projekcie zostanie wykorzystana infrastruktura w modelu IaaS (Infrastructure as a Service)*

1.1. *Dopuszcza się odstępstwo od modelu IaaS dla baz danych, kontenerów i innych usług wydzielonych ze względów wydajnościowych lub ekonomicznych. W takich przypadkach (za zgodą Zamawiającego (UZP)) zostanie zastosowany model PaaS (Platform as a Service).*

1.2. *usługi oparte będą na standardowych komponentach, które mogą być zamówione od więcej niż jednego dostawcy, w tym dostawców globalnych,*

podczas gdy na ww. stronie opisującej usługi chmury EDHS jest wyraźne wskazanie, że nie ma możliwości zakupu tych usług przez inny podmiot niż sam wykonawca.

W ocenie odwołującego Portal PZP, biorąc powyższe dwa argumenty pod uwagę, należy jednoznacznie stwierdzić, że oferta wykonawcy European Dynamics w zakresie zaoferowanej chmury obliczeniowej IAAS jest niezgodna z postanowieniami s.i.w.z., a zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy European Dynamics. Wobec powyższego odwołujący Portal PZP wniósł o zobowiązanie zamawiającego do odrzucenia oferty European Dynamics, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów 7, 8, 9 dot. zaniechania wezwania wykonawcy European Dynamics do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami poświadczającymi należyte wykonanie usług w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1 s.i.w.z., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane, odwołujący Portal PZP wskazał, że zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt I ppkt 3.1 s.i.w.z. w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający postawił warunek, który będzie spełniony, jeśli wykonawca: 1) wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto (trzy miliony) każda, polegające na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowanych użytkowników w sieci Internet i system charakteryzował się co najmniej 3 z następujących cech:

- a) została w nim wdrożona usługa generowania i ochrony kluczy kryptograficznych używanych przez aplikacje i usługi w chmurze z wykorzystaniem sprzętowego modułu zabezpieczeń (HSM, hardware security module),
- b) zbudowany został w oparciu o niezależne skalowalne mikroserwisy na poziomie architektury,
- c) wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna) zgodny z wytycznymi REST jako jedyne miejsce styku pomiędzy serwisami,
- d) posiadał komponent bezpieczeństwa zgodny z normą PN-ISO/IEC 27001:2014 lub normą PN-EN ISO 22301:2014 lub równoważną,
- e) komponenty systemu były wdrażane jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym.

W odniesieniu do świadczeń okresowych lub ciągłych część zamówienia faktycznie wykonana musi spełniać wymogi określone przez zamawiającego.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dla pkt 3.1 w złożonym przez European Dynamics na podstawie wezwania zamawiającego z dnia 30.10.2019 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykazie usług zostały wskazane 4 projekty. European Dynamics wskazywał realizację czterech usług, z których każda polegała na użyciu w ramach wdrożenia gotowego systemu e-PPS wykonawcy:

1. Usługa e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii

2. System e-Zamówień dla Irlandii Północnej
3. System e-Zamówień Publicznych Zambii
4. System e-Zamówień dla TFL

Odwołujący Portal PZP podniósł, że żadne wdrożenie wymienione przez European Dynamics nie zostało zakończone w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, co wynika z treści listów referencyjnych, a także oświadczenia wykonawcy w odniesieniu do wdrożenia w Zambii. W związku z powyższym zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości uznania wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. wezwał European Dynamics do złożenia wyjaśnień w poniższym zakresie:

1. w odniesieniu do usługi wykazanej w poz. 1 zamawiający zakwestionował wykazanie spełnienia warunku przy wykazaniu umowy serwisowej oraz rozbudowy. Zamawiający wezwał do wykazania, czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w Wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł.
2. w odniesieniu do usługi wykazanej w poz. 2 zamawiający zakwestionował możliwość wykazania spełnienia warunku za pośrednictwem usługi, której przedmiotem jest kontynuowanie rozwoju systemu i wdrażanie nowej funkcjonalności poprzez nowe wydania usług, jednocześnie oferując czynności konserwacyjne, hostingu oraz obsługę usługi pomocy/wsparcia technicznego. Zamawiający wezwał do wykazania, czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł,
3. w odniesieniu do usługi wykazanej w poz. 3 zamawiający zakwestionował możliwość wykazania spełnienia warunku za pośrednictwem usługi rozbudowy systemu, konserwacji i usług wsparcia, czyli zakończenie wdrożenia nie mieści w wymaganym przez zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert. Tym samym w dokumentach nie zostało zawarte potwierdzenie, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert została wykonana usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Zamawiający wezwał do wykazania, czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł,

4. w odniesieniu do usługi wykazanej w poz. 4 zamawiający zakwestionował możliwość wykazania spełnienia warunku za pośrednictwem usług administracji systemem, które wykonawca realizował po wdrożeniu systemu w czerwcu 2010 roku. Zamawiający wezwał do wykazania, czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Wykonawca European Dynamics przedłożył w dniu 20 listopada 2019 r. wyjaśnienia, z których wynika wprost, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert nie wykonał usług, które potwierdzają warunki udziału w postępowaniu. Żadna ze zrealizowanych w tym okresie usług nie odpowiadała swoim zakresem warunkowi sformułowanym przez zamawiającemu w s.i.w.z. Wykonawca wprost potwierdził, że po wdrożeniu systemu kontynuuje rozwój systemu teleinformatycznego poprzez wydania, które wszystkie zawierają projekt architektury, budowy i wdrożenia nowych wersji.

a) We wszystkich naszych projektach dotyczących systemów ICT oferujemy projektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie do momentu pierwszego uruchomienia systemu ICT. Następnie wchodzimy w fazę Administracji Systemem ICT, która dotyczy głównie hostingu w chmurze, wsparcia i konserwacji. Równolegle kontynuując rozwój systemu teleinformatycznego poprzez wydania, które wszystkie zawierają projekt architektury, budowy i wdrożenia nowych wersji. Nowa wersja może mieć nową funkcjonalność (na przykład „Systemy Dynamicznych Zakupów - DPS”), zawierać nowe rozporządzenie (na przykład nowe dyrektywy UE w sprawie zamówień publicznych) lub wprowadzić nowy obieg pracy (na przykład formularz ESPD). Po uruchomieniu nowej wersji systemu, jego Administracja przechodzi z poprzedniej do nowej wersji. European Dynamics jako właściciel praw autorskich do standardowego oprogramowania ePPS, na bazie którego dokonuje wdrożeń, podnosi wersje swojego oprogramowania zmieniając poszczególne technologie, co jest wymuszone dostosowaniem softu do nowych wersji oprogramowania narzędziowego, gdyż poprzednie wersje nie są już wspierane przez producentów iub są mało wydajne lub niebezpieczne. Oznacza to, że European Dynamics wykonuje typowy upgrade swojego oprogramowania jako jego właściciel (usługi administracyjne). Kolejno European Dynamics wskazuje co przykładowo może zawierać nowa wersja ePPS w kontekście funkcjonalności, nie wskazując w której usłudze, na czyje zlecenie, o jakiej wartości został przeprowadzony i wdrożony rozwój systemu, a także czy zawierał trzy z pięciu cech wymienionych w treści warunku w lit. a) - e).

W stosunku do poszczególnych usług wykonawca przedstawia wyjaśnienia z dni 20 i 22 listopada 2019 (na ponowne wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 21 listopada):

1. usługa wykazana w poz. 1:

Fragment wyjaśnień European Dynamics z dn. 20.11.2019:

W odniesieniu do projektu nr 1 (System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii) nasza firma dostarczyła pierwsze wydanie w 2007 roku. Od tego czasu system ten ewoluował poprzez wiele wydań i jest obecnie w wydaniu 10 (<https://eten.publicprocurement.be/etendering/home.do>), które wprowadzono w grudniu 2018 r. Obecna umowa z klientem, która rozpoczęła się 1 czerwca 2011 r., dotyczy administracji systemem w chmurze EDHS i opracowywania nowych wersji.

Potwierdzamy, że koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 1 373 889,03 EUR brutto (ok. 5 964 052,28 PLN brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto.

Odwołujący Portal PZP podniósł, że wykonawca European Dynamics potwierdził jedynie, że "system ewoluuje", koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończony w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł ponad 5 mln złotych brutto. Wykonawca nie wskazał konkretnego, nazwanego zamówienia na rozwój o wartości powyżej 3 mln zł brutto, który zostałby wykonany na zlecenie zamawiającego (a nie będąc kosztem wykonawcy), który posiada cechy określone przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu.

W wyniku kolejnego wezwania zamawiającego do wyjaśnień z dnia 21 listopada 2019 roku, wykonawca European Dynamics w dniu 22 listopada 2019 roku potwierdził, że "w kontekście wskazanej usługi o wartości około 5 964 052,28 zł, rzeczywiście były realizowane prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania". Wykonawca wskazał zakres prac, który potwierdza jedynie upgrade technologiczny oprogramowania standardowego wykonawcy.

Fragment wyjaśnień European Dynamics z dnia 22.11.2019 r.

a) W odniesieniu do projektu wymienionego w punkcie 1 potwierdzamy, że w kontekście wskazanej usługi o wartości około 5 964 052,28 zł brutto rzeczywiście były realizowane prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania. Takie prace obejmowały zmianę architektury rozwiązania w celu ułatwienia korzystania z nowego serwera aplikacji (Red Hat Wildfly), zaktualizowaną wersję Java (Java 8), użycie angular.js oraz przyjęcie Querydsl dla zunifikowanego, kompaktowego i bezpiecznego zapytania w Java.

W ocenie odwołującego Portal PZP, powyższe oznacza, że zamawiający uznał spełnienie warunku udziału pomimo, iż przedmiotowa usługa dotyczyła realizacji umowy serwisowej oraz administracji technicznej z rozwojem polegającym na unowocześnianiu wersji oprogramowania, wykonywanym wielokrotnie w ramach wielu, ewoluujących wersji systemu ePPS. Wykonawca nie potwierdził, że któryś ze zleconych elementów rozwoju ma wymaganą wartość (3 mln zł brutto) i charakteryzuje się cechami wymaganymi w warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący Portal PZP dodatkowo wskazał, że wykonawca European Dynamics nie wdrożył nowego serwera aplikacji Red Hat Wildfly, a wskazany system oparty jest przestarzałych technologiach, co odwołujący Portal PZP szerzej przedstawił w zakresie zarzutu RNC w opisie niezbędnych kosztów przystosowania oprogramowania standardowego ePPS do wymagań zamawiającego opisanych w OPZ.

2. usługa wykazana w poz. 2

Fragment wyjaśnień European Dynamics z dn. 20.11.2019:

*b) W odniesieniu do projektu wymienionego w punkcie 2 potwierdzamy, że w kontekście wskazanej usługi o wartości około 3164 825,98 zł brutto, rzeczywiście realizowane były prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania. Prace te obejmowały zmiany architektury rozwiązania w celu obsługi frameworkTi Java Web Start do przygotowywania kwestionariusza online przez dostawców w trybie offline. Ponadto dokonano szeregu zmian w architekturze systemu w celu poprawy wydajności; takie zmiany obejmują oddzielenie bazy danych audytu od głównej bazy danych systemu, konsekwentne korzystanie z komunikatów publikowania i subskrybowania za pomocą Apache Artemis. Ostatecznie zaprojektowaliśmy i opracowaliśmy nową funkcjonalność, taką jak wdrożenie nowych ogłoszeń o zamówieniach oraz nowe procedury DPS wymagane przez nowe unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych. Dokonaliśmy odpowiednio wszystkich wymaganych zmian w architekturze rozwiązania.*

Odwołujący Portal PZP podniósł, że wykonawca European Dynamics potwierdził jedynie, że dokonano szeregu zmian w architekturze systemu w tym upgrade pojedynczych technologii systemu ePPS, a także wdrożenie nowego ogłoszenia o zamówieniach publicznych i nowych procedur DPS. Oznacza to, że wykonawca potwierdził, że w okresie 3 lat przed terminem składania ofert wykonał liczne drobne prace rozwojowe swojego oprogramowania standardowego, o łącznej wartości 3 164 825,98 zł.



W wyniku kolejnego wezwania zamawiającego do wyjaśnień z dnia 21 listopada 2019 roku, wykonawca European Dynamics w dniu 22 listopada 2019 roku potwierdził, że w okresie od czerwca 2017 roku do stycznia 2019 r. dwukrotnie podniósł wersję istniejącego systemu.

Fragment wyjaśnień European Dynamics z dn. 22.11.2019:

*b) W odniesieniu do projektu nr 2 (System e-Zamówień dla Irlandii Północnej) wydanie pierwsze zostało dostarczone w kwietniu 2015 r., a następnie niezwłocznie przeszło w fazę Administracji. W czerwcu 2017 r. została wydana wersja nr 2, a Administracja systemem została przeniesiona z wersji 1 do wersji 2. W styczniu 2019 r. została dostarczona bieżąca wersja systemu - 3 (<https://etendersni.gov.uk/epps/home.do>), a jego Administracja została przeniesiona z wersji nr 2 do wersji nr 3.*

*Potwierdzamy, że koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 647 442 GBP brutto (około 3 164 825.98 PLN brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto.*

W ocenie odwołującego Portal PZP, powyższe oznacza, że zamawiający uznał spełnienie warunku udziału pomimo, iż przedmiotowa usługa dotyczyła realizacji Umowy serwisowej oraz administracji technicznej z rozwojem polegającym na unowocześnianiu wersji oprogramowania, wykonywanym dwukrotnie w ewoluujących wersjach systemu ePPS. Wykonawca nie potwierdził, że któryś ze zleconych elementów rozwoju ma wymaganą wartość (3 mln zł brutto) i charakteryzuje się cechami wymaganymi w warunku udziału w postępowaniu.

3. usługa wykazana w poz. 3

Fragment wyjaśnień European Dynamics z dn. 20.11.2019:

*c) W odniesieniu do projektu nr 3 (Zambia e-Zamówienia Publiczne), mimo że system został uruchomiony w lipcu 2016 r., prace rozwojowe były kontynuowane, a system został wstępnie zaakceptowany w dniu 21.10.2016 r. (wydanie 1). Następnie wszedł do fazy Administracji w podobny sposób jak poprzednie dwa projekty z tą różnicą, że był on administrowany w obiektach hostowanych przez klienta, a nie w naszym środowisku chmury, dlatego nie uwzględniamy go dla kryterium 3.2. Okres Administracji systemu kończy się w grudniu 2019 r., a w okresie od jego uruchomienia kontynuowaliśmy projektowanie architektury, rozwój i wdrożenie wersji 2, która została uruchomiona w grudniu 2018 r. (<https://eprocure.zppa.org.zm/epps/home.do>). Łączna wartość projektu wyniosła 2 456 790,21 USD brutto (9 652 701,58 zł brutto) w tym 1 132 229,00 USD brutto (4 462 521,35 zł brutto) na zakup sprzętu i 335 906,61 USD brutto (1 323 835,13 zł brutto) na utrzymanie i wsparcie. Pozostałe 988 593,60 USD brutto (3 896 245,10 zł brutto) stanowiły koszty projektu*

*architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia Zambijskiego Systemu Teleinformatycznego e-Zamówień (wszystkie wersje).*

W ocenie odwołującego Portal PZP, z referencji przedłożonych przez wykonawcę European Dynamics na potwierdzenie spełnienia warunku wyniku wprost, że wdrożenie produkcyjne nastąpiło w lipcu 2016 roku, a więc więcej niż 3 lata przed terminem składania ofert. Wykonawca European Dynamics w wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2019 roku wskazuje, że "system został wstępnie zaakceptowany w dniu 21.10.2016 r." nadając nazwę wdrożeniu (wydanie 1). Wskazanie nowego terminu wdrożenia wydania 1 pozostaje w sprzeczności z treścią przedłożonych referencji, z której wprost wynika zakończenie wdrożenia produkcyjnego. W dacie 21.10.2016 roku mogło dojść do wdrożenia kolejnego wydania/wersji itp. Również zamawiający nie daje wiary wyjaśnieniom, wzywając wykonawcę do ponownych wyjaśnień pismem z dnia 21 listopada 2019 roku.

Fragment wezwania do wyjaśnień z dnia 21 listopada 2019 r.

*c) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 3 W treści wyjaśnień wskazaliście Państwo, iż system dla Urzędu Zamówień Publicznych Zambii został uruchomiony w lipcu 2016 roku i wstępnie zaakceptowany w dniu 21.10.2016 roku. W świetle przesłanych wyjaśnień Zamawiający nie może określić daty wdrożenia wydania 1 systemu, w szczególności wątpliwości budzi data 21.10.2016 roku, określona jako „wstępne zaakceptowanie”*

*W związku z powyższym Zamawiający prosi o wskazanie:*

- kiedy nastąpiło wdrożenie systemu Zambia e-Zamówienia Publiczne wydanie 1,*
- jaka była wartość usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu Zambia e-Zamówienia Publiczne wydanie 1,*
- jaka była wartość usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu Zambia e-Zamówienia Publiczne wydanie 2.*

Odwołujący Portal PZP wskazał, że wykonawca European Dynamics potwierdził, że system został uruchomiony w dniu 7 lipca 2016 r. dla pięciu agencji pilotażowych. Następnie odniósł się do kwestii użytego sformułowania "wstępnej akceptacji", która miała nastąpić 21 października 2016 r., która zdaniem wykonawcy oznacza "pierwszą akceptację systemu poza pilotem", które znowu oznacza "wstępną akceptację", której nie należy rozumieć jako "częściowej" lub "warunkowej", ale "ostateczną akceptację" która nastąpiła 21.10.2016 r.

Fragment wyjaśnień wykonawcy European Dynamics z dnia 22 listopada 2019 r.:

*c) W odniesieniu do projektu wymienionego w punkcie 3 umowa została podpisana w dniu 22 maja 2015 r., a system został uruchomiony w dniu 7 lipca 2016 r. dla pięciu agencji pilotażowych. Nawiązując, w naszym poprzednim liście, do „wstępnej akceptacji” mówiliśmy o „pierwszej akceptacji systemu poza pilotem”. Innymi słowy, odnosiliśmy się do oficjalnej ostatecznej akceptacji 1-ego wydania systemu. Wyjaśniamy, że „wstępna akceptacja” nie oznacza „częściowej” lub „warunkowej” akceptacji. Dlatego 1-sze wydanie systemu otrzymało status „ostatecznej akceptacji” w dniu 21 października 2016 r.*

*Wartość usługi zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu e-Zamówień publicznych Zambii Wydanie 1-sze wyniosła 853 593,60 USD brutto (3 364 183,10 zł brutto).*

*Wydanie 2-gie był wynikiem kilku wniosków o zmianę i polegało na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, opracowaniu i wdrożeniu Wydania 2-go. Orientacyjnie odnosimy się do zgodności systemu z otwartym standardem danych umownych przy użyciu nowych interfejsów API opartych na JSON i usługach REST. Wartość usługi zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu e-Zamówień publicznych Zambii Wydanie 2-gie wyniosła 135 000,00 USD brutto (532,062,00 zł brutto).*

Zdaniem odwołującego Portal PZP nie sposób zrozumieć, jak zamawiający na podstawie powyższych wyjaśnień mógł dać wiarę kolejnym, tak pokrętnym wyjaśnieniom wykonawcy, dla którego korzystna oczywiście jest interpretacja, wskazania późniejszej akceptacji systemu. Wówczas wykonawca mógłby wykazywać, że zakończenie realizacji zostało zakończone w ciągu ostatnich trzech lat przed zakończeniem terminu składania ofert. Prawdziwy termin zakończenia wdrożenia, który wynika z referencji powoduje, że nie sposób zakwalifikować przedmiotowej usługi jako spełniającej warunek udziału w postępowaniu. W dniu 21 października 2019 roku być może nastąpił jakiś odbiór kolejnej wersji systemu, ale nie zmienia to faktu, że sam zlecający odebrał system w dniu 6 lipca 2019 roku.

4. usługa wykazana w poz. 4

Fragment wezwania do wyjaśnień z dnia 18 listopada 2019 r.

*d) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 4 Realizacja Projektu obejmuje okres od 1 maja 2010 roku do 22 lipca 2017 roku, a zgodnie z dołączonymi referencjami system został wdrożony w czerwcu 2010 roku, czyli zakończenie wdrożenia nie mieści w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.*

Fragment wyjaśnień European Dynamics z dnia 20 listopada 2019 r. dotyczący zakresu realizacji usług:

d) *W odniesieniu do projektu nr 4 (System e-Zamówień dla TFL), system ten został uruchomiony w czerwcu 2010 r., a następnie wszedł w fazę Administracji w podobny sposób jak poprzednie trzy projekty. Okres Administracji zakończył się w lipcu 2017 r., a w okresie od jego uruchomienia nadal oferowaliśmy usługi projektowania architektury, rozwoju i implementacji wersji nr 2, która została uruchomiona w listopadzie 2014 r. Wersja nr 3 została wydana marcu 2017 r., czyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków. Całkowita wartość projektu wyniosła 652 315,12 GBP brutto (3188 646,77 zł brutto) w tym 38 565,12 GBP brutto (188 584,02 zł brutto) na utrzymanie i wsparcie systemu. Pozostałe 613,750,00 GBP brutto (3.000.132,75 zł brutto) stanowiły koszty projektu architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia Transport dla Londynu - Teleinformatycznego e-Rządowego Systemu Zamówień (wszystkie wersje).*

Odwołujący Portal PZP wskazał, że wykonawca European Dynamics ponownie potwierdził, że w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, wykonywał upgrade wersji oprogramowania standardowego ePPS. Powyższe oznacza, że zamawiający uznał spełnienie warunku udziału pomimo, iż przedmiotowa usługa dotyczyła realizacji umowy serwisowej oraz administracji technicznej z rozwojem, polegającym na unowocześnianiu wersji oprogramowania, wykonywanym dwukrotnie w ewoluujących wersjach systemu ePPS. Wykonawca nie potwierdził, że któryś ze zleconych elementów rozwoju ma wymaganą wartość (3 mln zł brutto) i charakteryzuje się cechami wymaganymi w warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przyczyn o obiektywnym charakterze, które spowodowały, że wykonawca ten na potwierdzenia należytego wykonania umowy przedłożył własne oświadczenie, a nie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia od podmiotu zlecającego wykonanie usługi.

Fragment wyjaśnień European Dynamics z dnia 20 listopada 2019 r. dotyczący przedstawienia oświadczenia własnego wykonawcy zamiast potwierdzenia zlecającego:

*Odnosząc się do własnego oświadczenia wykonawcy: nasza firma przestała świadczyć usługi Transport for London (TFL) w lipcu 2017 r. Wszystkie oświadczenia klientów są przed tą datą i są dostępne dla UZP, jeśli wymagane. Jednak zgodnie z SIWZ (rozdział VII, poz. 4) referencje lub inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umów powinny być wydawane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Klient nie był w stanie przedstawić oświadczenia w tygodniach poprzedzających złożenie oferty. Nie dotyczyło to Klientów pozostałych 3 projektów, którzy to byli dostępni i dostarczyli listy potwierdzające elementy projektów, które wymagał UZP (liczba użytkowników, daty uruchomienia, rodzaje usług itp.). W związku z tym przedłożyliśmy własne oświadczenie dotyczące projektu TFL potwierdzające elementy wymagane przez UZP.*

W ocenie odwołującego Portal PZP nie sposób uznać, że wykonawca wykazał obiektywne czynniki, które uniemożliwiły przedstawienie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, w szczególności wykonawca nie wykazał w jaki sposób próbował komunikować się z zamawiającym oraz że uzyskał informację o odmowie wystawienia poświadczenia należytego wykonania. Taka jest również linia orzecznicza KIO, która ciężar udowodnienia obiektywnych przesłanek, które uniemożliwiły uzyskanie poświadczenia należytego wykonania. Odwołujący Portal PZP przywołał wyrok KIO 1390/14 z 18 lipca 2014 r.

Odwołujący Portal PZP stwierdził, że zamawiający zaniechał zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty gdyż wykaz usług, oświadczenia i inne złożone przez wykonawcę European Dynamics pomimo iż dokumenty budzą uzasadnione wątpliwości na podstawie przepisu § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu. Wyjaśnienie czy wykazane doświadczenie potwierdza spełnianie warunku określonego w pkt 3.1 s.i.w.z. jest kluczowe, a kolejne oświadczenia wykonawcy składane w ramach wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. upewniają, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku w żadnym z wykazanych projektów.

Odwołujący Portal PZP wniósł o zobowiązanie zamawiającego do:

- unieważnienia czynności wyboru oferty European Dynamics jako najkorzystniejszej
- uznania, że wykonawca European Dynamics nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1. s.i.w.z.
- wezwania wykonawcy European Dynamics na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia wykazu usług oraz przedstawienia dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania usług w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1 s.i.w.z.

Odnosząc się do zarzut 10, 11 dot. zaniechania wykluczenia European Dynamics w związku z wprowadzeniem w błąd zamawiającego w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa, odwołujący Portal PZP podniósł, że zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia dla roli Eksperta ds. bezpieczeństwa który posiada ważny certyfikat CISA (Certified Information Security Manager) lub ważny certyfikat CISSP (Certified Information Security Systems Professional) lub równoważny, potwierdzający uprawnienia audytora IT. (str. 16 s.i.w.z.)

Wykonawca European Dynamics w ofercie załączył wykaz osób celem wykazania dysponowaniem Kluczowym Personelem - w tym w szczególności w zakresie eksperta ds. bezpieczeństwa: V. P., dla którego zamieścił informację, że posiadany przez niego certyfikat kończy się w dniu 30 września 2004 roku.

Odwołujący Portal PZP podniósł, że zamawiający w dniu 30.10.2019 r. w wezwaniu do złożenia dokumentów i wyjaśnień wyartykułował słuszną wątpliwość, co do aktualności certyfikatu CISA wskazanego przy opisie kompetencji eksperta ds. bezpieczeństwa. Taka wątpliwość jest zasadna zważywszy na wskazaną datę umieszczoną w kolumnie oznaczonej jako "Koniec" oraz politykę certyfikacyjną CISA (tzw. politykę ciągłego doskonalenia zawodowego) według, której osoba będąca certyfikowanym audytorem systemów informatycznych (CISA) musi wykazywać do organizacji certyfikującej ciągłe doskonalenie poprzez udział w kursach, seminariach, etc w odpowiednim wymiarze w skali roku i trzech lat. Po tym czasie dostaje kolejne certyfikaty z nowymi datami ważności.

Wykonawca European Dynamics jako wykonawca świadczący usługi wymagające takich kompetencji i podmiot profesjonalny, w warunkach profesjonalnej staranności wymaganej od profesjonalistów powinien posiadać wiedzę o warunkach certyfikacji i wbrew stanowi faktycznemu odpowiedział zamawiającemu w piśmie z 11 listopada 2019 r.:

*Potwierdzamy, że data 30.09.2004 roku wskazana w certyfikacie CISA, w której wyznaczono osobę pełniącą funkcję eksperta ds. Bezpieczeństwa, nie oznacza wygaśnięcia ważności certyfikatu. Data 30.09.2004 r. jest datą wydania certyfikatu CISA.*

Tymczasem jak stwierdził odwołujący Portal PZP powołując się na informacje na portalu LinkedIn, pan V. P. wykazany przez European Dynamics jako ekspert ds. bezpieczeństwa posiada certyfikat o numerze 0436794 uzyskany w dniu 30.09.2004.

Na stronie internetowej organizacji certyfikującej ISACA

[http://www.isaca.org/Certification/CISA-Certified-Information-Svstems-Auditor/Pages/default.aspx](http://www.isaca.org/Certification/CISA-Certified-Information-Systems-Auditor/Pages/default.aspx)

możliwe jest uzyskanie informacji o aktualności certyfikatu, która wskazuje, że certyfikat wygasł w 2009 r.

Name (imię i Nazwisko): Mr. V. P.

Status (status): EXPIRED (wygasł)

Certification Type: CISA

Certification Number: 0436794

Datę Certified (data certyfikacji): 30 September 2004

Expiration Datę (data wygaśnięcia): 06 July 2009

Odwołujący Portal PZP wskazał, że pytanie zamawiającego ze wskazaniem na datę dość odległą w kolumnie "Koniec" oczywiście miało na celu weryfikację, czy wykazany certyfikat jest ważny (zgodnie z treścią postawionego warunku). Wykonawca European Dynamics nie poinformował zamawiającego, że ten certyfikat jest nieważny od 2009, ale podał informację dotyczącą początku ważności certyfikatu, neutralną dla zamawiającego. Na podstawie takiej odpowiedzi zamawiający mógł domniemywać, że certyfikat jest ważny (na przykład jest bezterminowy). Pytanie zamawiającego oczywiście musiało spowodować u profesjonalisty jakim jest European Dynamics należytą staranność w wyjaśnieniu tej kwestii. Dlatego odwołujący Portal PZP uważa, że wykonawca European Dynamics wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, również poprzez zatajenie informacji o wygaśnięciu certyfikatu, co wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. i powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Odwołujący Portal PZP wskazał, że odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień cytowane powyżej, może również zostać zakwalifikowane jako czyn wyczerpujący znamiona przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., albowiem wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa przedkładając wprowadzające w błąd wyjaśnienia.

Odwołujący Portal PZP powołał się na orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt.

W związku z powyższym odwołujący Portal PZP wniósł o zobowiązanie zamawiającego do:

- unieważnienia czynności wyboru oferty European Dynamics jako najkorzystniejszej
- wykluczenia Wykonawcy European Dynamics ze względu na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa.

Odnosząc się do zarzut 12 dot. zaniechania wezwania European Dynamics do uzupełnienia wykazu osób w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w kontekście wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa oraz Administratorem systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps Ekspert ds.

bezpieczeństwa, odwołujący Portal PZP z ostrożności, w razie stwierdzenia że nie spełniła się żadna z przesłanek określona w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy P.z.p., na podstawie powyżej wskazanej argumentacji w zakresie przedstawionego stanu faktycznego w zakresie braku wykazania spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w kontekście wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa przez wykonawcę European Dynamics, wniósł o zobowiązanie zamawiającego:

- do unieważnienia czynności wyboru oferty European Dynamics jako najkorzystniejszej
- do wezwania wykonawcy w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa.

Administrator systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps

Odwołujący Portal PZP wskazał również, że na stronie 17 lit. c s.i.w.z. zamawiający wskazał wymagania wobec osoba pełniącej rolę Administratora, która musi posiadać certyfikat potwierdzający umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanych środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE.

Jednocześnie w informacjach dotyczących równoważności certyfikatów oraz uznawalności uprawnień (str. 18 s.i.w.z.) zamawiający wskazał, że "...dopuszcza posiadanie równoważnych certyfikatów, innych niż wskazane przez Zamawiającego, W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że wskazany certyfikat potwierdza posiadanie co najmniej takiej samej wiedzy, kompetencji i doświadczenia co certyfikat wskazany przez Zamawiającego, jest potwierdzony certyfikatem jeżeli dotyczy to danego certyfikatu i został wydany przez podmiot posiadający uprawnienia do wydawania certyfikatów nadane przez niezależną od wykonawcy jednostkę"

W ocenie odwołującego Portal PZP, wymieniony przez zamawiającego certyfikat Microsoft MCSD wydawany jest osobom, które posiadają wymagane umiejętności i zdały egzamin dla usług IAAS oferowanych przez firmę Microsoft.

Zdaniem odwołującego Portal PZP, wskazany przez wykonawcę certyfikat nie spełnia wymagań równoważności z dwóch powodów:

- do jego uzyskania zgodnie z tłumaczeniem treści certyfikatu załączonego przez wykonawcę European Dynamics nie był wymagany egzamin ( "z powodzeniem uczestniczył w następującym kursie dotyczącym obsługi EDHS" ), a do referencyjnego certyfikatu wskazanego przez Zamawiającego jest wymagane zdanie egzaminu



- certyfikat został wydany przez wykonawcę, a więc nie jest spełniony wymóg uprawnień do jego wydawania nadanych przez niezależną od wykonawcy jednostkę

Na podstawie powyżej wskazanej argumentacji w zakresie przedstawionego stanu faktycznego w zakresie braku wykazania spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w kontekście wykazania roli Administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps przez wykonawcę European Dynamics, odwołujący Portal PZP wniósł o zobowiązanie zamawiającego do:

- unieważnienia czynności wyboru oferty European Dynamics jako najkorzystniejszej
- wezwania wykonawcy w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazania roli Administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps.

### **KIO 2473/19**

W dniu 5 grudnia 2019 roku wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie (dalej: odwołujący Pentacomp) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności oraz zaniechań zamawiającego polegających na:

1) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zaniechania odtajnienia części oferty Konsorcjum European Dynamics w zakresie utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, podczas gdy wyjaśnienia te rzeczywistości nie zawierają, zdaniem odwołującego, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej: „UZNK”), zaś Konsorcjum European Dynamics nie wykazało przesłanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i informacje te winny podlegać odtajnieniu,

co stanowi naruszenie art 7 ust 1 w zw. art 8 ust 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. oraz w zw. z art 11 ust 2 UZNK;

2) błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i wyborze oferty Konsorcjum European Dynamics zamiast dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum European Dynamics, z uwagi na rażąco niską cenę oferty, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty Konsorcjum European Dynamics nie jest rażąco niska,

co stanowi naruszenie 90 ust. 4 w zw. z art 91 ust. oraz art 89 ust 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art 7 ust 1 i ust 3 ustawy P.z.p.;

3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum European Dynamics na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającym na złożeniu oferty z rażąco niską ceną, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty odwołującego w postępowaniu jako najkorzystniejszej;

co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art 89 ust. 1 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 3 ust. 1 i art 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum European Dynamics podczas gdy oferta ta jest niezgodna z s.i.w.z.,

co stanowi naruszenie art 89 ust 1 pkt 2 oraz art 7 ust 1 i 3 ustawy P.z.p.;

5) zaniechania dokonania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum European Dynamics za brak spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia,

co stanowi naruszenia art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art 25 ust 1 ustawy PZP;

6) czynności polegającej na niezasadnym przyznaniu Konsorcjum European Dynamics punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia” oraz „Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia” poprzez niezasadne przyjęcie przez zamawiającego, że Konsorcjum European Dynamics dysponuje właściwymi osobami do realizacji zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości osoby te nie mają wymaganego doświadczenia i wiedzy, co doprowadziło do niezasadnego przyznania punktów w kryterium pozacenowym i wyboru oferty Konsorcjum European Dynamics jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty odwołującego w postępowaniu jako najkorzystniejszej,

co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.;

7) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum European Dynamics z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że Konsorcjum European Dynamics spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz dysponuje osobami w kryterium oceny ofert, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum European Dynamics na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty odwołującego w postępowaniu jako najkorzystniejszej,

co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.;

8) wyboru oferty Konsorcjum European Dynamics jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu a wykonawca Konsorcjum European Dynamics wykluczeniu z postępowania,

co stanowiło naruszenie art. 7 ust. i 3, art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.;

9) zaniechaniu wykluczenia Portal PZP z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzeniu w błąd zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że Portal PZP dysponuje podwykonawcami i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w ramach kryterium oceny ofert, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Portal PZP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

Mając na względzie powyżej podniesione zarzuty odwołujący Pentacomp wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty konsorcjum European Dynamics w postępowaniu;
- 2) dokonanie ponownej ceny ofert w postępowaniu;
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum European Dynamics;
- 4) odrzucenie oferty konsorcjum European Dynamics z postępowania;
- 5) wykluczenie z postępowania Portal PZP;
- 6) odrzucenie oferty Portal PZP;
- 7) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący Pentacomp wniósł o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Uzasadnił to tym, że działania i zaniechania zamawiającego objęte odwołaniem mogą uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący Pentacomp wskazał, iż może ponieść szkodę, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący Pentacomp ze względu na złożenie oferty jest uczestnikiem postępowania, przez co powinien być uprawniony do zapoznania się z treścią ofert konkurencyjnych, w szczególności z tymi elementami tych ofert,

które mają wpływ na ich ocenę zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty konsorcjum European Dynamics w zakresie utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odwołujący Pentacomp wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego Pentacomp, nieodtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum European Dynamics objętych niniejszym odwołaniem narusza elementarną zasadę prawa zamówień publicznych sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., stanowiącą, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. A zatem poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum European Dynamics jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający naruszył przepis art. 7 ust 1, art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, jak również art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego Pentacomp informacje opisane w odwołaniu zostały zastrzeżone przez Konsorcjum European Dynamics jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia a właściwie uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez odwołującego Pentacomp. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający winien udostępnić odwołującemu Pentacomp do wglądu dokumenty, których ujawnienia odwołujący żąda w niniejszym odwołaniu. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący Pentacomp podkreślił, że art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną informacje przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK. Aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że ciężar dowodu w powyższym zakresie leży wyłącznie na wykonawcy, który winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich

wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Zdaniem odwołującego Pentacomp, w okolicznościach postępowania brak jest podstaw prawnych do uznania wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK.

Odwołujący Pentacomp przywołał orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 304/00, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1234/18, KIO 1276/18 i inne.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum European Dynamics, pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, odwołujący Pentacomp podniósł, że oferta złożona przez wykonawcę Konsorcjum European Dynamics zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na okoliczność, że zawiera rażąco niską cenę, zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Pentacomp przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 728/16; KIO 741/16; KIO 802/16, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/07) oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Rażąco niska cena”.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że cena oferty Konsorcjum European Dynamics w kontekście wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT jest aż o 32% niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Po drugie, odnosząc się do średniej arytmetycznej złożonych ofert wskazał, że cena oferty Konsorcjum European Dynamics jest aż o 33 % średniej arytmetycznej złożonych ofert.

W ocenie odwołującego Pentacomp, wykonanie zamówienia w zakresie określonym przedmiotem zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum European Dynamics jest niemożliwe. Zaoferowana przez Konsorcjum European Dynamics 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 s.i.w.z. (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. Ponadto, cena oferty ma zapewnić, że zamówienie będzie wykonane przy zachowaniu wszelkich zasad bezpieczeństwa i najwyższych standardów, przy jednoczesnym zaangażowaniu odpowiedniej ilości właściwie wykwalifikowanego personelu i przy odpowiednim nakładzie czasu. Ewentualne dokonywanie oszczędności przez Konsorcjum European Dynamics wyrażające się w obniżeniu ceny za realizację zamówienia kosztem jakości i terminowości wykonania jest całkowicie niedopuszczalne.

W ocenie odwołującego Pentacomp, w przypadku Konsorcjum European Dynamics nie występują żadne szczególne oszczędności, które umożliwiałyby ww. wykonawcy zaoferowanie tak niskiej ceny jak w postępowaniu, co wskazuje, że cena została nieodpowiednio skalkulowana.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu musiał przy kalkulacji ceny uwzględnić co najmniej poniższe pozycje. (Odwołujący wskazał, że wszelkie ceny podawane w tej kalkulacji są cenami netto.)

#### 1. Koszt chmury obliczeniowej

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że zamawiający w OPZ bardzo precyzyjnie określił wolumetrię niezbędną do skalkulowania kosztów chmury, w tabeli nr 4 na stronie 100 OPZ wskazano 1324 wirtualne rdzenie, 5040 GB RAM, 62625GB dysków HDD oraz 16000GB dysków SSD.

W ocenie Pentacomp, taka konfiguracja dla zakładanego w OPZ okresu realizacji i utrzymania generuje koszt ok. 3,4 mln zł netto w toku całego projektu przy założeniu optymalizacji cenowej polegającej na zakupie tej usługi w trybie rezerwacji, czyli w takim trybie, w którym kupuje się z góry określoną liczbę zasobów chmurowych na dłuższy okres czasu. Analogiczna usługa w chmurze Google kosztuje ok. 4,7 mln zł. Odwołujący Pentacomp przekazał wyliczenia z publicznie dostępnych cenników Microsoft oraz Google.

#### 2. Koszt licencji BI

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że z informacji zawartych w ofercie Konsorcjum European Dynamics wynika, że oferowanym narzędziem BI jest rozwiązanie firmy Microsoft PowerBI.

Odwołujący Pentacomp zauważył, że przy zakładanych parametrach wydajnościowych oraz wolumetrycznych określonych w OPZ dla narzędzia BI istnieje konieczność zapewnienia licencji w postaci dostępowej (dostępu jednoczesnego) dla 200 użytkowników oraz 5 licencji nazwanych użytkowników zaawansowanych - deweloperów aplikacji (zdefiniowanych

zestawów dashboardów) z uwzględnieniem wydłużonego o 24 miesiące okresu licencji zaoferowanego w ramach kryterium oceny ofert. Na bazie publicznie dostępnych cenników koszt takiego rozwiązania wynosi ok. 2,2 mln zł w okresie 36 miesięcy. Na dowód odwołujący Pentacomp przekazał wyliczenia z publicznie dostępnych cenników Microsoft.

### 3. Koszty związane z zapewnieniem I linii wsparcia

Odwołujący Pentacomp podniósł, że zgodnie z OPZ Rozdział XIV.2 (str. 107) od momentu produkcyjnego uruchomienia pierwszego modułu do momentu rozpoczęcia fazy utrzymania wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia I linii wsparcia, czyli świadczenia wsparcia w użytkowaniu platformy bezpośrednio użytkownikom końcowym systemu. Ta usługa będzie realizowana przez okres 25 miesięcy. Na bazie informacji zawartych w OPZ dotyczących wymiarowania usług (Rozdział XI, str. 88) oraz biorąc pod uwagę fakt, że w kraju realizowanych jest ok. 150 tys. postępowań, gdzie składanych jest w sumie ok. 260 tys. ofert należy podkreślić, że koszt realizacji usługi 1 linii wsparcia będzie znaczny. Zakładając, że spośród łącznie 410 tys. zdarzeń mogących generować zgłoszenie do I linii wsparcia tylko ok. połowa zakończy się kontaktem z I linią to należy obsłużyć ok. 200 tys. zdarzeń rocznie. W ciągu roku występuje średnio 250 dni roboczych. Tak więc dzieląc liczbę zdarzeń rocznie przez liczbę dni roboczych wychodzi średnia liczba zdarzeń dziennie do obsłużenia na poziomie 800. Do obsługi tak dużej ilości zgłoszeń potrzebny jest zespół ok. 8 osób na pełny etat przy założeniu, że obsługa jednej sprawy trwa średnio 5 min. Miesięczny koszt takiego zespołu zakładając wynagrodzenie na poziomie ustawowego wynagrodzenia minimalnego na poziomie 2600 zł od 1 stycznia 2020 roku wynosi ok. 29 000 zł wraz z pochodnymi od wynagrodzeń oraz przy założeniu kosztów pośrednich (takich jak chociażby wyposażenie stanowisk pracy czy media) ponoszonych przez wykonawcę na poziomie 20%. Uwzględniając całość kontraktu to obiektywny koszt związany z zapewnieniem I linii wynosi ok. 725 tys. zł netto.

### 4. Godziny rozwojowe

Odwołujący Pentacomp wskazał, że w toku całości zamówienia wykonawca Konsorcjum European Dynamics musiał uwzględnić koszt 6500 roboczogodzin świadczonych w okresie stabilizacji oraz utrzymania systemu. Według oferty Konsorcjum European Dynamics stawka za 1 rbh wynosi 260 zł, tak więc obiektywny koszt konieczny do poniesienia to ok 1,7 mln zł netto.

### 6. Koszty zarządzania projektem związane z wykorzystaniem SCRUM

Odwołujący Pentacomp wskazał, że zgodnie ze SCRUM istnieje konieczność odbywania spotkań dotyczących planowania oraz podsumowania sprintu, w których biorą

udział wszyscy członkowie zespołu wytwórczego. Zamawiający w OPZ wstępnie wskazał, że sprinty będą czterotygodniowe, czyli w toku realizacji projektu (bez fazy utrzymania) będzie tych spotkań 64 (32 tygodnie w fazie budowy systemu x 2 spotkania). Uwzględniając minimalny skład zespołu wytwórczego zgodnie z s.i.w.z. oraz OPZ (Rozdział XVIII) na poziomie 18 osób (z czego 8 osób z personelu kluczowego) to koszt związany tylko z wynagrodzeniami osób wynosi ok. 2,4 mln zł (przy uwzględnieniu uśrednionej stawki zawartej w ofercie ED – 260 zł). Do tej kwoty należy także doliczyć koszty przelotów i zakwaterowania tych osób na czas spotkania, a także być może kwoty dodatkowych diet wypłacanych przez Konsorcjum European Dynamics (odwołujący Pentacomp stwierdził, że nie ma wiedzy na temat procedur funkcjonujących w Konsorcjum European Dynamics, jednak pewnym standardem na rynku IT jest wypłacanie takich diet na projektach zagranicznych). Dodatkowe koszty bez diet wynosić mogą ok. 715 tys. zł w zakresie biletów lotniczych (64 przeloty tam i z powrotem x 620 zł najniższa cena biletu x 18 osób) oraz ok. 290 tys. zł hotele (64 noclegi x 250 zł cena doby hotelowej x 18 osób). Całościowe koszty dla tylko personelu kluczowego wynosić będą ok. 1,4 mln zł (1 mln wynagrodzenia, 320 tys. bilety, 130 tys. hotele)

Odwołujący Pentacomp wskazał, że podsumowując ww. koszty z pkt 1-6, w ramach oferty ED koszty obiektywne niezwiązane ze specjalną sytuacją żadnego z wykonawców wynosić będą ok. 13,7 mln zł, czyli powyżej ceny oferty złożonej przez Konsorcjum European Dynamics. Do powyższej kwoty należy także dodać koszty związane z dostosowaniem oferowanego oprogramowania ePPS firmy Konsorcjum European Dynamics do warunków przetargu w co najmniej nw. obszarach:

1) Zbudowanie modułu ogłoszeń w zakresie obsługi postępowań krajowych

W każdym kraju w zakresie postępowań poniżej progów UE występują różne procedury oraz różne wzory dokumentów. W przypadku niniejszego postępowania do obsłużenia będzie 13 wzorów dokumentów związanych z procedurą krajową:

1. OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU
2. OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA / O PODWYKONAWSTWIE
3. OGŁOSZENIE O ZAMIARZE ZAWARCIA UMOWY
4. OGŁOSZENIE O UDZIELENIU ZAMÓWIENIA
5. OGŁOSZENIE O KONKURSIE
6. OGŁOSZENIE O WYNIKACH KONKURSU
7. OGŁOSZENIE O ZMIANIE OGŁOSZENIA



8. OGŁOSZENIE O ZMIANIE UMOWY
9. OGŁOSZENIE O ZAMIARZE ZAWARCIA UMOWY KONCESJI
10. OGŁOSZENIE O KONCESJI
11. OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU OBRONNOŚCI
12. OGŁOSZENIE O ZAWARCIU UMOWY KONCESJI
13. OGŁOSZENIE O ZMIANIE OGŁOSZENIA O KONCESJI.

Według wyliczeń odwołującego Pentacomp, na każde ogłoszenie wymagana pracochłonność związana z implementacją obejmuje 2 osobomiesiące analityka, 3 osobomiesiące developera i 2 osobomiesiące testera. Łącznie daje to ok. 91 osobomiesiący w zakresie wykonania modułu ogłoszeń. Dodatkowo, zgodnie z wymaganiami OPZ dotyczącymi reużywalności danych (Rozdział III OPZ akapit drugi), wymagane będzie dostosowanie modelu danych w taki sposób, aby uwzględniał i uspoźniał dane zarówno z ogłoszeń europejskich (22 wzory już zaimplementowane w systemie ePPS i wymagające korekty), jak i polskich. Te prace odwołujący Pentacomp oszacował na około 6 osobomiesiący. Podsumowując, prace związane z dostosowaniem systemu ePPS w tym obszarze wyniosą 97 osobomiesiący, co przy założeniach harmonogramu (10 miesięcy na moduł ogłoszeń) daje zespół 10 osobowy. Uwzględniając średnią stawkę ofertową ED (260 zł) i przedstawioną pracochłonność, kwota na dostosowanie ePPS powinna wynieść ok. 4,3 mln zł (10 miesięcy x 10 osób x 168 średnio godzin roboczych w miesiącu x 260 zł).

## 2) Dostosowanie do wymogów WCAG

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że dokonał z wykorzystaniem powszechnie dostępnych narzędzi analizy dwóch portali wykazanych przez Konsorcjum European Dynamics, tj. systemu w Belgii oraz Irlandii Północnej. Portale te nie spełniały określonych w OPZ wymagań WCAG - na potwierdzenie tego odwołujący Pentacomp złożył Raport w załączniku nr 8. Koszt dostosowania obu tych witryn został oszacowany na ok. 144 dniówki. Uwzględniając średnią stawkę ofertową ED (260 zł) i przedstawioną pracochłonność, kwota na dostosowanie ePPS powinna wynieść ok. 300 tys. zł (144 dniówki x 8 godzin x 260 zł).

W ocenie odwołującego Pentacomp, powyższe wyliczenia pozwalają uznać, że cena oferty Konsorcjum European Dynamics jest znacznie zaniżona, ponieważ zgodnie z powyższym koszy związane z realizacją przedmiotu zamówienia szacowane są na poziomie 18,3 mln zł. Powyższe oszacowanie wskazuje, że oferta Konsorcjum European Dynamics jest o ponad 6,3 mln zł niższa niż szacowane koszty.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że Konsorcjum European Dynamics powinno uwzględnić wszystkie te elementy w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach ceny. Odwołujący Pentacomp nie ma dostępu do wyjaśnień Konsorcjum European Dynamics, wobec czego to zamawiający powinien dochować szczególnej dbałości przy okazji weryfikacji wyjaśnień ceny składanych przez Konsorcjum European Dynamics.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej odwołujący Pentacomp podniósł, iż z racji utajnienia wyjaśnień Konsorcjum European Dynamics jako zawierających informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający powinien dokonać ich właściwej oceny. Odwołujący Pentacomp przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2014 r. sygn, akt: KIO 2875/13.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum European Dynamics na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającym na złożeniu oferty z rażąco niską ceną, odwołujący Pentacomp podniósł, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 418), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie odwołującego Pentacomp, działanie Konsorcjum European Dynamics polegające na oferowaniu wykonania zamówienia w cenie, która jest ceną rażąco niską, ewidentnie jest działaniem w zamiarze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami i doprowadzenia do nieuprawnionego wyboru oferty w postępowaniu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta Konsorcjum European Dynamics cenowo jest znacznie zaniżona, ponieważ zgodnie z wyliczeniami odwołującego Pentacomp koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia szacowane są na poziomie 18,3 mln zł. Powyższe oszacowanie wskazuje że oferta Konsorcjum European Dynamics jest o ponad 6,3 mln zł niższa niż szacowane koszty.

W ocenie odwołującego Pentacomp, złożenie przez Konsorcjum European Dynamics oferty z tak niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o ZNK, zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Celem Konsorcjum European Dynamics może być

uzyskanie unikatowej wiedzy i doświadczenia, wraz z unikatowymi referencjami od Zamawiającego, nawet za cenę „dopłacenia” do realizacji tego zamówienia.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że fakt, że European Dynamics jest właścicielem chmury EDSH nie oznacza, że może oferować swoje usługi poniżej stawek rynkowych. Odwołujący zwrócił uwagę, że pokrywanie kosztów realizacji zamówienia z planowanych dochodów z tytułu umów z innymi kontrahentami jest niedozwolone, co potwierdza orzecznictwo Izby, a więc analogicznie - o ile nie bardziej rygorystycznie - należy ocenić zamiar pokrywania kosztów realizacji niniejszego zamówienia z dochodów otrzymanych przez Konsorcjum European Dynamics na podstawie umów z innymi podmiotami korzystającymi z chmury EDSH. Odwołujący Pentacomp przywołał wyrok KIO z dnia 5 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 132/17.

W ocenie odwołującego Pentacomp, ukształtowanie przez Konsorcjum European Dynamics ceny oferty na poprzez „odliczenie” od ceny za usługę kosztów utrzymania chmury wskazuje na celową i niedozwoloną manipulację ceną w postępowaniu i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum European Dynamics podczas gdy oferta ta jest niezgodna z s.i.w.z., odwołujący Pentacomp podniósł, że wykonawca Konsorcjum European Dynamics zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o wykorzystanie własnej usługi chmurowej EDHS (European Dynamics Hosting Services). Odwołujący Pentacomp wskazał, że usługa ta nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że informacje na temat parametrów oferowanej usługi chmurowej pozyskał z oficjalnej strony rządu Wielkiej Brytanii dotyczącej zaaprobowanych do wykorzystania przez jednostki administracji publicznej usług chmurowych. European Dynamics wskazywał w swoich dokumentach, że EDHS jest certyfikowana do wykorzystania przez jednostki administracji publicznej w Wielkiej Brytanii. W załączeniu odwołujący Pentacomp przekazał tłumaczenie dokumentu opisującego parametry EDHS.

Odwołujący Pentacomp zarzucił ofercie Konsorcjum European Dynamics niezgodność z s.i.w.z. w następującym zakresie:

1. W podpunkcie 1.5 oraz punkcie 9 rozdziału XIII OPZ Wymagania w zakresie zapewnienia zasobów IT w chmurze obliczeniowej, zamawiający oczekuje skalowalności parametrów ilościowych i wydajnościowych w czasie nie dłuższym niż 1 dzień:

1. W Projekcie zostanie wykorzystana infrastruktura w modelu IaaS (Infrastructure as a Service) (...)

1.5. Zapewniona będzie możliwość dynamicznej zmiany parametrów ilościowych i wydajnościowych usługi w czasie nie dłuższym niż 1 dzień.

9. Dla środowiska produkcyjnego Wykonawca Platformy jest zobowiązany do proaktywnego zarządzania pojemnością (Capacity Management) i zapewnienia skalowalności stosownie do potrzeb Platformy e-Zamówienia i Projektu, (str. 95 OPZ)

W ocenie odwołującego Pentacomp, przedstawione przez Wykonawcę Konsorcjum European Dynamics rozwiązanie zgodnie z informacjami o produkcie takich wymagań nie spełnia - rozdział Scaling pod rozdział Scaling available.

2. W rozdziale XIII OPZ akapit dot. Podziału na środowiska, zamawiający wymaga wysoką dostępność rozwiązania na poziomie 99,95%

Wymagania pozafunkcjonalne projektu zakładają wysoką dostępność rozwiązania (na poziomie 99,95% w skali miesiąca w godzinach 07:00-18:00), co wymusza zastosowanie architektury technicznej wysokiej dostępności (High Availability)/ technik odporności na awarie (Fault Tolerant) oraz odpowiedniej implementacji środowiska informatycznego w celu minimalizacji czasów nieplanowanych niedostępności, (str. 97 OPZ), natomiast zgodnie z informacją o produkcie Wykonawca zapewnia dostępność na poziomie 99,9% czyli poniżej wymaganego przez Zamawiającego 99,95 %

3. W rozdziale XIII OPZ akapit dot. akapit Sposób mierzenia parametrów usługi, w pkt 1 Zamawiający wymaga, aby usługa zapewnienia zasobów IT w chmurze obliczeniowej była świadczona w oparciu o rozwiązania chmurowe IaaS oraz PaaS:

1. Usługa zapewnienie zasobów IT w chmurze obliczeniowej będzie świadczona w oparciu o rozwiązania chmurowe IaaS oraz PaaS.

Natomiast zgodnie z opisem produktu usługa będzie świadczona jedynie w oparciu o rozwiązanie IaaS - na co wskazuje opis usługi. Wykonawca w punkcie Cennik podaje jedynie cenę miesięczną za wirtualną maszynę, co wskazuje, że jest jedynie rozwiązanie IaaS. Dodatkowo w punkcie Analytics w zakresie dostępnych metryk służących do monitorowania utylizacji usługi wymienione są tylko standardowe parametry typowe dla usług IaaS czyli zużycie procesora, pamięci, przestrzeni dyskowej czy sieci. Brakuje natomiast metryk typowych dla usług PaaS takich jak choćby liczba węzłów klastra Kubernetesa, które to są dostępne w takich usługach jak Azure czy Google Cloud. Jak wskazano w dowodzie przytoczonym przez odwołującego Pentacomp na okoliczność obiektywnych kosztów usług chmurowych przy wycenie usług w tych chmurach określa się koszty usług takich jak Kubernetes.

4. W rozdziale XIII OPZ zamawiający w pkt 1 ppkt. 1.2 określono, że usługi oparte będą na standardowych komponentach, które mogą być zamówione od więcej niż jednego dostawcy, w tym dostawców globalnych.

1.2. usługi oparte będą na standardowych komponentach, które mogą być zamówione od więcej niż jednego dostawcy; w tym dostawców globalnych, (str. 95 OPZ)

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że oferowana przez Konsorcjum European Dynamics chmura EDHS nie spełnia tego wymagania, ponieważ jej jedynym dostawcą jest firma European Dynamics.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że rozwiązania chmurowe takich firm jak Microsoft, Amazon czy Google mogą być sprzedawane także przez partnerów. Zatem wymóg, aby usługi świadczone w ramach realizacji tego zamówienia oparte były na standardowych komponentach, które mogą być zamówione od więcej niż jednego dostawcy, w tym dostawców globalnych, jest sposobem na zapewnienie sobie przez zamawiającego możliwości zamówienia poszczególnych komponentów u innego dostawcy niż wykonawca w tym postępowaniu i jednocześnie ochronę przed ryzykiem uzależnienia od jednego dostawcy usług chmurowych, natomiast jedynym dostawcą chmury EDSH jest European Dynamics, tym samym zaofiarowanie własnej usługi chmurowej EDHS jest niezgodne z ww. punktem s.i.w.z. Ponadto również z pozostałych wymagań OPZ jak i całego s.i.w.z. oraz późniejszych pism Zamawiającego jasno wynika, że oczekiwał on zewnętrznego względem wykonawcy dostawcy chmury obliczeniowej.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że w Rozdziale VII OPZ na stronie 60 określono, że: „Platforma e-Zamówienia zostanie zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy - usługi udostępniania zasobów IT w chmurze obliczeniowej”. Spójne z tym wymaganiem jest określenie w warunkach udziału w postępowaniu dla roli Administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps wymogu, że osoba ta powinna posiadać certyfikat potwierdzający umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanych środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE. Wymieniony przykładowy certyfikat wydawany jest osobom, które posiadają wymagane umiejętności i zdały egzamin dla usług oferowanych przez firmę Microsoft. Zamawiający dopuścił także certyfikaty równoważne dla wymienionych w s.i.w.z. Jako warunki równoważności certyfikatów zamawiający wskazał między innymi, że certyfikat równoważny winien być „wydany przez podmiot profesjonalnie zajmujący się certyfikowaniem, nie powiązany z wykonawcą” (str. 18 s.i.w.z.). Taki zapis wyklucza wykorzystanie własnej chmury, o ile certyfikaty dla jej administratorów wydawane są przez wykonawcę a nie przez podmiot profesjonalnie zajmujący

się certyfikowaniem jak ma to miejsce w przypadku np. certyfikatów potwierdzających kompetencje dla rozwiązań Microsoft czy Amazon.

W ocenie odwołującego Pentacomp, Konsorcjum European Dynamics zaoferowało w Postępowaniu usługę chmurową, która jest niezgodna z parametrami wymaganymi przez zamawiającego. Należy zatem uznać, że oferta złożona przez Konsorcjum European Dynamics jest niezgodna z s.i.w.z.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania dokonania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum European Dynamics za brak spełniania warunków udziału w postępowaniu - wykaz usług, wykaz osób, odwołujący Pentacomp zaznaczył, że projekty wskazane w wykazie usług przez Konsorcjum European Dynamics nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w s.i.w.z. Wykonawca oferuje na rynku produkt ePPS (Electronic Public Procurement System), który był wdrażany w ramach wszystkich projektów wskazanych w wykazie usług, ponadto wszystkie te projekty (za wyjątkiem Zambii) zostały zrealizowane z wykorzystaniem własnej usługi chmurowej EDHS (European Dynamics Hosting Services). Odwołujący Pentacomp wskazał, że ta usługa chmurowa nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu zarzutu 4 odwołania, tym samym również usługi wskazane w wykazie usług nie mogą potwierdzać spełniania warunków udziału przez Konsorcjum European Dynamics.

Odwołujący Pentacom stwierdził, że w s.i.w.z. w Rozdziale IV Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, zamawiający wymagał zgodnie z pkt 1. ppkt 3.1 i 3.2 zdolność techniczna lub zawodowa, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem polegającym na wykazaniu, że:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto (trzy miliony) każda, polegające na

zaprojektowaniu architektury rozwiązania; budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet i system charakteryzował się co najmniej 3 z następujących cech:

a) Została w nim wdrożona usługa generowania i ochrony kluczy kryptograficznych używanych przez aplikacje i usługi w chmurze z wykorzystaniem sprzętowego modułu zabezpieczeń (HSM, hardware security module),

- b) zbudowany został w oparciu o niezależne skalowalne mikroserwisy na poziomie architektury,
- c) wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna) zgodny z wytycznymi REST jako jedyne miejsce styku pomiędzy serwisami,
- d) posiadał komponent bezpieczeństwa zgodny z normą PN-ISO/IEC 27001:2014 lub normą PNEN ISO 22301:2014 lub równoważną,
- e) komponenty systemu były wdrażane jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym\*\*.

3.2 wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) co najmniej 1 usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej przez okres minimum 12 miesięcy."

Odwołujący Pentacom stwierdził, że z wykazu usług załączonego do oferty Konsorcjum European Dynamics, nie wynika, żeby w ramach realizacji wskazanych usług Konsorcjum European Dynamics wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący Pentacomp podkreślił, że sam zamawiający miał wątpliwość czy wykaz usług złożony przez Konsorcjum European Dynamics, potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o czym świadczy kilkukrotne wzywanie Konsorcjum European Dynamics do wyjaśnień dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., pismami z dnia 18 listopada 2019 r. oraz z dnia 21 listopada 2019 r.

W ocenie odwołującego Pentacomp Konsorcjum European Dynamics nie wykazało posiadania wymaganego doświadczenia w Postępowaniu, tym samym wykonawca Konsorcjum European Dynamics powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta w konsekwencji odrzucona, czego zamawiający zaniechał, tym samym naruszył przepisy ustawy P.z.p.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że w wykazie usług, sporządzonym według wzoru załącznik nr 1f Konsorcjum European Dynamics wskazało:

pozycja 1: Usługa e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii, odbiorca usługi Personel Organizacja Federalnej Służby Publicznej (SPF-BOSA) Belgia, wartość usługi 25 170 094,73 PLN (5,798 225,00 EUR) termin realizacji od 1.06.2011 do 23.05.2023.

Usługa została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunku z ppkt. 3.1 pkt I rozdziału IV, części I SIWZ.

Zdaniem odwołującego Pentacomp, wskazana usługa nie potwierdza spełnienia warunków określonych w ppkt. 3.1 pkt I rozdziału IV, części 1 s.i.w.z., co potwierdzają wyjaśnienia Konsorcjum European Dynamics zawarte z dnia 20 listopada 2019 r. oraz z dnia 22 listopada 2019 r., jednocześnie wyjaśnienia te są sprzeczne z informacjami zawartymi w wykazie usług.

Z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum European Dynamics, wynika, że:

14. usługa wskazana w pozycji nr 1 wykazu usług została wykonana w 2007 r., - czyli 12 lat przed terminem składania ofert, zatem nie potwierdza doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającego na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego

2. w terminie ostatnich 3 lat przed datą składania ofert wykonawca jedynie aktualizował system obecnie do wydania 10, co więcej zakres prac, jakie były świadczone w tym okresie zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy z pisma z 22 listopada 2019 r. nie potwierdza spełniania warunku określonego w ppkt. 3.1 w zakresie zaprojektowania architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego o wymaganych cechach, w szczególności w zakresie pkt. 3.1 b, c oraz e.

3. w wyjaśnieniach wykonawca podaje kwotę 1 373 889,03 EUR (ok. 5 964 052,28 PLN) jako wartość prac związanych z architekturą, budową i wdrożeniem wydań w okresie ostatnich 3 lat. Tym samym wykonawca podał inną kwotę jako wartość usług niż w wykazie usług. Kwota ta w żaden sposób nie została udowodniona, wykonawca nie przedstawił żadnych faktur, protokołów odbioru, oświadczeń podmiotu na rzecz, którego usługa jest wykonywana.

Odwołujący Pentacom podniósł, że dokument referencji przedstawiony przez Konsorcjum European Dynamics na potwierdzenie prawidłowości realizacji usługi wskazanej w pozycji 1 wykazu usług, nie potwierdza ani wartości ani zakresu wykonanych prac, których wykonania wymaga zamawiający w okresie 3 lat przed terminem składania ofert. Z wyjaśnień i referencji wynika, że obecna umowa, która obejmuje rozwój systemu, nowe funkcjonalności, ale też i czynności konserwujące, hosting usługę wsparcia technicznego jest o wartości 5 792 225,00 EUR, tym samym nie jest znana wartość usługi określonej w ppkt 3.1 zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego.

pozycja 2: System e-Zamówień dla Irlandii Północnej, odbiorca usługi Budowa i Dostawa Zaopatrzenia Departament Finansów i Personelu, Irlandia Północna Zjednoczone Królestwo, o wartości usługi 10 936 125,45 PLN (2 237 250,00 GBP), w okresie od 1.04.2015 do 31.03.2025



W ocenie odwołującego, wskazana usługa nie potwierdza spełnienia warunków określonych w ppkt. 3.1 i pkt I rozdziału IV, części I s.i.w.z., co potwierdzają wyjaśnienia Konsorcjum European Dynamics zawarte z dnia 20 listopada 2019 r. oraz z dnia 22 listopada 2019 r., jednocześnie wyjaśnienia te są sprzeczne z informacjami zawartymi w wykazie usług.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum European Dynamics, wynika, że:

1. usługa wskazana w pozycji nr 1 wykazu usług została wykonana w kwietniu 2015 r., - czyli ponad 4 lata przed terminem składania ofert, zatem nie potwierdza doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającego na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego
2. w terminie ostatnich 3 lat przed datą składania ofert wykonawca jedynie aktualizował system obecnie do wydania 3, co więcej zakres prac jakie były świadczone w tym okresie zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy z pisma z 22 listopada 2019 r. nie potwierdza spełniania warunku określonego w ppkt. 3.1 w zakresie zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego o wymaganych cechach, w szczególności w zakresie pkt. 3.1 b, c oraz e.
3. w wyjaśnieniach wykonawca podaje kwotę 647 442 GBP (ok. 3 164 825,98 PLN) jako wartość prac związanych z architekturą, budową i wdrożeniem wydań w okresie ostatnich 3 lat. Tym samym wykonawca podał inną kwotę jako wartość usług niż w wykazie usług, kwota ta w żaden sposób nie została udowodniona, wykonawca nie przedstawił żadnych faktur, protokołów odbioru, oświadczenie podmiotu na rzecz, którego usługa jest wykonywana.

Zdaniem odwołującego Pentacomp, dokument referencji przedstawiony przez Konsorcjum European Dynamics na potwierdzenie prawidłowości realizacji usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu usług, nie potwierdza ani wartości ani zakresu wykonanych prac, których wykonania wymaga Zamawiający w okresie 3 lat przed terminem składania ofert. Odwołujący Pentacomp wskazał, że z wyjaśnień i referencji wynika, że obecna umowa, która obejmuje rozwój systemu, nowe funkcjonalności, ale też i czynności konserwujące, hosting, usługę wsparcia technicznego, jest o wartości 2 237 250,00 GBP, tym samym nie jest znana wartość usługi określonej w ppkt 3.1 zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego.

Ponadto odwołujący Pentacomp poinformował, że otrzymał w odpowiedzi na zadane pytania, informację z organu Construction & Procurement Delivery w Irlandii Północnej w formie wiadomości e-mail z dnia 3.12.2019 r., w której organ wskazuje na datę zakończenia

okresu obowiązywania obecnej umowy w marcu 2020 oraz podaje wartość usługi jako 1,9 mln GBP.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że informacje otrzymane od organu Irlandii Północnej są sprzeczne z informacjami zawartymi w wykazie usług i w referencjach, gdzie wykonawca wskazał datę zakończenia umowy jako 31.03.2025 i wartość kontraktu 2 237 250 GBP. Rozbieżność w informacjach wskazuje, że Konsorcjum European Dynamics podało błędne informacje w wykazie usług oraz w referencjach, co stanowi przesłankę do wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 16, 17 ustawy P.z.p.

pozycja 3: System e-Zamówień Publicznych Zambii, odbiorca usługi Urząd Zamówień Publicznych Zambii (ZPP), Zambia, o wartości usługi 9 682 701,58 PLN (2 456 790,21 USD), w okresie od 22.05.2015 do 31.12.2019

Odwołujący Pentacomp podniósł, że wskazana usługa nie potwierdza spełnienia warunków określonych w ppkt. 3.1 pkt I rozdziału IV, części I s.i.w.z., co potwierdzają wyjaśnienia Konsorcjum European Dynamics zawarte z dnia 20 listopada 2019 r. oraz z dnia 22 listopada 2019 r., jednocześnie wyjaśnienia te są sprzeczne z informacjami zawartymi w wykazie usług.

Z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum European Dynamics, wynika, że:

1. usługa wskazana w pozycji nr 1 wykazu usług została uruchomiona w lipcu 2016 jednocześnie w wyjaśnieniu wykonawcy wynika, że system został uruchomiony niekompletnie i wymagał dodatkowych prac, które finalnie zakończyły się w październiku 2016 r. W kolejnych wyjaśnieniach z 22 listopada 2019 r. wykonawca powołuje się na uruchomienie systemu w lipcu 2016 r. w 5 agencjach pilotażowych, a następnie w październiku 2016 r. 1-sze wydanie systemu otrzymało status ostatecznej akceptacji, wyjaśnienia w tym zakresie są niejasne, niekompletne i nie pozwalają na jednoznaczne określenie terminu wykonania kompletnego systemu, jednocześnie z dokumentu referencji również nie wynika kiedy system został wykonany, zatem nie jest możliwe uznanie, że usługa ta potwierdza doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającego na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego
2. w terminie ostatnich 3 lat przed datą składania ofert wykonawca jedynie aktualizował system obecnie do wydania 2, co więcej zakres prac, jakie były świadczone w tym okresie zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy z pisma z 22 listopada 2019 r., nie potwierdza spełniania warunku określonego w ppkt. 3.1 w zakresie zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego o wymaganych cechach, w szczególności w zakresie pkt. 3.1, a, b, c oraz e.

3. w wyjaśnieniach wykonawca podaje kwotę 988 593,60USD (3 896 245,10 PLN) jako wartość prac związanych z architekturą, budową i wdrożeniem Zambijskiego Systemu Teleinformatycznego e-Zamówienia w ramach wszystkich wydań, czyli wydań 1 i 2. Tym samym wykonawca podał inną kwotę jako wartość usług niż w wykazie usług. Kwota ta w żaden sposób nie została udowodniona, wykonawca nie przedstawił żadnych faktur, protokołów odbioru, oświadczenie podmiotu na rzecz, którego usługa jest wykonywana. Ponadto w dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 22 listopada 2019 r. wykonawca wskazał, że wartość wydania 1 to kwota 853 593,60 USD (3 364 183,10 PLN) zaś wartość wydania 2 to 135 000,00 USD (532 062,00 PLN).

Odwołujący Pentacomp wskazał, że dokument referencji przedstawiony przez Konsorcjum European Dynamics na potwierdzenie prawidłowości realizacji usługi wskazanej w pozycji 3 wykazu usług, nie potwierdza ani wartości, ani zakresu wykonanych prac, których wykonania wymaga zamawiający w okresie 3 lat przed terminem składania ofert.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że z wyjaśnień i referencji wynika, że obecna umowa, która obejmuje rozwój systemu, nowe funkcjonalności, ale też i czynności konserwujące, usługę wsparcia jest o wartości 2 237 250,00 GBP, tym samym nie jest znana wartość usługi określonej w ppkt 3.1 zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego.

pozycja 4: System e-Zamówień dla TFL, odbiorca usługi Transport dla Londynu, Zjednoczone Królestwo, o wartości usługi 650 738 GBP (3 188 646,77 PLN), termin realizacji 1.05.2010 do 22.07.2017.

W ocenie odwołującego Pentacomp, wskazana usługa nie potwierdza spełnienia warunków określonych w ppkt. 3.1 i 3.2, pkt I rozdziału IV, części I s.i.w.z., co potwierdzają wyjaśnienia Konsorcjum European Dynamics zawarte z dnia 20 listopada 2019 r. oraz z dnia 22 listopada 2019 r., jednocześnie wyjaśnienia te są sprzeczne z informacjami zawartymi w wykazie usług.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum European Dynamics, wynika, że:

1. usługa wskazana w pozycji nr 1 wykazu usług została wykonana w czerwcu 2010 r., czyli ponad 9 lat przed terminem składania ofert, zatem nie potwierdza doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającego na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego,
2. w terminie ostatnich 3 lat przed datą składania ofert wykonawca jedynie aktualizował system obecnie do wydania 3 z marca 2017 r., co więcej z wyjaśnień nie wynika jaki zakres

prac był wykonywany w jakim okresie i w ramach którego wydania, zatem usługa ta nie potwierdza spełniania warunku określonego w ppkt. 3.1 w zakresie zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego o wymaganych cechach, w szczególności w zakresie pkt. 3.1 b, c oraz e.

3. w wyjaśnieniach wykonawca podaje różne kwoty jako kwotę wykonania usługi. Co więcej, żadna z tych kwot nie jest zgodna z kwotą wskazaną w wykazie usług w pozycji nr 4. Wykonawca wskazuje kwotę 613 750,00 GBP (3 000 132,75 PLN) jako wartość prac związanych z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wersji projektu, zatem wartość ta odnosi się do prac wykonanych w okresie od maja 2010 do lipca 2017 r. i obejmuje 3 wydania systemu, co potwierdza, że w okresie 3 lat przed datą złożenia oferty wykonawca nie nabył doświadczenia w wymaganym zakresie i wartości określonych w ppk. 3.1

4. z wyjaśnień również wprost wynika, że usługa administracji systemu trwała 9 miesięcy w ciągu ostatnich trzech lat, zatem wykonawca wprost przyznał, że wskazana usługa nie potwierdza warunku określonego w ppkt. 3.2

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że na potwierdzenie prawidłowości realizacji usługi wskazanej w pozycji 4 wykazu usług Konsorcjum European Dynamics złożyło własne oświadczenie zamiast referencji od zamawiającego, w wyjaśnieniach powołując się na zakończenie współpracy z klientem i okoliczność braku możliwości uzyskania referencji nie starszych niż 3 miesiące przed datą założenia oferty. Wyjaśnienia wykonawcy są nieprawidłowe w tym zakresie, gdyż wymóg referencji nie starszych niż 3 miesiące dotyczy jedynie usług niezakończonych i wykonywanych w dacie złożenia oferty. Tym samym wykonawca w tym przypadku wskazując usługę zakończoną powinien był przedłożyć referencje wystawione przez zamawiającego w dacie po zakończeniu realizacji usługi, jeżeli takowych nie posiadał powinien był referencje te zdobyć w dacie późniejszej. Złożenie oświadczenia własnego możliwe jest tylko w wyjątkowych sytuacjach, np. gdy podmiot już nie istnieje, lub gdy z nieuzasadnionych przyczyn odmówił wydania referencji, co potwierdza orzecznictwo KIO, m.in. w wyroku: z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. KIO 2671/17.

Dodatkowo odnosząc się do dokumentu referencji, odwołujący Pentacomp podkreślił, że wszystkie trzy referencje złożone na potwierdzenie wykonania usług wskazanych w pozycjach nr 1, 2 i 3 wykazu usług, zostały przygotowane na jednym wzorze, przygotowanym przez wykonawcę i żadna z tych referencji nie potwierdza, wymaganego doświadczenia.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności projektów wskazanych w poz. 1, 2, 3 i 4 w wykazie usług z wymaganiami określonymi w z ppkt. 3.1 pkt I rozdziału IV, części I s.i.w.z., odwołujący Pentacomp podniósł, że projekty wykazane przez Konsorcjum European Dynamics w wykazie usług - załącznik 1f nie spełniają warunków udziału w postępowaniu

określonych w s.i.w.z. w zakresie pkt 3.1 b, c oraz e. Ponadto na podstawie informacji pozyskanych od Zambijskiego Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „ZPPA Zambia”) - odwołujący Pentacomp pozyskał wiedzę, że w przypadku wykazywanego projektu nr 3, pn. System e-Zamówień Publicznych Zambii, projekt ten nie spełnia także warunku nr 3.1 pkt a.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że w zakresie warunku określonego w s.i.w.z. w rozdziale I części I s.i.w.z., pkt. 1 ppkt. 3.1 b oraz 3.1 c należy podkreślić, że jak wskazał sam wykonawca Konsorcjum European Dynamics w wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2019 r. wdrożenia tych systemów były realizowane w okresie nawet ponad 12 lat temu (np. system w Belgii). W tak starych systemach nie ma możliwości stosowania technologii i architektury mikroserwisowej polegającej na takiej budowie systemu, aby był on zbiorem aplikacji działających niezależnie od pozostałych, a jedynym miejscem styku pomiędzy aplikacjami jest API opartego o technologię REST jako jedyną wykorzystywaną technologię do komunikacji pomiędzy aplikacjami wewnątrz systemu.

Analogicznie w zakresie warunku określonego w s.i.w.z. w rozdziale I części I s.i.w.z., pkt. 1 ppkt. 3.1e. technologia kontenerowa zadebiutowała w 2013 roku, tak więc nie ma możliwości, aby była zaimplementowana w ramach rozwiązań oferowanych przez wykonawcę Konsorcjum European Dynamics. Ponadto, jak wykazał odwołujący Pentacomp w uzasadnieniu zarzutu 4 odwołania, środowisko chmurowe EDHS nie oferuje usług PaaS to oznacza, że nie ma w nim dostępnych usług opartych o kontenery, tak więc wdrażane systemy nie mogły wykorzystywać tej technologii.

Dodatkowo odwołujący Pentacomp wskazał, że na podstawie informacji przekazanych przez ZPPA Zambia w projekcie tym komponenty systemu nie były wdrażane jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym. Po pierwsze – jak wskazuje ZPPA Zambia – infrastruktura udostępniania w data center ZPPA na potrzeby funkcjonowania systemu nie była skonfigurowana jako chmura, a po drugie – środowisko to bazuje na wirtualizacji, a nie konteneryzacji. W zakresie pierwszej różnicy należy wskazać, że chmura zakłada możliwość elastycznego przydzielania zwirtualizowanych zasobów infrastrukturalnych dla różnych systemów zainstalowanych w środowisku chmurowym. Wymaga to zastosowania specjalnych modułów oprogramowania, które odpowiadają za takie dynamiczne przydzielanie zasobów. W zakresie drugiej różnicy środowisko zwirtualizowane różni się od skonteneryzowanego innym sposobem skonfigurowania oraz instalacji co ostatecznie ma wpływ na szybkość odtworzenia po awarii (uruchomienie kolejnych kontenerów lub restart istniejącego kontenera jest wielokrotnie szybsze niż restart lub uruchomienie nowej maszyny wirtualnej).

Ponadto w zakresie wymagania ppkt 3.1 a odwołujący Pentacomp wskazał, że na podstawie informacji przekazanych przez ZPPA Zambia w projekcie tym nie została wdrożona

usługa generowania i ochrony kluczy kryptograficznych używanych przez aplikacje i usługi w chmurze z wykorzystaniem sprzętowego modułu zabezpieczeń (HSM, hardware security module).

Odwołujący Pentacom wskazał, że zgodnie z informacją uzyskaną od ZPPA Zambia usługi bezpieczeństwa realizowane były wyłącznie przez oprogramowanie firewall oraz przez urządzenia sieciowe. HSM jest zupełnie innym typem urządzenia informatycznego wykorzystywanym do generowania kluczy kryptograficznych zabezpieczających integralność dokumentów czy autentyczność użytkowników.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że usługi te dotyczą rozbudowy systemu a nie budowy i wdrożenia jak tego wymagał zamawiający w pkt. 3.1 pkt 1 rozdziału IV, części 1 s.i.w.z. W ramach wyjaśnień oferty Konsorcjum European Dynamics w piśmie z dnia 22.11.2019 wskazało, że w ramach realizowanych kontraktów na utrzymanie systemów wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku 3.1 dokonywało projektowania architektury, budowy systemu oraz wdrożenia. Na potwierdzenie tych twierdzeń w zakresie projektu nr 1, 2 i 3 z wykazu usług wskazano, że dokonywane były modernizacje technologiczne związane z podnoszeniem wersji wykorzystywanego oprogramowania systemowego np. serwer aplikacyjny, nowsza wersja Java, wdrożenie technologii REST czy optymalizacja wydajności. Odwołujący Pentacomp wskazuje, że tego rodzaju działania zgodnie z dokumentacją postępowania nie stanowią budowy systemu, a jedynie usługę administrowania platformą.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że zgodnie z wymaganiami 1.7 w ramach Rozdziału XIV.1 oraz wymaganiami nr 7 w ramach Rozdziału XV,3 w ramach administrowania wykonawca wykonywać będzie aktualizację oprogramowania, w tym Oprogramowania Gotowego, w celu usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości lub zastąpienia istniejącej wersji Oprogramowania nowszą wersją, zgodnie z zasadami aktualizacji. Natomiast zgodnie z wymaganiami 1 oraz 12 z Rozdziału XV.3 wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia działań prewencyjnych mających na celu zapewnienie bezawaryjnej pracy Platformy oraz do zgłaszania propozycji rozwiązań zmierzających do zwiększenia wydajności, dostępności oraz bezpieczeństwa Platformy. Sam wykonawca Konsorcjum European Dynamics w swoich wyjaśnieniach wskazał, że „dokonano szeregu zmian w architekturze systemu w celu poprawy wydajności”. Prace te jednak w świetle postanowień s.i.w.z. nie mogą być uznane za budowę systemu i projektowanie jego architektury, zatem projekty nie potwierdzają spełniania warunku doświadczenia wymaganego przez zamawiającego.

Odwołujący Pentacomp zauważył, że Konsorcjum European Dynamics jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, zatem prowadząc swoje sprawy powinien wykazywać się należyłą starannością w zakresie sporządzenia wykazu usług oraz

zdobycia prawidłowych referencji na potwierdzenie posiadanego doświadczenia. Skoro zatem Konsorcjum European Dynamics nie wykazał, że przedstawione przez niego usługi spełniały warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tym samym należy uznać, że podając te informacje wprowadził w błąd zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia i spełniania warunku udziału w postępowaniu, co potwierdza orzecznictwo KIO m.in. w wyroku z dnia 6 maja 2019 r., sygn. KIO 682/19.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum European Dynamics w zakresie doświadczenia - wykaz osób Załącznik nr 1e Wykaz osób składany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu część I, odwołujący Pentacomp w ramach tego zarzutu podkreślił, że w związku z tym, że projekty wskazane w wykazie usług nie spełniają warunków określonych w s.i.w.z., to także personel kluczowy wykazany na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV SIWZ do części I, ppkt 3.3., także ich nie spełnia, gdyż doświadczenie tych osób zostało wykazane w oparciu o te same projekty jak w wykazie usług. W szczególności dotyczy to ról koordynator projektu, architekt IT, analityk, deweloper/programista w zakresie braku doświadczenia w budowie systemów opartych o mikroserwisy.

W rozdziale Rozdział IV Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, w pkt. 3.3 zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (Kluczowym Personelem) skierowanymi do realizacji zamówienia, posiadającymi odpowiednie wymagania.

Koordynator Projektu ze strony Wykonawcy

Odwołujący Pentacomp wskazał, że w poz. 1 w wykazie osób - załącznik 1e jako Koordynator Projektu Wykonawca wskazał Pana CH. T., który według oświadczenia zdobył doświadczenie jako kierownik projektu w projekcie Zambia e-Zamówienia Publiczne w latach 1.01.2016 - 31.08.2016 oraz w projekcie System e-Zamówień dla Irlandii Północnej w latach 1.01.2017 - 31.12.2018. Z informacji uzyskanych od Zambijskiego Urzędu Zamówień Publicznych, załącznik nr 19 i 20 w piśmie z dnia 29.11.2019 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7 w brzmieniu:

Czy Pan Ch. T. był kierownikiem projektu / koordynatorem projektu z ramienia European Dynamics przez co najmniej 6 miesięcy w projekcie wdrożenia systemu lub projekcie utrzymania systemu.

ZPPA Zambia odpowiedział w piśmie z dnia 29.11.2019 r.:

Odpowiedź: Kierownikiem projektu z ramienia European Dynamie był początkowo Pan A. H. a w roku 2018 zastąpił go Pan S. K.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że wystosował również to samo pytanie o doświadczenie osób do organu Construction & Procurement Delivery w Irlandii Północnej, na które otrzymał odpowiedź mailową z dnia 3 grudnia 2019 r. w załącznik nr 15 i 16, w którym w odpowiedzi wskazano, że nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi na pytania, gdyż organ nie posiada takich informacji,

W ocenie odwołującego Pentacomp, powyższe oznacza, że osoba wskazana jako kierownik projektu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w pozycji nr 1 wykazu osób - Pan Ch. T. faktycznie nie pełniła roli kierownika lub koordynatora projektu w ramach projektu dla Zambijskiego Urzędu Zamówień Publicznych. Na dowód tego odwołujący Pentacomp przekazał stosowne pismo od Zambijskiego Urzędu Zamówień Publicznych. Dodatkowo odwołujący Pentacomp nie uzyskał także potwierdzenia faktu pełnienia roli kierownika lub koordynatora projektu przez wskazaną osobę także w ramach projektu w Irlandii Północnej, Na dowód tego odwołujący Pentacomp przekazał korespondencję z Construction & Procurement Delivery.

Administrator systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps

Odwołujący Pentacomp wskazał, że w poz. 1 w wykazie osób - załącznik le Wykonawca Konsorcjum European Dynamics wskazał Pana S. D.

W ocenie odwołującego Pentacomp osoba ta nie spełnia wymagań s.i.w.z.. Zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. dla personelu kluczowego punkt 3.3 podpunkt 6) litera b) i c):

b. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił w sumie przez okres minimum 24 miesięcy funkcję administratora albo Inżyniera DevOps dla co najmniej 2 systemów teleinformatycznych, z których każdy oferował usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet, utrzymywanych w środowisku chmury obliczeniowej wdrożonych jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym,

c. posiada certyfikat potwierdzający umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE.

Odnosząc się do wymagań wskazanych w ww. punkcie s.i.w.z., odwołujący Pentacomp wskazał, że zamawiający dookreślił w s.i.w.z. znaczenie pojęcia kontener, precyzując na str. 18 s.i.w.z.:



*Kontener umożliwia uruchomienie procesu w odizolowanym środowisku zawierającym wszystkie zależności wymagane do jego działania; bez konieczności emulowania całej warstwy sprzętowej i systemu operacyjnego*

Odwołujący Pentacom podniósł, iż mając na uwadze tak sprecyzowane wymagania zamawiającego oraz w związku z tym, że wskazana osoba posiada doświadczenie w pracy przy projektach, które były realizowane w oparciu o chmurę EDSH, która nie posiada możliwości uruchomienia kontenerów, to wskazana osoba nie spełnia wymagań s.i.w.z. punkt 3.3. podpunkt 6) litera b).

Dodatkowo odwołujący Pentacom podkreślił, że wskazana osoba nie spełnia również wymogu wskazanego punkt 3.3. podpunkt 6) litera c). Zamawiający wymagał, aby osoba posiadała certyfikat potwierdzający umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE. Jednocześnie w s.i.w.z. zamawiający dopuścił możliwość składania certyfikatów równoważnych, tj.: na str. 18

2) Zamawiający dopuszcza posiadanie równoważnych certyfikatów, innych niż wskazane przez zamawiającego. W takim przypadku wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że wskazany certyfikat potwierdza posiadanie co najmniej takiej samej wiedzy, kompetencji i doświadczenia co certyfikat wskazany przez Zamawiającego, jest potwierdzony egzaminem jeżeli dotyczy to danego certyfikatu i został wydany przez podmiot profesjonalnie zajmujący się certyfikowaniem, nie powiązany z wykonawcą, posiadający uprawnienia do wydawania certyfikatów nadane przez niezależną od wykonawcy jednostkę.

Odwołujący Pentacom wskazał, że ponieważ osoba wskazana ma potwierdzenie warunku pkt 3.3 ppkt 6 s.i.w.z. posiada certyfikat potwierdzający zdolność o projektowania i zarządzania chmurą EDHS, czyli certyfikat wewnętrzny, zatem nie jest to certyfikat równoważny gdyż nie pochodzi od podmiotu niepowiązanego z wykonawcą i uprawnionego do wydawania certyfikatów. Przez co wskazana osoba również nie spełnia wymagań s.i.w.z. punkt 3.3. podpunkt 6) litera c)

Odwołujący Pentacom stwierdził, że Konsorcjum European Dynamics nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego ani sytuacji ekonomicznej i finansowej, tym samym wykonawca Konsorcjum European Dynamics powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynności polegającej na niezasadnym przyznaniu Konsorcjum European Dynamics 25 punktów w ramach kryterium oceny ofert

„Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia" 15 pkt oraz „Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia" 10 pkt - wykaz osób załącznik 1d, odwołujący Pentacomp wskazał, że w s.i.w.z. w części I w rozdziale XI Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w pkt. 5.2 i 5.3 zamawiający opisał wymagania i sposób oceny kryteriów pozacenowych, tj. „Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia" 15 pkt oraz „Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia" 10 pkt.

„Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia" 15 pkt

W tym zakresie zamawiający określił w pkt. 5.2, że przyzna 15 pkt. wykonawcy, który będzie dysponował:

Deweloperem/Programistą, który

- w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 3 miesiące pełnił rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM) w co najmniej jednym systemie teleinformatycznym.

Odwołujący Pentacomp podkreślił, że zamawiający wymagał, aby osoba wskazana w ramach kryterium oceny ofert była również wskazana w wykazie osób potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający wprost wskazał w pkt. 5.2, że oceniać będzie dodatkowe doświadczenie i wiedzę jednego z deweloperów/programistów, zatem wykonawcy w wykazie osób - załącznik 1d, powinni wskazać jedną osobę - dewelopera/programistę, który będzie podlegał ocenie zamawiającego:

W ramach tego kryterium oceniane będzie dodatkowe doświadczenie i wiedza jednego z deweloperów/programistów wskazanych na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3. ppkt 7 s.i.w.z. określonych przez zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę (str. 26 s.i.w.z.).

Wykonawca Konsorcjum European Dynamics wskazał w wykazie osób - załącznik 1d jako Dewelopera/programistę dwie osoby, w poz. 1 I. B. oraz w poz., 2 M. M. oświadczenia, które uprawniałyby do uzyskania 15 pkt. w ramach kryterium.

Odwołujący Pentacomp podkreślił, że w związku z tym, że projekty wskazane w wykazie usług nie spełniają warunków określonych w s.i.w.z., co odwołujący wykazywał

powyżej w uzasadnieniu zarzutu 4, to także osoby wskazane w kryterium oceny ofert w wykazie osób załącznik 1d nie posiadają wymaganego doświadczenia, gdyż doświadczenie tych osób zostało wykazane w oparciu o te same projekty jak w wykazie usług, tj. Zambia e-Zamówienia Publiczne, System e-Zamówień dla Irlandii Północnej, System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii. Usługa dla Zambii była wykonana w oparciu o infrastrukturę własną klienta, która, jak wynika z jego wyjaśnień, nie była skonfigurowana w środowisko chmurowe tak więc nie może być mowy o świadczeniu usługi chmurowej typu KMS (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM), a dodatkowo jak wskazało ZPPA nie był wykorzystywany HSM. W zakresie pozostałych projektów były one realizowane w oparciu o EDHS, która nie oferuje usług PaaS, której KMS jest klasycznym przykładem dokumentacja Azure. Każda z tych usług/projektów była wykonana w oparciu o chmurę EDHS, tym samym usługi te nie są usługami chmurowymi typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM). Zatem osoby, które pracowały przy wdrożeniu tych usług nie nabyły wymaganego doświadczenia.

Jednocześnie odwołujący Pentacomp podkreślił, że z uwagi na brzmienie kryterium oceny ofert, wykonawca powinien był wskazać tylko jedną osobę w kryterium pozacenowym „Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia”, zatem fakt, że Konsorcjum European Dynamics wskazało dwie osoby w tym kryterium jest działaniem niezgodnym z s.i.w.z., zaś zamawiający zachowując zasady równego traktowania wykonawców, powinien dokonać oceny tylko pierwszej osoby wskazanej w wykazie.

„Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia” 10 pkt

W tym zakresie zamawiający określił w pkt, 5.3, że przyzna 10 pkt. wykonawcy, który będzie dysponował:

analitykiem, który dodatkowo:

- w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 6 miesięcy pełnił rolę analityka przy wdrożeniu co najmniej jednego systemu teleinformatycznego służącego udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca Konsorcjum European Dynamics wskazał w wykazie osób - załącznik Id jako analityka wskazał K. (K.) M., który doświadczenie zdobył w ramach realizacji tych samych projektów jak w wykazie usług, tj. Zambia e-Zamówienia Publiczne, System e-Zamówień dla Irlandii Północnej, System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii.

Odwołujący podkreślił, że w ramach tego kryterium zamawiający wymagał doświadczenia zdobytego w ciągu ostatnich 5 lat przy wdrożeniu co najmniej jednego systemu teleinformatycznego służącego udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zatem zamawiający w s.i.w.z., bardzo wyraźnie zastrzegł, że doświadczenie osoby ma wynikać z pracy przy wdrożeniu systemu informatycznego, który to system obejmuje tryby udzielania zamówień określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, która jest polską ustawą zamówieniową i w której są określone tryby i zasady udzielania zamówień w ramach tych trybów, które w swojej specyfice mogą różnić się od trybów udzielania zamówień w Zambii, Irlandii Północnej czy Belgii. Tym samym osoba wskazana w kryterium oceny ofert jako analityk nie posiada wymaganego doświadczenia.

W ocenie odwołującego Pentacomp powyższe oznacza, że zamawiający w sposób niezasadny przyznał więc Konsorcjum European Dynamics łącznie 25 punktów w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, podczas gdy prawidłowo ustalona punktacja w tym kryterium, oznaczałaby przyznanie 0 pkt w obydwu kryteriach,

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum European Dynamics z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego, odwołujący Pentacomp wskazał, że informacje, jakie podało Konsorcjum European Dynamics w wykazie usług oraz wykazach osób załączniki Id i Ie, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nie uprawniają do przyznania punktów Konsorcjum European Dynamics.

W ocenie odwołującego Pentacomp, zarzut opisany powyżej wskazuje, że Konsorcjum European Dynamics wprowadziło zamawiającego w błąd składając oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci oświadczenia - wykazu usług i wykazu osób, z których wynika, że Konsorcjum European Dynamics nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego Pentacomp, fakt, że Konsorcjum European Dynamics jest profesjonalistą, aktywnie działającym w branży usług IT od wielu lat oraz często ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że należy wobec tego wykonawcy stosować wyższy miernik staranności, wynikający z zawodowego charakteru jego działalności. Złożone przez Konsorcjum European Dynamics wykazy i referencje stanowią dowód rażącego naruszenia standardu wymaganej staranności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. Podane przez Konsorcjum European Dynamics informacje wprowadzające w błąd zamawiającego niewątpliwie miały charakter istotny, gdyż wpłynęły one na decyzję zamawiającego co do;

- c. spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- d. przyznania Konsorcjum European Dynamics punktacji w kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu dokonania wyboru oferty Konsorcjum European Dynamics jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu a wykonawca Konsorcjum European Dynamics wykluczeniu z postępowania, odwołujący Pentacomp wskazał, że zamawiający naruszył przepisy ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum European Dynamics jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę oraz ze względu na niezgodność z s.i.w.z., co odwołujący wykazał w uzasadnieniu odwołania. Również w stosunku do wykonawcy Konsorcjum European Dynamics zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, za wprowadzenie w błąd zamawiającego. Odwołujący Pentacomp stoi na stanowisku, że wybór oferty Konsorcjum European Dynamics był nieuprawniony i stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Portal PZP Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzeniu w błąd zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że Portal PZP Sp. z o.o. dysponuje podwykonawcami i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w ramach kryterium oceny ofert, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Portal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., odwołujący Pentacomp wskazał, że w Postępowaniu ofertę złożył wykonawca Portal PZP Sp. z o.o. Oferta wykonawcy w przeważającej części została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie dokonał jej odtajnienia, czego dotyczy odrębne odwołanie Pentacomp. Tym samym odwołujący nie ma możliwości zapoznania się i weryfikacji takich dokumentów jak:

- a) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) Portal PZP w części objętej tajemnicą przedsiębiorców;
- b) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) podmiotów używających zasoby oraz podwykonawców Portal PZP;
- c) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem Id do s.i.w.z.;
- d) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, sporządzonego zgodnie z załącznikiem Ie do s.i.w.z.;

- e) zobowiązania do użyczenia zasobów;
- f) dokumentów podwykonawców;
- c) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem Id do s.i.w.z.;
- d) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, sporządzonego zgodnie z załącznikiem Ie do s.i.w.z..

Odwołujący Pentacomp podniósł, że wniósł odwołanie na nieodtajnienie ww. dokumentów stanowiących ofertę Portal PZP w dniu 2 grudnia 2019 r. Tym samym jest zmuszony do oparcia swoich twierdzeń jedynie na przypuszczeniach. Jednocześnie odwołujący Pentacomp zastrzega możliwość rozbudowania argumentacji w zakresie zarzutu, jeżeli dojdzie do odtajnienia oferty Portal PZP po zapoznaniu się z pełną ofertą Portalu PZP.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że osoby wskazane w wykazie osób zdolnych do realizacji zamówienia złożony na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, nie posiadają wymaganego doświadczenia pozwalającego uznać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Potwierdzeniem, że przynajmniej dwie z osób wskazanych w wykazie osób składanym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu - załącznik Ie, jest okoliczność, że w wykazie osób składanym w ramach kryterium oceny ofert - załącznik Id, wykonawcy byli zobowiązani do wskazania tych samych osób w zakresie deweloper/programista i analityk.

Zgodnie z s.i.w.z. Rozdział XI Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, pkt 5.2 i 5.3.:

#### 5.2. Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev)

W ramach tego kryterium oceniane będzie dodatkowe doświadczenie i wiedza jednego z deweloperów/programistów wskazanych na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3. ppkt 7 SIWZ określonych przez Zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę.

#### 5.3. Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (An)

W ramach tego kryterium oceniane będzie dodatkowe doświadczenie i wiedza Analityka, wskazanego na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt 3 SIWZ. określonych przez Zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę.

Ponadto w na str. 27 s.i.w.z.:

W przypadku gdy osoba wskazana celem uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert wskazanych w ramach doświadczenia i wiedzy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oferta wykonawcy otrzyma zero pkt. w ramach tego kryterium.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że Portal PZP złożył wykaz osób w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia” oraz „Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia”, wykaz osób załącznik Id, w ramach oceny ofert zamawiający przyznał Portal PZP 0 punktów, w każdym kryterium, czyli wskazane osoby nie posiadały wymaganego doświadczenia dodatkowego.

W ocenie odwołującego Pentacomp, powyższe prowadzi do przyjęcia zasadności twierdzenia odwołującego o możliwości braku posiadania przez osoby wskazane do realizacji zamówienia wymaganego doświadczenia. W szczególności, jeżeli doświadczenie to nie było zweryfikowane przez zamawiającego bezpośrednio w podmiotach, na rzecz których dane projekty wskazane na potwierdzenie doświadczenia były realizowane. Również fakt, że w ramach kryterium oceny ofert wykonawca Portal PZP otrzymał 0 pkt. oznacza, że podane przez niego informacje były nieprawdziwe, zatem wskazując te osoby Portal PZP próbował wprowadzić w błąd zamawiającego w zakresie dysponowania osobami posiadającymi dodatkowe kwalifikacje i uzyskać punkty w postępowaniu, co mogłoby doprowadzić do wyboru oferty Portal PZP jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym działanie Portalu PZP spełnia przesłanki z art. 24 ust. 16 i 17 ustawy P.z.p., zatem zamawiający powinien wykluczyć z postępowania 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, oraz 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.

W ocenie odwołującego Pentacomp, zarzut opisany powyżej wskazuje, że Portal PZP wprowadził zamawiającego w błąd składając oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci oświadczenia - wykazu osób, oraz wykazu osób w ramach kryterium pozacenowego, które nie potwierdzają wymaganego doświadczenia.

W ocenie odwołującego Pentacomp fakt, że Portal PZP jest profesjonalistą, aktywnie działającym w branży usług IT od wielu lat powoduje, że należy wobec tego wykonawcy stosować wyższy miernik staranności, wynikający z zawodowego charakteru jego działalności. Złożone przez Portal PZP nieprawidłowych informacji stanowi dowód rażącego naruszenia standardu wymaganej ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny.

Odwołujący Pentacomp wskazał, że nie miał również możliwości zapoznania się z informacjami na temat podmiotów używających zasoby ani podwykonawców spółki Portal PZP, które również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorcy, tym samym z ostrożności proceduralnej odwołujący Pentacomp wskazał, że podmioty te podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek ustawowych oraz nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, zaś wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował używanymi zasobami w sposób gwarantujący zamawiającemu, że zamówienie zostanie należycie zrealizowane. Zarzuty te odwołujący Pentacomp rozbuduje po zapoznaniu się z ofertą Portal PZP.

### ***Stanowisko zamawiającego***

#### Zarzut nr 1 i 2 odwołania Portal PZP

Zamawiający w ramach czynności oceny ofert na część I zamówienia badał dwa kryteria dotyczące wiedzy i doświadczenia personelu. Kryteria te obejmowały:

1. Doświadczenie i wiedzę Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev)

W ramach tego kryterium Zamawiający oceniał dodatkowo doświadczenie i wiedzę jednego z deweloperów/programistów wskazanych na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3. ppkt 7 SIWZ określonych przez Zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę.

Zamawiający w SIWZ wskazał, iż przyzna punkty Wykonawcy, który na czas realizacji zamówienia będzie dysponował Deweloperem/Programistą, który: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 3 miesiące pełnił rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczenie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM) w co najmniej jednym systemie teleinformatycznym. Wykonawca, który wykazałby, że Deweloper/Programista zaangażowany w realizację zamówienia posiada opisane wyżej doświadczenie i wiedzę otrzymałby 15 pkt.

2. Doświadczenie i wiedzę Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (An)



W ramach tego kryterium Zamawiający oceniał dodatkowe doświadczenie i wiedzę Analityka, wskazanego na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt 3 SIWZ. określonych przez Zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę.

Zamawiający w SIWZ wskazał, iż przyzna punkty za dysponowanie analitykiem, który dodatkowo: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 6 miesięcy pełnił rolę analityka przy wdrożeniu co najmniej jednego systemu teleinformatycznego służącego udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wykonawca, który wykazałby, że Analityk zaangażowany w realizację zamówienia posiada opisane wyżej doświadczenie i wiedzę otrzymałby 10 pkt.

Jednocześnie, Zamawiający w treści Rozdziału XI SIWZ - „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” wskazał, iż dla celów oceny przez Zamawiającego kryteriów pozacenowych: Wykaz, o którym mowa w Rozdziale VI SIWZ w zakresie dotyczącym Dewelopera/Programisty i Analityka nie podlega procedurze wyjaśniania, poprawiania i uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W przypadku, gdy osoba wskazana celem uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert wskazanych w ramach doświadczenia i wiedzy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, oferta wykonawcy otrzyma zero punktów w ramach tego kryterium.

W sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wskaże inną osobę niż wskazana w ramach spełnienia kryterium doświadczenia, oferta wykonawcy otrzyma zero punktów.

#### Ad. 1 (kryterium Dev)

Portal PZP w wykazie osób, przedłożonym na formularzu załącznika 1d do SIWZ, wskazał, iż osoba na stanowisko Dewelopera/Programisty przez ponad trzy miesiące od dnia 3 stycznia 2019 r. do dnia 9 maja 2019 r., pełniła rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) w systemie teleinformatycznym zidentyfikowanym jako Platforma e-Zamówienia, której „klientem docelowym” było Ministerstwo Cyfryzacji.

Ministerstwo Cyfryzacji w dniu 11 marca 2019 r. odstąpiło od umowy na zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia, a projekt do tego czasu nie wszedł w fazę wdrożenia usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM). Odstąpienie od umowy przez Ministerstwo oznaczało zaprzestanie realizacji Projektu e-Zamówienia, a co za tym idzie Portal PZP nie mógł posługiwać się wiedzą i doświadczeniem osoby wyznaczonej do pełnienia roli Dewelopera/Programisty w tym projekcie. Opis kryterium Dev wyraźnie wskazywał, iż osoba wyznaczona na to stanowisko przez co najmniej trzy

miesiące musiała pełnić rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu KeyManagement System (KMS) w systemie teleinformatycznym. Jeśli zatem umowa o wdrożenie systemu informatycznego — Platforma e-Zamówienia została wypowiedziana, to dla Zamawiającego oczywistym, że określona osoba po dniu 11 marca 2019 r. nie mogła wykonywać wymaganych warunkiem usług na potrzeby Platformy e-Zamówienia.

Zamawiający na etapie odwołania nie kwestionuje faktu, iż pomiędzy Malkom M. i Wspólnicy Sp. J. a DXC Technology Polska Sp. z o.o. istniało porozumienie, którego przedmiotem było wykonanie usług „wytworzenia oprogramowania modułu zarządcy kluczy zgodnie z zamówieniem nr DXC57519 w zakresie wynikającym z oferty nr 31/0F/2018, instalacji, konfiguracji oraz uruchomienia urządzeń HSM (dostarczonych przez DXC) i oprogramowania wytworzonego przez Malkom M. i Wspólnicy Sp. J. zgodnie z zamówieniem nr DXC57519 w zakresie wynikającym z oferty nr 31/0F/2018). Niemniej jednak z dniem 11 marca 2019 r. straciły one walor usług realizowanych w związku z budową systemu — Platformy e-Zamówienia, a to właśnie ten system jako referencyjny dla wymagania wskazał Odwołujący w wykazie na potrzeby oceny dodatkowego doświadczenia Dewelopera/Programisty w kryterium Dev.

Odwołujący w treści wykazu 1d nie wskazał żadnego innego systemu teleinformatycznego, przy którym mogła być wdrożona usługa chmurowa typu Key Management System (KMS), tak aby wykazać minimalny czas pracy tej osoby przy wdrożeniu. W konsekwencji, niemożliwym było by osoba wskazana przez Wykonawcę wdrażać usługę w projekcie, do dnia 9 maja 2019 r., a tym samym wykazała się co najmniej 3 miesięcznym doświadczeniem. Zamawiający nie mógł przyznać Wykonawcy punktów w ramach tego kryterium oceny ofert.

Jednocześnie Zamawiający potwierdził, iż warunkiem uznania systemu wykazywanego w celu oceny kryterium nie jest zakończenie jego wdrożenia, warunkiem tym jest jednak praca przy wdrożeniu przez co najmniej 3 miesiące.

#### Ad 2 (Kryterium An)

Portal PZP w wykazie osób, na formularzu załącznika 1e do SIWZ, wskazał, iż osoba wyznaczona na stanowisko Analityka (An) uczestniczyła w dwóch projektach.

W pierwszym z nich pn. „Wdrożenie produkcyjne systemu ISOK” od dnia 6 listopada 2018 r. do dnia 19 lutego 2019 r., a w drugim — pn. „Budowa oraz rozwój e-usług i narzędzi w ramach projektów CAPA, ZSIN Faza II i K GESUT wraz ze szkoleniem” od dnia 1 kwietnia 2018 r. do dnia 31 października 2018 r.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba do pełnienia w projekcie roli Analityka wykazała się wiedzą i doświadczeniem poprzez łączne spełnienie następujących warunków:

a. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił rolę analityka i opracowywał dokumenty analityczne dla systemów teleinformatycznych, w minimum 2 projektach informatycznych, o wartości każdego z nich co najmniej 2 000 000 zł brutto obejmujących zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego zbudowanego w oparciu o mikroserwisy,\* przez co najmniej 6 miesięcy w każdym z nich, przy czym w jednym z nich pełnił rolę głównego analityka,

b. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w modelowaniu systemów z wykorzystaniem UML w wersji 2.4 lub wyższej, w co najmniej 1 projekcie,

c. posiada co najmniej jeden z certyfikatów:

Entry Certificate in Business Analysis (ECBA), Certification of Competency in Business Analysis (CCBA),

Certified Business Analysis Professional (CBAP), OCUP 2 (Foundation lub Intermediate lub Advanced); OCEB 2 (Fundamental lub Technical Intermediate lub Technical Advanced lub Business Intermediate lub Business Advanced); Certified Professional for Requirements Engineering — CPRE (Foundation lub Advanced lub Expert) lub równoważny.

Portal PZP nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, albowiem osoba w jednym z projektów, tj. „Wdrożenie produkcyjne systemu ISOK” nie pełniła wymaganej funkcji przez co najmniej 6 miesięcy. Zamawiający, mając na uwadze treść Rozdziału XI SIWZ, nie mógł przyznać Wykonawcy punktów w ramach tego kryterium.

W odniesieniu natomiast do zarzutów Odwołującego Portal PZP dotyczących zaniechania wezwania do wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP w zakresie wiedzy i doświadczenia, Zamawiający zauważył, że zgodnie z Rozdziałem XI SIWZ punkty otrzyma Wykonawca w odniesieniu do personelu, w przypadku wykazania przez niego dodatkowych usług oprócz usług wykazywanych w odniesieniu do Dewelopera/Programisty oraz Analityka na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Wykonawca mógł otrzymać punkty wyłącznie w okolicznościach, gdy wykazał, iż wymaganiom odpowiadają zarówno usługi wskazane w załączniku 1d do SIWZ, jak i załączniku 1e do SIWZ.

Zamawiający w treści SIWZ wyraźnie wskazał, iż wykaz, o którym mowa w pkt VI cz. I zamówienia w zakresie dotyczącym Dewelopera/Programisty i Analityka nie podlega uzupełnianiu, poprawianiu, ani wyjaśnianiu. W pkt VI cz. I zamówienia Zamawiający wskazał dwa wykazy, których złożenie wymagane było wraz z ofertą na podstawie art. 26 pkt 2f ustawy Pzp, tj.:

1. wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz

informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, składanego na potwierdzenie kryteriów pozacenowych którego wzór stanowi Załącznik nr 1d do SIWZ;

2. wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, w zakresie takim, w jakim Wykonawca wykazuje dysponowanie tymi osobami, składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, którego wzór stanowi Załącznik nr 1e do SIWZ.

Obydwa wykazy zawierały informacje dotyczące doświadczenia Analityka i Dewelopera/Programisty, istotne z punktu widzenia oceny ofert w ramach kryteriów Dev i An. Warunkiem bowiem uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium było spełnienie wymagań również w odniesieniu do doświadczenia wymaganego treścią warunku udziału w postępowaniu. Podobnie wskazanie innych osób w określonej roli w obydwu wykazach skutkowało przyznaniem Wykonawcy 0 punktów w danym kryterium.

Wykazy na etapie oceny ofert służyły wykazaniu przez Wykonawcę, iż jego personel posiada doświadczenie pozwalające Zamawiającemu przyznać punkty w poszczególnych kryteriach i w tym zakresie były treścią oferty, która nie może podlegać zmianie lub poprawianiu po upływie terminu na jej złożenie. Zamawiający zaakcentował ten fakt bardzo wyraźnie. Zastrzeżenie to miało na celu uniemożliwienie zmiany przez Wykonawców treści oferty po jej złożeniu poprzez ewentualną „wymianę” któregoś z wykazów osób, co mogłoby mieć wpływ na przyznaną ofercie punktację. Ocenie w ramach pozacenowych kryteriów powinny zatem podlegać wyłącznie dokumenty złożone przez wykonawców wraz z ofertą, zaś ich ewentualne uzupełnienie w toku dokonywania oceny podmiotowej wykonawcy w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie powinno mieć wpływu na przyznaną ofercie punktację (tak wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011r., sygn. akt KIO 742/11, wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt 1030/15, wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r., sygn. akt KIO 760/16).

Zakaz zmiany treści wykazów osób w zakresie doświadczenia osób podlegających ocenie w ramach kryteriów pozacenowych nie miał na celu wyłączenia zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP w ramach dokonywania oceny podmiotowej wykonawców. Jednakże, po pierwsze procedura w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, może znaleźć zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do dokumentów posiadających walor oceniający podmiotową zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a nie oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert (a zatem wyłącznie do wykazu osób wg załącznika 1e). Po drugie zaś, na etapie badania ofert celem wyłonienia wykonawcy najwyżej ocenionego, do którego skierowane zostanie następnie wezwanie do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, oba wykazy służyły Zamawiającemu wyłącznie w celu przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert Dev i An. Zamawiający nie dokonywał natomiast na tym etapie — w związku z treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp — pełnej oceny podmiotowej wszystkich Wykonawców, dokonując oceny

spełniania warunków przez Wykonawców co do zasady na podstawie oświadczeń dotyczących ich spełniania. Potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez uzupełnienie wykazu mogłoby zatem mieć zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do Wykonawcy najwyższej ocenionej. W stosunku do Portalu PZP taka sytuacja w postępowaniu nie zachodziła. Gdyby oferta Odwołującego uplasowała się najwyższej w rankingu, wykaz nr 1e do SIWZ podlegałby uzupełnieniu lub wyjaśnieniom, tak aby Wykonawca mógł udowodnić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jak jednak wskazano wyżej, skutki powyższej czynności nie mogłyby mieć już jednak znaczenia dla przyznanej ofercie punktacji.

W treści oferty Odwołujący Portal PZP, w odniesieniu do osoby wskazanej do roli Analityka nie spełnił warunku udziału, albowiem osoba ta w jednym z projektów pn. „Wdrożenie produkcyjne systemu ISOK” nie pełniła wymaganej funkcji przez co najmniej 6 miesięcy. Zamawiający nie uznał zatem jednego z projektów przedstawionych w wykazie nr 1e do SIWZ za spełniający określone wymagania, co w konsekwencji uniemożliwiło Zamawiającemu przyznanie punktów w ramach kryterium.

Natomiast w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia roli Dewelopera, Zamawiający nie uznał usługi wskazanej w załączniku 1d do SIWZ (prace przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM) w Platformie e-Zamówienia).

Na marginesie Zamawiający zauważył, że nawet w przypadku uznania iż wykazy nr 1e oraz 1d do SIWZ na etapie oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych podlegałyby wyjaśnieniom opartym na dyspozycji przepisu art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to żadne wyjaśnienia nie mogą zmieniać treści dokumentów, a wyłącznie wyjaśniać lub precyzować informacje w nich zawarte. Dla osoby Analityka ewentualne zastosowanie procedury wyjaśniania doprowadziłoby do zmiany wykazu w zakresie dat świadczenia usługi, natomiast w stosunku do Dewelopera/Programisty do zmiany wykazanej usługi, co na gruncie przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Jednocześnie, odnosząc się do zarzutów nierównego traktowania wykonawców, co przejawiać miało się w skierowaniu wezwania do Pentacomp w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dla zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, to czynność ta związana była ze wstępną oceną spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, dokonywaną przez Zamawiającego na podstawie JEDZ. Zamawiający musiał wiedzieć jakie dokumenty JEDZ oceniać i w jakim zakresie. Czynność przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert dokonywana była natomiast na podstawie załączonych do oferty wykazów nr 1d i 1e do SIWZ, w którym Wykonawca oświadczył jaką osobą będzie dysponował i kogo deleguje do pełnienia funkcji Dewelopera/Programisty. Pentacomp w żądanych wykazach wskazał konkretną osobę wyznaczoną do pełnienia określonej roli i wykazał wymagane doświadczenie.

#### Zarzut nr 1 odwołania Pentacomp, Zarzut nr 4 odwołania Portal PZP

Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 18 października 2019 r. wezwał Konsorcjum ED do przedstawienia informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności w następującym zakresie:

- kosztu licencji i dostawy gotowego oprogramowania podmiotów trzecich narzędzia BI w postaci dostępowej (dostępu jednoczesnego) dla 200 użytkowników oraz 5 licencji nazwanych użytkowników zaawansowanych deweloperów aplikacji (zdefiniowanych zestawów dashboardów) z uwzględnieniem wydłużonego o 24 miesiące okresu licencji zaoferowanego w ramach kryterium oceny ofert,
- kosztów związanych z nabyciem usług pozwalających na zapewnienie zasobów IT w chmurze obliczeniowej wraz z administracją tymi usługami począwszy od uruchomienia pierwszego produktu w etapie II do upływu 3 miesięcy od Końcowego Odbioru Platformy (faza I realizacji zamówienia),
- kosztów projektowania zorientowanego na użytkownika (UX) uwzględniające WCAG 2.1, zgodnie z zapisami w OPZ, przyjęty poziom ryzyk projektowych wraz z ich kosztami,
- kosztów obecności personelu kluczowego Zespołu Wykonawcy na spotkaniach, w siedzibie Zamawiającego, w tym na spotkaniach scrumowych dotyczących planowania i przeglądu poszczególnych sprintów, zgodnie z zapisami w OPZ,
- wysokości zakładanych kosztów wynagrodzeń personelu zaangażowanego w realizację projektu wraz z przyjętą stawką uwzględniającą personel kluczowy, personel wskazany w rozdziale XVIII OPZ oraz inny niezbędny do realizacji ze wskazaniem również liczby osobodni na poszczególnych etapach realizacji zamówienia,
- kosztów związanych z administrowaniem projektem, w tym kosztów zapewnienia tłumacza na każdym etapie realizacji projektu;
- zakładanej kwoty zysku Wykonawcy za realizację przedmiotu umowy.

W wyjaśnieniach z dnia 23 października 2019 r. Wykonawca wskazał informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny swojej oferty w stopniu o wiele bardziej szczegółowym aniżeli wymagany przez Zamawiającego w formularzu oferty, odnosząc się w nich m.in. do aspektów związanych z polityką kadrowo-płacową firmy i strategii cenowej. Elementy te w ocenie Zamawiającego wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. informacje organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, informacje dotyczące szczegółowej kalkulacji ceny oferty, zawarte w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (tak wyrok KIO sygn. akt KIO 570/18). Podobnie informacje,

dotyczące szczegółowej kalkulacji kosztów zamówienia, jak też indywidualnej organizacji pracy przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, która ma wpływ na obniżenie kosztów, posiadają wartość gospodarczą, mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak wyrok KIO 1319/19).

Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutów Odwoływających dotyczących nieodtajnienia wyjaśnień Konsorcjum ED dotyczących sposobu kalkulacji ceny jego oferty.

Zarzut nr 2 i 3 odwołania Pentacomp, Zarzut nr 3 odwołania Portal PZP – rażąco niska cena

Cena oferty Konsorcjum ED wynosi 11 989 700 zł (14 747 331 zł po doliczeniu podatku VAT). Konsorcjum zrealizowało kilka projektów dotyczących systemów informatycznych o przedmiocie analogicznym (tj. dotyczących elektronicznych zamówień publicznych), oraz posiadających kluczowe cechy analogiczne jak planowane w projektowanym systemie, o wartości zbliżonej do ceny zaoferowanej w postępowaniu. Zamawiający wskazał na system e-Zamówień dla Irlandii Północnej o równowartości kwoty 10 936 125,45 zł oraz Systemu e-Zamówień Publicznych Zambii (równowartość kwoty 9 682 701,58 zł).

Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ED z prośbą o wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający w odpowiedzi nie mógł, w związku z utajnieniem wyjaśnień, odnieść się do ich treści szczegółowo, ale jego zdaniem Konsorcjum udzieliło odpowiedzi na pytania dotyczące kalkulacji poszczególnych elementów kosztotwórczych (tj. kosztów chmury obliczeniowej, koszty licencji narzędzia BI, koszty projektowania zorientowanego na użytkownika uwzględniające WCAG 2.1, przyjęty poziom ryzyk projektowych wraz z ich kosztami, koszty obecności personelu kluczowego Zespołu Wykonawcy na spotkaniach w siedzibie Zamawiającego, w tym na spotkaniach scrumowych, koszty personelu oraz zakładany zysk Wykonawcy). W wielu obszarach koszty te zbliżone są do szacunków dokonanych przez Odwoływających. W niektórych obszarach są one oczywiście niższe, co wynika z możliwości tego Wykonawcy. Przykładem jest oferowanie usług chmury obliczeniowej, gdzie korzystna cena podyktowana jest posiadaniem własnej chmury obliczeniowej. Nie ma więc kosztów związanych z koniecznością zakupu tej usługi od innego dostawcy oraz uzyskany rabat na licencje BI. Wbrew twierdzeniom Odwoływającego Pentacomp, z wyjaśnień Konsorcjum ED nie wynika proste „odliczenie” kosztów chmury od ceny oferty i koszty tej usługi zostały podane. Nie sposób również z nich wywieść, że Wykonawca ten ma zamiar pokrywać koszty realizacji zamówienia z planowanych dochodów z tytułu umów z innymi kontrahentami — są to jedynie przypuszczenia Odwoływającego Pentacomp, nie poparte żadnymi dowodami. Podobnie jedynie za przypuszczenie Odwoływającego należy uznać twierdzenie, że zamiarem Konsorcjum ED jest uzyskanie „unikatowej” wiedzy i doświadczenia wraz z „unikatowymi” referencjami od Zamawiającego, nawet za cenę „dopłacenia” do realizacji tego zamówienia. Z informacji zawartych w wykazie usług oraz w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wynika, że Konsorcjum zrealizowało już co najmniej kilka zamówień tego

samego rodzaju. Posiada zatem realne, wieloletnie doświadczenie w realizacji projektów budowy systemów służących do udzielania elektronicznych zamówień publicznych. Konsorcjum ED posiada już gotowe rozwiązanie w tym zakresie, które dostosowywał do wymagań zamawiających w kolejnych zamówieniach dotyczących systemów e-Zamówień. Okoliczność ta ma duże znaczenie, ponieważ nie tylko wskazuje na doświadczenie Wykonawcy ale daje również Zamawiającemu pewność, że Wykonawca kalkulując cenę oferty zrozumiał przedmiot zamówienia. Dodatkowo zapisy SIWZ nie zabraniają wykorzystania przy realizacji zamówienia z elementów, które Wykonawca ma już przygotowane, a które są zgodne z wymaganiami Zamawiającego lub które mogą być w toku realizacji zamówienia dostosowane do jego wymagań. Zamawiający w trakcie oceny ceny oferty wziął pod uwagę również ceny ofert złożonych w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Platformy e-Zamówienia (uwzględniając różnice w zakresie przedmiotowym). Również w świetle tej oceny Zamawiający doszedł do wniosku, iż oferta złożona przez Konsorcjum ED posiada uzasadnienie ekonomiczne.

Całkowicie chybiona w ocenie Zamawiającego jest argumentacja Odwołującego Pentacomp dotycząca rzekomego niedoszacowania budowy modułu ogłoszeń w zakresie obsługi postępowań krajowych. Przytoczone przykłady wzorów ogłoszeń (13 krajowych i 22 europejskich) wskazują, że Odwołujący wziął pod uwagę wzory ogłoszeń, które w większości nie są w ogóle przewidywane do wdrożenia w projektowanym systemie. Przewidywany zakres danych do ogłoszeń określony został w załącznikach nr 3 i 5 do OPZ. Ogłoszenia planowane do wdrożenia w Platformie e-Zamówienia wykazują niejednokrotnie znaczne różnice w stosunku do aktualnie obowiązujących (przykładowo, nowe rozporządzenie wykonawcze Komisji Europejskiej w sprawie standardowych formularzy ogłoszeń przewiduje jedynie 6 standardowych formularzy ogłoszeń w miejsce dotychczasowych 22). Ponadto Odwołujący Pentacomp nie wskazuje, na jakiej podstawie założył, że realizacja każdego ogłoszenia obejmuje akurat 2 osobomiesiące analityka, 3 osobomiesiące developera i 2 osobomiesiące testera. Wzory ogłoszeń posiadają różną objętość i różny stopień skomplikowania. Założenie, które poczynił Odwołujący są zatem nietrafne, co mogło przełożyć się na cenę jego oferty.

W świetle złożonych wyjaśnień potwierdzenia nie znajduje zarzut Odwołującego Portal PZP, iż Konsorcjum nie doszacowało kosztów infrastruktury chmurowej albo zastosowało cenę dumpingową na zapewnienie tej infrastruktury. Wykonawca wskazał z jakiego środowiska chmurowego będzie korzystał oraz jakie koszty związane z jego eksploatacją, utrzymaniem i dostosowaniem do potrzeb określonych w postępowaniu poniesie. Konsorcjum ED nie będzie korzystało z usług chmurowych proponowanych przez komercyjnych, globalnych dostawców, kosztów tej usługi nie można odnosić bezpośrednio do cen proponowanych przez tych dostawców. Nieuzasadnionym jest zatem twierdzenie Odwołującego Portal PZP, iż cena oferty Konsorcjum ED powinna uwzględniać koszty infrastruktury komercyjnej. W konsekwencji bez



znaczenia dla przedmiotowej sprawy pozostają przedstawione przez Odwołującego Portal PZP wyliczenia dotyczące kosztów infrastruktury chmury Azure.

Nie znajdują również uzasadnienia przedstawione przez Odwołującego Portal PZP koszty licencji oprogramowania BI, albowiem Wykonawca ED wskazał Zamawiającemu, jakie koszty poniesie z tytułu zapewnienia tego oprogramowania, a także okres w jakim to oprogramowanie będzie wykorzystywane.

Reasumując, Zamawiający nie zgadza się z zarzutami, iż cena oferty Konsorcjum ED jest rażąco niska, a w konsekwencji również z zarzutem złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i wnosi o ich oddalenie.

#### Zarzut nr 4 odwołania Pentacomp, Zarzut nr 6 odwołania Portal PZP

Obydwaj Odwołujący zgłosili zarzut, że usługa chmurowa Konsorcjum ED nie spełnia wymagania określonego w Rozdziale VII OPZ - „Architektura Rozwiązania” „Platforma e-Zamówienia zostanie zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy — usługi udostępniania zasobów IT w chmurze obliczeniowej” .

Zdaniem Zamawiającego treść oferty Konsorcjum ED w zakresie zaoferowania usług chmurowych EDHS odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z OPZ, Zał. Nr 1 do SIWZ, rozdział VII „Architektura Rozwiązania” „Platforma e-Zamówienia zostanie zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy — usługi udostępniania zasobów IT w chmurze obliczeniowej”. Zamawiający umożliwił więc wykorzystanie i zaoferowanie własnych rozwiązań chmurowych. Od początku intencją Zamawiającego w myśl zapisów OPZ było, że rozwiązanie usługi chmurowej nie będzie rozwiązaniem własnym Zamawiającego i zostanie zapewnione przez wykonawcę Platformy w dowolnym rozwiązaniu chmurowym własnym lub komercyjnym przy zastrzeżeniu, że spełniać ona będzie na etapie realizacji projektu (a nie na moment składania ofert) wymagania OPZ w tym zakresie.

Zapis „zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy” oznacza, że środowisko chmurowe ma być zapewnione przez wykonawcę realizującego budowę Platformy, a nie Zamawiającego w swojej infrastrukturze, albowiem Zamawiający takiej infrastruktury nie posiada. Zamawiający zakłada zatem, że rozwiązanie chmurowe nie będzie jego rozwiązaniem własnym i zostanie zapewnione przez Wykonawcę Platformy w dowolnym rozwiązaniu chmurowym (własnym lub komercyjnym) zgodnie z zapisami OPZ.

Nietrafny jest pogląd Odwołujących, że certyfikat wymagany od administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej powinien zgodnie z SIWZ być wydany wyłącznie przez podmiot niepowiązany z wykonawcą, co miałyby potwierdzać tezę o braku możliwości zaoferowania w postępowaniu własnego środowiska chmurowego. Argumentacja Zamawiającego w tym zakresie została przedstawiona w odpowiedzi na zarzut nr 12 Odwołującego Portal PZP.

Odwołujący Pentacomp wskazał ponadto, że w podpunkcie 1.5 oraz punkcie 9 rozdziału XIII OPZ Zamawiający wskazał, iż oczekuje skalowalności parametrów ilościowych i wydajnościowych w czasie nie dłuższym niż 1 dzień.

Odwołujący Pentacomp — na podstawie informacji, iż chmura EDHS jest używana przez jednostki administracji publicznej w Wielkiej Brytanii — biorąc pod uwagę publicznie dostępne dokumenty dotyczące parametrów tej usługi, wywodził, że środowisko chmurowe oferowane przez Konsorcjum ED nie spełnia przywołanego wymagania dotyczącego skalowalności.

Brak jest w ocenie Zamawiającego podstaw do przyjęcia domniemania, iż rozwiązanie oferowane w innych zamówieniach jest dokładnie tym samym rozwiązaniem, które Wykonawca ED zamierza wykorzystać dla Platformy e-Zamówienia. Zatem informacje na stronie internetowej rządu Wielkiej Brytanii nie mogą być uznane za miarodajne dla oceny spełniania wymagań SIWZ w zakresie parametrów oferowanego rozwiązania. Ponadto, w zakresie dynamicznego skalowania możliwe jest również zastosowanie tzw. mechanizmu autoscaler, co pozwoli spełnić wymagania Zamawiającego.

Podobnie, w odniesieniu do zarzutu Odwołującego Pentacomp o niespełnianiu wymagania wysokiej dostępności na poziomie 99,95% dot. godzin roboczych 7.00-18.00. Wymóg ten dotyczy przedmiotu zamówienia, który dopiero ma być zrealizowany i nie podlegał weryfikacji na etapie składania oferty. Konsorcjum ED złożyło oświadczenie, że zapoznało się z SIWZ i akceptuje wszystkie warunki w niej zawarte. Informacja o dostępności na poziomie 99,9% opiera się na opisie usługi Crown dla rządu brytyjskiego i brak jest podstaw do przyjęcia stwierdzenia, że stanowi ona zarazem informację o usłudze chmury obliczeniowej oferowanej w tym postępowaniu.

Odwołujący Pentacomp zarzucił również, że oferta Konsorcjum ED nie zapewnia świadczenia usługi chmurowej w oparciu o model PaaS. Zgodnie z OPZ, usługa zapewnienia zasobów IT w chmurze obliczeniowej powinna być świadczona w oparciu o rozwiązania chmurowe IaaS oraz PaaS.

Zdaniem Odwołującego Pentacomp, zgodnie z opisem produktu, jakim jest EDHS usługa będzie świadczona jedynie w oparciu o rozwiązanie IaaS.

W rozdziale XIII OPZ Zamawiający wprowadził zapis:

1. *W Projekcie zostanie wykorzystana infrastruktura w modelu IaaS (Infrastructure as a Service)*

1.1. *Dopuszcza się odstępstwo od modelu IaaS dla baz danych, kontenerów i innych usług wydzielonych ze względów wydajnościowych lub ekonomicznych. W takich przypadkach (za zgodą Zamawiającego (UZP)) zostanie zastosowany model Paas (Platform as a Service).*

Powyższe oznacza, że Zamawiający wymagał usługi chmurowej w modelu IaaS, model Paas jest dopuszczalny w uzasadnionych przypadkach i za zgodą Zamawiającego.

### Zarzut nr 5 odwołania Pentacomp, Zarzuty nr 7, 8 i 9 odwołania Portal PZP

Odnosząc się do zarzutu niespełniania przez wykazywane przez Konsorcjum ED usługi warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, bowiem oferowane przez Wykonawcę środowisko chmurowe nie spełnia wymagań określonych w OPZ (zarzut nr 4 odwołania Pentacomp), w ocenie Zamawiającego jest to zarzut całkowicie chybiony.

Po pierwsze, Zamawiający nie zabraniał w OPZ oferowania własnego środowiska chmurowego. Po drugie, wymagania zawarte w OPZ dotyczą przedmiotu zamówienia, który dopiero ma być zaoferowany i zbudowany, czyli warunków kontraktowych, a nie warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się natomiast do potencjału wykonawcy polegającego na wykonaniu w przeszłości usług opisanych w treści warunku. Innymi słowy, nawet gdyby Zamawiający postawił w OPZ ograniczenia co do możliwości zaoferowania własnego środowiska chmurowego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, powyższe nie byłoby wcale równoznaczne z analogicznym ograniczeniem w treści warunku, chyba że wynikałoby to wprost z treści opisu tego warunku.

Treść warunku udziału w postępowaniu (rozdz. IV pkt 3.1 i 3.2 SIWZ) brzmiała następująco:

*„3.1 wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 3 000 000, 00 zł brutto (trzy miliony) każda, polegające na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet i system charakteryzował się co najmniej 3 z następujących cech:*

- Została w nim wdrożona usługa generowania i ochrony kluczy kryptograficznych używanych przez aplikacje i usługi w chmurze z wykorzystaniem sprzętowego modułu zabezpieczeń (HSM, hardware security module),*
- zbudowany został w oparciu o niezależne skalowalne mikroserwisy\* na poziomie architektury,*
- wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna) zgodny z wytycznymi REST jako jedyne miejsce styku pomiędzy serwisami,*
- posiadał komponent bezpieczeństwa zgodny z normą PN-ISO/IEC 27001:2014 lub normą PNEN ISO 22301:2014 lub równoważną,*
- komponenty systemu były wdrażane jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym \*\**

*3.2 wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) co najmniej 1 usługę polegającą na*

*administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej przez okres minimum 12 miesięcy.*

*Zamawiający dopuszcza wykazanie się spełnieniem warunku, o którym mowa w pkt 3.2. również w przypadku wskazania przez Wykonawcę realizacji zamówienia obejmującego usługę zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego wraz z usługą utrzymania w ramach jednej umowy.*

*W odniesieniu do świadczeń okresowych lub ciągłych część zamówienia faktycznie wykonana musi spełniać wymogi określone przez Zamawiającego”*

Treść odnośnika oznaczonego \*\* brzmiała następująco:

*„\*\* Kontener umożliwia uruchomienie procesu w odizolowanym środowisku zawierającym wszystkie zależności wymagane do jego działania, bez konieczności emulowania całej warstwy sprzętowej i systemu operacyjnego”*

Z opisu treści warunku udziału w postępowaniu nie wynika zatem ani odwołanie do treści OPZ w zakresie wymagań dotyczących administrowaniem systemu w chmurze obliczeniowej (obojętnie w jakim zakresie), ani też zawarcie ograniczenia, którego istnienie wywodzi Odwołujący, bezpośrednio w treści warunku.

Odnosząc się do zarzutów Odwołujących dotyczących niespełniania przez usługi wskazane w poszczególnych pozycjach wykazu usług, Zamawiający zauważył:

Poz. 1 Usługa e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii, wartość usługi 25 170 094,73 PLN (5, 798,225 EUR), termin realizacji od 1.06.2011 do 23.5.2023, wskazana na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdz. IV pkt 3.1 i 3.2 SIWZ.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum ED do złożenia następujących wyjaśnień:

- czy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w Wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000 zł; - czy w ramach wskazanego w Wykazie projektu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca świadczył przez okres minimum 12 miesięcy usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000 zł w chmurze obliczeniowej.

W odpowiedzi Konsorcjum ED wskazało:

*„We wszystkich naszych projektach dotyczących systemów ICT oferujemy projektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie do momentu pierwszego uruchomienia systemu ICT. Następnie wchodzimy w fazę Administracji Systemem ICT, która dotyczy głównie hostingu w chmurze, wsparcia i konserwacji. Równolegle kontynuując rozwój systemu teleinformatycznego poprzez wydania, które wszystkie zawierają projekt architektury, budowy i wdrożenia nowych wersji*

*W odniesieniu do projektu nr 1 (System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii) nasza firma dostarczyła pierwsze wydanie w 2007 r. Od tego czasu system ten ewoluował poprzez wiele wydań i jest obecnie w wydaniu 10 (<https://eten.nublicprocurement.be/etenderina/home.do>), które wprowadzono w grudniu 2018 r. Obecna umowa z klientem, która rozpoczęła się 1 czerwca 2011 r. dotyczy administracji systemem w chmurze EDHS i opracowywania nowych wersji.*

*Potwierdzamy, że koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 1 373 889,03 EUR brutto (ok. 5 964 052,28 PLN brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto.*

*Co więcej, system ten był Administrowany przez ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert”.*

W dniu 21 listopada 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ED z prośbą o doprecyzowanie powyższych wyjaśnień poprzez wskazanie, czy w ramach wykazywanej usługi o wartości ok. 5 964 052,28 PLN brutto realizowane były prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania.

W odpowiedzi Konsorcjum ED wyjaśniło, że do tego projektu potwierdza, że w kontekście wskazanej usługi o wartości około 5 964 052,28 PLN brutto rzeczywiście były realizowane prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania. Takie prace obejmowały zmianę architektury rozwiązania w celu ułatwienia korzystania z nowego serwera aplikacji (Red Hat Wildfly), zaktualizowaną wersję JAVA (JAVA8), użycie angular.js oraz przyjęcie Querydsl dla zunifikowanego, kompaktowego i bezpiecznego zapytania w Java.

Poz. 2. System e-Zamówień dla Irlandii Północnej, wartość usługi 10 936 125,45 PLN (2 237 250,00 GBP), termin realizacji od 1.4.2015 do 31.3.2025, wskazana na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdz. IV pkt 3.1 i 3.2 SIWZ.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP wezwał Konsorcjum ED do złożenia następujących wyjaśnień:

- czy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w Wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000 zł; - czy w ramach wskazanego w Wykazie projektu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca świadczył przez okres minimum 12 miesięcy usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000 zł w chmurze obliczeniowej.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum udzieliło następującej odpowiedzi:  
*„W odniesieniu do projektu nr 2 (System e-Zamówień dla Irlandii Północnej) wydanie pierwsze zostało dostarczone w kwietniu 2015 r., a następnie niezwłocznie przeszło w fazę Administracji. W czerwcu 2017 r. została wydana wersja nr 2, a Administracja systemem*

*została przeniesiona z wersji 1 do wersji 2. W styczniu 2019 r. została dostarczona bieżąca wersja systemu 3 (<https://etendersni.gov.uk/epps/home.do>), a jego Administracja została przeniesiona z wersji nr 2 do wersji nr 3.*

*Potwierdzamy, że koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 647 442 GBP brutto (około 3 164 825,98 brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto.*

*Ponadto system ten (Wersje 1-3) był Administrowany przez okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert”.*

W dniu 21 listopada 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ED z prośbą o doprecyzowanie powyższych wyjaśnień poprzez wskazanie, czy w ramach wykazywanej usługi o wartości ok. 3 164 825,98 PLN brutto realizowane były prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum ED wyjaśniło, że „w odniesieniu do projektu z pkt 2 Wykazu potwierdza, że w kontekście wskazanej usługi o wartości ok. 3 164 825,98 PLN brutto realizowane były prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania. Prace te obejmowały zmiany architektury rozwiązania w celu obsługi framework'u Java Web Start do przygotowywania kwestionariusza online przez dostawców w trybie offline. Ponadto dokonano szeregu zmian w architekturze systemu w celu poprawy wydajności; takie zmiany obejmują oddzielenie bazy danych audytu od głównej bazy danych systemu, konsekwentne korzystanie z komunikatów publikowania i subskrybowania za pomocą Apache Artemis. Ostatecznie zaprojektowaliśmy i opracowaliśmy nową funkcjonalność, taką jak wdrożenie nowych ogłoszeń o zamówieniach oraz nowe procedury DPS wymagane przez nowe unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych. Dokonaliśmy odpowiednio wszystkich wymaganych zmian w architekturze rozwiązania”.

Zgodnie z treścią warunku w pkt 3.1 rozdz. IV SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się (w liczbie 2) usługą o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto, polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, posiadającego co najmniej 3 z wymienionych w dalszej treści warunku cech. Cechy te [(pkt 3.1 ppkt a)-e)] stanowiły wymagania o charakterze stricte technicznym. Zamawiający nie wymagał natomiast, aby wykazywana usługa, polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu dotyczyła określonego obszaru lub zakresu prac, nie wprowadził również żadnego wyłączenia w tym przedmiocie. A zatem, wykazywane usługi mogły dotyczyć jakichkolwiek elementów systemu, jeżeli obejmowały zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie systemu i spełniały postawiony w treści warunku wymóg co do okresu ich świadczenia i wartości. Jednocześnie Zamawiający nie wymagał aby usługa ta musiała być wykonywana wyłącznie w ramach umowy dotyczącej budowy (tworzenia pod podstaw) danego systemu.

Konsorcjum ED złożyło wykaz usług zawierający informacje wymagane przez Zamawiającego. Konieczność złożenia wyjaśnień zachodziła w związku z tym, że daty realizacji usługi w pkt 1 wykazu obejmowały okres dłuższy aniżeli 3 lata przed terminem składania ofert, w związku z czym zasadne było wyjaśnienie, czy w wymaganym przez Zamawiającego okresie Wykonawca wykonał usługę o wymaganej przez Zamawiającego wartości, polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować prawdziwość informacji zawartych w wykazie (w tym również w zakresie spełniania przez system cech określonych w pkt b, c oraz e warunku, o których mowa w pkt 3.1), nie był też uprawniony do żądania od Wykonawcy dokumentów, które nie zostały określone w treści SIWZ ani wymienione w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.).

Reasumując, Konsorcjum ED podało wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje w treści wykazu usług oraz złożonych wyjaśnieniach. Co do treści referencji, to jest to dokument mający potwierdzać wyłącznie fakt należytego wykonania zobowiązania. Zdaniem Zamawiającego nie zachodzi również sprzeczność pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie a informacjami zawartymi w udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach.

Odnosząc się do załączonej przez Odwołującego Pentacomp odpowiedzi organu Construction & Procurement Delivery w Irlandii Północnej, zdaniem Zamawiającego nie stanowi ona dowodu, iż informacje zawarte w wykazie usług oraz wyjaśnieniach wykonawcy były nieprawdziwe. Zarówno bowiem treść pytania Pentacomp, jak i odpowiedź organu jest ogólnikowa i nieprecyzyjna. Zdaniem Zamawiającego jest wykluczone uznanie o udowodnieniu na jej podstawie, iż wartość usługi wskazanej w poz. 2 Wykazu, była mniejsza niż 3 000 000 zł brutto.

Zamawiający zauważył także, że uznał za wystarczające dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu rozdz. IV pkt 3.1 i 3.2 usługi wykazane w poz. 1 i 2 Wykazu usług Konsorcjum ED (wymagane były co najmniej 2 usługi).

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego Portal PZP dotyczącego zmiany warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert, oraz argumentacji Odwołującego Pentacomp, że usługi wykazywane przez Konsorcjum ED w wymaganym okresie polegały jedynie na modyfikacji (aktualizacji) istniejących systemów, Zamawiający zauważył, iż wymagał, aby wykonawca wykazał się umiejętnością projektowania architektury rozwiązania, budową i wdrożeniem zaprojektowanej architektury systemu teleinformatycznego w ramach usługi o wartości 3 000 000 złotych. Dla spełnienia warunku wykonawca musiał wykazać, iż w ramach usługi wartość projektowania architektury rozwiązania, budowy oraz wdrożenia w

systemie informatycznym w referencyjnym okresie 3 lat wyniosła co najmniej 3 000 000 złotych. Z żadnego zapisu SIWZ nie wynika, iż Zamawiający oczekiwał wyłącznie projektowania, budowy i wdrożenia systemu od podstaw. Treść warunku kładzie nacisk na sformułowanie „usługa” przez co możliwym jest jego spełnienie poprzez pierwotne zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie systemu informatycznego, jak również poprzez zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie rozwiązań w już istniejącym systemie informatycznym (modyfikacje systemu) o wymaganej wartości i realizowane w wymaganym czasie.

Zamawiający na żadnym z etapów postępowania nie wskazywał, że zapisy te należy rozumieć inaczej niż w przedstawiony sposób. W oparciu o wymóg „zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego” skonstruowany został nie tylko warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, ale również warunki, które spełnić powinni między innymi Koordynator Projektu ze strony Wykonawcy oraz Deweloper/Programista. Treść wykazu Odwołującego Portal PZP stanowiącego załącznik 1e, w odniesieniu do osób wyznaczonych do pełnienia ról: Koordynatora Projektu ze strony Wykonawcy — 2 osoba, Dewelopera/Programisty — 1 osoba wskazał usługi realizowane w systemach będących w fazie modyfikacji. Również treść wykazu Odwołującego Pentacomp stanowiącego załącznik 1e w odniesieniu do osoby wyznaczonej do pełnienia roli Dewelopera/Programisty — 1 osoba wskazuje na projekt będący w fazie zmian funkcjonalności. To świadczy o tym, że na etapie składania ofert wykonawcy Pentacomp i Portal PZP rozumieli treść warunku tak samo jak konsorcjum ED, zaś zmiana podejścia w tym zakresie nastąpiła dopiero po wyborze najkorzystniejszej i ma służyć wyłącznie podważeniu decyzji Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego Portal PZP zaniechania zwrócenia się przez Zamawiającego bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego wykonane była usługa systemu e-zamówień dla Transportu Londyńskiego (TFL), Zamawiający informuje, że ostatecznie nie wziął pod uwagę tej usługi w celu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji, mając na uwadze treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie wymagał przedstawienia w odniesieniu do tej usługi jakichkolwiek innych dokumentów.

Niezgodność projektów wskazanych w poz. 1, 2, 3 i 4 w wykazie usług z wymaganiami określonymi w ppkt 3.1 pkt I rozdziału IV, części I SIWZ

Zarzut braku doświadczenia polegającego na budowie systemów zbudowanych w oparciu o mikroserwisy

Odwołujący Pentacomp bazując na treści wyjaśnień Konsorcjum ED wskazuje, że wdrożenia systemów były realizowane w okresie nawet ponad 12 lat temu (np. system w Belgii) i wobec tego nie jest możliwe, aby systemy te zbudowane zostały w oparciu o mikroserwisy.



Uznanie powyższej argumentacji za zasadną wymagałoby przyjęcia, że architektura tych systemów nie była zmieniana od momentu ich pierwotnego wdrożenia, a ponadto nie było możliwości zastosowania w nich technologii i architektury mikroserwisowej polegającej na takiej budowie systemu, aby był on zbiorem aplikacji działających niezależnie od pozostałych, a jedynym miejscem styku pomiędzy aplikacjami jest API opartego o technologię REST jako jedyną wykorzystywaną technologię do komunikacji pomiędzy aplikacjami wewnątrz systemu. Ponadto zgodnie z definicją mikroserwisów Zamawiającego zawartą w SIWZ „system oparty o mikroserwisy to system zbudowany jako zbiór aplikacji działających niezależnie od pozostałych, jedynym miejscem styku pomiędzy serwisami jest API (Application Programming Interface - Interfejs Programowania Aplikacji), definiowane jako kombinacja URI (Uniform Resource Identifiers - Ujednoliczony Identyfikator Zasobów), metod wywołania i formatu oraz struktury przesyłanych danych. Każdy z mikroserwisów może być modyfikowany, instalowany i zarządzany niezależnie od pozostałych”. Kształt i zasięg funkcjonowania mikroserwisu zależy każdorazowo od przyjętej architektury budowanego rozwiązania, jedyną granicą określającą zasięg funkcjonalny mikroserwisu jest API, za pomocą którego wymienia dane. Można zatem przytoczyć jako przykład protokół komunikacyjny SOAP, którego standardy zostały wyznaczone już w 2007 roku i który jest serwisem API. Tym samym biorąc pod uwagę definicję mikroserwisu można stwierdzić, że każdy niezależny moduł aplikacji/oprogramowania jest niezależnym działającym mikroserwisem, dla którego jedynym miejscem styku jest serwis API. Na stronie ED dotyczącej platformy ePPS <https://www.eurodyn.com/products/> można przeczytać, że w skład aplikacji ePPS wchodzi różnego rodzaju moduły.

#### Zarzut braku możliwości zastosowania konteneryzacji

Przyjęta argumentacja oraz wywód logiczny w zakresie wyjaśnień przedstawiony przez Odwołującego są błędne, błędne jest bowiem założenie, że jeżeli usługa chmurowa EDHS jest oparta o model usługowy IaaS, to w tym zakresie nie można zastosować konteneryzacji, ponieważ jest ona przypisana jedynie do modelu usługowego PaaS. Zarówno w modelu IaaS jak i PaaS można zastosować konteneryzację, ponieważ jej użycie zależy tylko i wyłącznie od przyjętej architektury systemu, a nie modelu świadczenia usługi w chmurze obliczeniowej.

Przytoczona przez Odwołującego Pentacomp argumentacja dotycząca momentu wprowadzenia technologii kontenerowej, wykluczająca możliwość ich zastosowania w wykazywanych przez Konsorcjum ED systemach, prowadziłyby do wniosku, że systemy te od momentu ich budowy nie mogły być modyfikowane.

#### Niewykazanie spełniania warunków udziału przez Konsorcjum ED w zakresie doświadczenia - wykaz osób Załącznik nr 1e, Wykaz osób składany na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu część I

Odwołujący Pentacomp sformułował zarzut, iż jego zdaniem wszystkie osoby wskazane przez Konsorcjum ED w wykazie osób składanym na potwierdzenie spełniania

warunków udziału tych warunków nie spełniają, ponieważ doświadczenie osób zostało wykazane w oparciu o te same systemy, które były wykazane na potwierdzenie spełniania warunku głównego (dot. doświadczenia wykonawcy), a zdaniem Odwołującego Pentacomp projekty te nie spełniają wymagań określonych w treści tego warunku.

Zamawiający nie zgadza się z powyższym zarzutem. Wobec uznania wskazanych usług za spełniające wymagania Zamawiającego, zarzut w stosunku do członków personelu Konsorcjum ED w tym zakresie należy uznać za bezzasadny.

#### Koordinator Projektu ze strony Wykonawcy

Odwołujący Pentacomp zarzucił, że według jego ustaleń (dokonanych na podstawie korespondencji z Zambijskim Urzędem Zamówień Publicznych) p. Ch. T. nie pełnił roli kierownika projektu/koordynatora projektu z ramienia ED we wskazanym w wykazie projekcie „Zambia e-Zamówienia Publiczne”, ponieważ — zgodnie z odpowiedzią organu — rolę tę pełniły dwie inne osoby.

W świetle złożonych dokumentów Zamawiający nie miał żadnych podstaw do kwestionowania prawdziwości informacji zawartych w wykazie. Wykaz zawierał wszystkie informacje wymagane treścią warunku oraz wzoru wykazu, niezbędne do dokonania oceny spełniania przez daną osobę warunku. Ponadto, nawet w przypadku nie uznania doświadczenia p. T. jako kierownika projektu/koordynatora projektu w projekcie „Zambia e-Zamówienia Publiczne”, nie miałyby to znaczenia dla oceny spełnienia przez tę osobę warunku, ponieważ Zamawiający wymagał pełnienia, w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, roli kierownika projektu w minimum 2 projektach informatycznych o cechach wskazanych w treści warunku, przez co najmniej 6 miesięcy w każdym z nich. Konsorcjum ED wskazało natomiast w wykazie w odniesieniu do p. T. 3 projekty — w tym również System e-Zamówień dla Irlandii Północnej oraz System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii, które w ocenie Zamawiającego również spełniały wymagania postawione dla osoby pełniącej rolę Koordynatora Projektu. Odwołujący Pentacomp nie zakwestionował skutecznie pełnienia przez p. T. roli kierownika projektu w pozostałych dwóch projektach.

W odniesieniu do twierdzenia Odwołującego Pentacomp, iż nieudzielenie odpowiedzi przez organ w Irlandii (do którego Odwołujący również zwracał się pytaniem) jest równoznaczne z niewykazaniem przez Konsorcjum ED spełnienia warunku, to zgodnie z art. 190 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To na Odwołującym Pentacomp spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że p. T. nie pełnił roli kierownika projektu w Irlandii i że Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał.

#### Administrator systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej/DevOps

Odwołujący Pentacomp wskazał, że p. S. D. nie spełnia wymagań dla personelu kluczowego określonych w pkt 3.3 ppkt 6) lit. b) i c) SIWZ, ponieważ wykazywane przez niego

projekty były realizowane w oparciu o chmurę EDSH, która nie posiada możliwości uruchomienia kontenerów. Argumentację Zamawiający w tym zakresie przedstawił w uzasadnieniu odpowiedzi dot. zarzutu nr 5 odwołania Pentacomp.

Ponadto Odwołujący Pentacomp wskazał, że p. D. nie spełnia również wymogu wskazanego w pkt 3.3 ppkt 6) lit. c), tj. posiadania certyfikatu potwierdzającego umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym, np. Microsoft MCSD w zakresie Azure. (jest to również zarzut nr 12 odwołania Portal PZP)

W treści SIWZ rozdział IV pkt I ppkt 3.3.6 dotyczącej wymaganego doświadczenia administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps, Zamawiający wskazał, iż osoba ta musi wykazać się:

- a. *posiadaniem wyższego wykształcenia technicznego, informatycznego, lub wyższego bez wymaganego profilu uzupełnionego studiami podyplomowymi w zakresie TIK (technologie informacyjno-komunikacyjne),*
- b. *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnieniem w sumie przez okres minimum 24 miesiące funkcji administratora albo Inżyniera DevOps dla co najmniej 2 systemów teleinformatycznych, z których każdy oferował usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet, utrzymywanych w środowisku chmury obliczeniowej wdrożonych jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym \*\**
- c. *posiadaniem certyfikatu potwierdzającego umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE.*

Warunki równoważności certyfikatów opisane w SIWZ i opatrzone odnośnikiem \*\*\* odnoszą się tylko i wyłącznie do postanowień specyfikacji w zakresie certyfikatów oznaczonych trzema gwiazdkami (\*\*\*). Dokonując uważnej analizy treści SIWZ należy zauważyć, iż oznaczenie to pojawia się w odniesieniu do certyfikatów, w których Zamawiający wskazał możliwość przedstawienia certyfikatu równoważnego. Ma to miejsce np. w stosunku do osoby Analityka lub Eksperta ds. bezpieczeństwa.

Zamawiający nie zastosował wymogu równoważności certyfikatu w odniesieniu do osoby administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps. W konsekwencji opisane w SIWZ warunki równoważności (oznaczone \*\*\*) nie dotyczą certyfikatu przedstawianego przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps.

Powyższe zapisy SIWZ wynikały z faktu, iż Zamawiający w treści OPZ nie wymagał posiadania systemu w konkretnej chmurze obliczeniowej, wskazując w głównej mierze wymagania dotyczące wydajności i bezpieczeństwa środowiska, w którym będzie utrzymywana Platforma. To podejście było zgodne z przyjętym przez Zamawiającego

modelem outsourcingu usług informatycznych profesjonalnym firmom świadczącym usługi na rynku IT, a nie kupowaniu i budowaniu własnej infrastruktury. Postawiony administratorowi warunek dotyczył posiadania certyfikatu potwierdzającego umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym, Zamawiający nie mógł wskazać konkretnego certyfikatu, w tym również z dopuszczeniem możliwości wskazania dokumentu równoważnego. Certyfikat wydany dla jednej chmury obliczeniowej nie mógłby zostać uznany za certyfikat równoważny certyfikatowi dla innego środowiska chmurowego, z uwagi na różnice pomiędzy funkcjonującymi chmurami obliczeniowymi, nie potwierdzałby takiej samej wiedzy i doświadczenia, co certyfikat wskazany przez Zamawiającego. Zamawiający zrezygnował z żądania konkretnego certyfikatu dla administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej.

Obowiązkiem wykonawcy, w świetle warunku wskazanego pkt I ppkt 3.3.6 SIWZ jest posiadanie przez administratora dokumentu potwierdzającego umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym. Certyfikat Microsoft MCSD w zakresie AZURE został w treści warunku wymieniony jako przykładowy, o czym świadczy użycie skrótu „na przykład”.

Certyfikat przedstawiony przez Konsorcjum ED potwierdza umiejętność projektowania i zarządzania lub administrowania przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji administratora w zakresie wymaganym warunkiem. W konsekwencji zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego jest nieuzasadniony.

#### Zarzut nr 6 odwołania Pentacomp

##### Kryterium Dev

Odwolujący Pentacomp wywodzi, że Zamawiający niezasadnie przyznał Konsorcjum ED punkty w kryterium Dev, ponieważ w opisie kryterium wskazał, że oceniać będzie dodatkowe doświadczenie i wiedzę jednego z deweloperów/programistów, zatem wykonawcy w wykazie osób — załącznik 1d, powinni wskazać jedną osobę. Konsorcjum ED wskazało natomiast w wykazie dwie osoby — p. I. B. oraz w poz. 2 p. M. M., z których żadna nie spełnia wymagań określonych w opisie kryterium Dev, z uwagi na niespełnianie przez wykazywane przez nich projekty wymagań określonych w SIWZ. Zamawiający w tym zakresie przedstawił już swoje stanowisko i je podtrzymuje.

Zamawiający nie zgadza się również z zarzutem Odwołującego Pentacomp, że z uwagi na brzmienie opisu kryterium oceny ofert Dev, wskazanie przez Konsorcjum ED dwóch osób w wykazie 1d było działaniem niezgodnym z SIWZ, a Zamawiający powinien był dokonać oceny tylko pierwszej osoby wskazanej w wykazie.

Opis kryterium Dev nie zawierał takiego zastrzeżenia. Zamawiający nie określił w SIWZ żadnych negatywnych konsekwencji ani też szczególnego sposobu postępowania w sytuacji, gdy wykonawca wskaże w wykazie nr 1d dwóch deweloperów/programistów. Wobec

nieokreślenia w treści SIWZ ścieżki postępowania w sytuacji, gdy wykonawca wskazał więcej niż jedną osobę w wykazie osób, Zamawiający mógł przyznać punkty w ramach tego kryterium, gdy którakolwiek z osób wskazanych spełniała wymagania kryterium.

#### Kryterium An

Odwołujący Pentacomp zarzucił, że Konsorcjum ED niezasadnie otrzymało punkty w ramach kryterium, ponieważ projekty Zambia e-Zamówienia Publiczne, System e-Zamówień dla Irlandii Północnej oraz System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii nie odpowiadają wymaganiu, aby doświadczenie analityka zdobyte było przy wdrożeniu co najmniej jednego systemu teleinformatycznego służącemu udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, która jest polską ustawą zamówieniową i w związku z tym tryby i zasady udzielania zamówień w Polsce mogą się różnić od trybów udzielania zamówień w Zambii, Irlandii Północnej czy Belgii. Tym samym, zdaniem Odwołującego Pentacomp, osoba wskazana jako analityk nie posiada wymaganego doświadczenia dodatkowego.

Wbrew stanowisku Odwołującego Pentacomp, Zamawiający przez wyrażenie „system teleinformatyczny służący udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych” rozumiał „system teleinformatyczny służący udzielaniu zamówień publicznych, w którym występują tryby udzielania tych zamówień”. Zamawiający zamierzał punktować doświadczenie analityka polegające na pracach przy wdrożeniu systemu z analogicznej dziedziny (obszaru merytorycznego), jak dziedzina, której dotyczy przedmiot zamówienia. Jakkolwiek użyto nazwy „Prawo zamówień publicznych”, jednakże równocześnie nie wskazano w opisie kryterium pełnej nazwy aktu oraz jego numeru i pozycji w Dzienniku Ustaw, co było zabiegiem celowym. Zamawiający nie zawarł też w treści SIWZ żadnych szczegółowych wymagań co do tych trybów (np. ich nazw, rodzaju albo minimalnej liczby). Nie było również intencją Zamawiającego wyeliminowanie możliwości konkurowania w postępowaniu w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert przez wykonawców posiadających personel mogący wykazać się doświadczeniem w realizacji systemów służących udzielaniu zamówień publicznych w innych krajach. Byłoby to zdaniem Zamawiającego merytorycznie nieuzasadnione. Brzmienie kryterium nie było kwestionowane przez wykonawców w toku postępowania.

#### Zarzut nr 7 odwołania Pentacomp

Odwołujący Pentacomp wywodzi, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd miałyby polegać na podaniu przez wykonawcę Konsorcjum ED nieprawdziwych informacji w wykazie usług oraz wykazach osób, wskutek czego Zamawiający nie wykluczył wykonawcy Konsorcjum ED i przyznał mu punkty w pozacenowych kryteriach oceny ofert Dev i An, podczas gdy informacje zawarte w dokumentach byłyby niezgodne z prawdą.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem. Po pierwsze Zamawiający uważa, że Konsorcjum ED wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz prawidłowo otrzymało punkty w kryteriach oceny ofert dla kryteriów Dev i An.

Po drugie zaś Zamawiający zwraca uwagę, że nawet w przypadku uznania, że dany wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest to równoznaczne z faktem wprowadzenia zamawiającego w błąd, że takie warunki spełnia. Ustawa Pzp przewiduje odrębną przesłankę wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz odrębne 2 przesłanki wykluczenia z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Aby było możliwe uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp konieczne jest wykazanie, że wykonawca:

- w wyniku zamierzonego działania lub
  - rażącego niedbalstwa
  - wprowadził zamawiającego w błąd, że:
    - nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu (...) lub
    - zataił te informacje lub
    - nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów
- (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp)

albo

- w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa
- przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

(prt. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp)

Każda z powyższych przesłanek powinna być wykazana przez Odwołującego Pentacomp, w odniesieniu do każdej nieprawdziwej informacji. Tymczasem Odwołujący zaniechał w ogóle podjęcia próby takiego wykazania, ograniczając się do ogólnikowych twierdzeń. Zamawiający, wobec braku uzasadnienia zarzutów, nie jest zobowiązany do wręczania Odwołującego w tym zakresie.

#### Zarzut nr 8 odwołania Pentacomp

Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego Pentacomp o konieczności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum ED z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, w konsekwencji nie zgadza się również z zarzutem nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej i wnosi o jego oddalenie.

#### Zarzut nr 9 odwołania Pentacomp

Zamawiający podnosił, że niezależnie od obiektywnych trudności należytego uzasadnienia zarzutów w związku z nieznaną treścią dokumentów złożonych przez

wykonawcę Portal PZP, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy wskazać, że odwołanie Pentacomp nie zawiera zupełnie żadnego uzasadnienia merytorycznego. Całkowicie bezzasadne i nieuprawnione jest utożsamianie domniemanego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu lub otrzymania 0 pkt w kryteriach pozacenowych Dev i An, z faktem wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Ponadto zgłaszanie zarzutów wobec wykonawcy niżej ocenionego w postępowaniu, bez jakiegokolwiek ich uzasadnienia merytorycznego, nie ma na celu zakwestionowania działań lub zaniechań Zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp, lecz świadczy o chęci wyeliminowania z postępowania wszystkich ofert oprócz oferty Odwołującego Pentacomp.

Zdaniem Zamawiającego, biorąc pod uwagę treść oferty Portal PZP oraz dołączonych do niej dokumentów, brak było podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenie w błąd Zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji.

#### Zarzut nr 5 odwołania Portal PZP

Zamawiający w postępowaniu nie stawiał ograniczeń co do kształtowania ceny oferty na poszczególnych etapach, z zastrzeżeniem postanowień SIWZ w rozdziale X (sposób obliczenia ceny) oraz treści formularza ofertowego. Zamawiający przewidywał, że *„Cena za świadczenie usług utrzymania przez okres 12 miesięcy stanowi iloczyn miesięcznej ceny za świadczenie usług utrzymania, zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ i 12 (liczba miesięcy, w których usługa będzie świadczona). W cenie tej Wykonawca zobowiązany jest ująć wszelkie koszty Wykonawcy związane z utrzymaniem Platformy e-Zamówienia zgodnie z OPZ, przy czym cena ta nie może być niższa niż 5% ceny oferty. Cena za 2 000 roboczogodzin Asysty Technicznej przeznaczonych na modyfikacje Platformy w okresie świadczenia usług utrzymania stanowi iloczyn jednostkowej ceny za jedną roboczogodzinę i 2 000 (maksymalna liczba roboczogodzin), przy czym cena ta nie może być mniejsza niż 10% sumy cen, o których mowa w pkt. 2.2 i 2.3 SIWZ.”*

Wymagania te zostały opracowane w oparciu o analizę finansową przygotowaną przez ekspertów wspierających Zamawiającego w ustaleniu kosztów Projektu w rozbiciu na poszczególne zadania na etapie składania Wniosku o dofinansowanie, co miało swoje odzwierciedlenie w szacowaniu wartości zamówienia.

Wymagania miały na celu właśnie ograniczenie możliwości skalkulowania części ceny w odniesieniu do wskazanych elementów w sposób, który powodowałby nieuzasadnione przesunięcia kosztów pomiędzy tymi elementami. Zamawiający na podstawie przeprowadzonych przez siebie analiz uznał, że próg 5% i 10% przeciwdziała w wystarczającym stopniu temu ryzyku.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego Portal PZP opiera się głównie na założeniach przyjętych przez niego co do kalkulacji ceny oferty, które nie muszą być

tożsame z założeniami innych wykonawców oraz na cytowaniu przykładów z orzecznictwa, co nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla zarzucenia innemu wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od tego, czy czyn nieuczciwej konkurencji jest stypizowany czy nie, powinien on być bowiem udowodniony, czego Odwołujący Portal PZP nie uczynił.

Dodatkowo, można by rozważać, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przejawiający się manipulowaniem cenami poszczególnych usług w okolicznościach, gdy określone przesunięcia wpływają na możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji decydują o wyborze oferty jako najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu w ramach kryterium cenowego ocenie podlegała cena globalna za wykonanie usługi budowy systemu oraz usługi utrzymania, nie zaś odrębnie ceny jednostkowe za te usługi. Przewaga oferty Pentacomp nad ofertą Portal PZP wynikała nie z zaoferowanej ceny usług, a z oceny oferty Pentacomp w ramach kryteriów pozacenowych.

#### Zarzut nr 10 i 11 odwołania Portal PZP

Zgodnie z treścią rozdziału IV pkt I ppkt 3.3.4 SIWZ, Zamawiający dla osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Eksperta ds. bezpieczeństwa, wymagał, aby spełniała ona kumulatywnie warunki:

- a. posiadała ważny certyfikat CISA (Certified Information Security Manager) lub ważny certyfikat CISSP (Certified Information Security Systems Professional) lub równoważny \*\*\* potwierdzający uprawnienia audytora IT,
- b. przeprowadziła audyt w zakresie kontroli bezpieczeństwa w co najmniej 2 (dwóch) projektach informatycznych, z których każdy polegał na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert,
- c. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję eksperta ds. bezpieczeństwa, w sumie przez okres minimum 12 miesięcy, w co najmniej 2 projektach, z których każdy obejmował budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet, posiadających zabezpieczenia zgodne z normą PN-(SO/IEC 27001:2014-12, o wartości minimum 2 000 000 brutto każdy.

Konsorcjum ED w treści wykazu (załącznik nr 1d do SIWZ) wskazał w odniesieniu osoby Eksperta ds. bezpieczeństwa, iż posiada on certyfikat CISA wraz z podaniem daty 30.09.2004 r. w rubryce pn. „koniec”.

Zamawiający w dniu 30 października 2019 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień „czy data 30 września 2004 r. wskazana przy certyfikacie CISA, który posiada osoba wskazana do pełnienia roli Eksperta ds. bezpieczeństwa nie oznacza wygaśnięcia certyfikatu”.



Wykonawca poinformował, iż „*potwierdza, iż data 30.09.2004 r. wskazana w certyfikacie CISA, w której wyznaczono osobę pełniącą funkcję eksperta ds. Bezpieczeństwa, nie oznacza wygaśnięcia ważności certyfikatu. Data 30.09.2004 r. jest datą wydania certyfikatu CISA.*”

Konsorcjum ED w swoich wyjaśnieniach nie zawarł żadnej nieprawdziwej informacji i odpowiedział w sposób bezpośredni na pytanie zadane przez Zamawiającego. Okoliczność, iż data 30.09.2004 r. jest datą wydania certyfikatu została ustalona również przez Odwołującego. Zamawiający oczekiwał udzielenia odpowiedzi na zadane wykonawcy pytanie. Zamawiający nie zobowiązywał wykonawcy w treści pisma do składania jakichkolwiek innych wyjaśnień w ramach oceny spełniania warunku dla danej osoby. W świetle przepisów ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek składać wyjaśnienia wyłącznie w takim zakresie, w jakim zobowiązuje go do tego instytucja zamawiająca, a brak informacji w zakresie, w jakim nie wymagał tego wykonawca, nie może być traktowane jako zatajenie informacji.

Nie można zatem uznać, iż Konsorcjum ED w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji lub zataiło informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), jak również, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp), albowiem przedstawione informacje były zgodne z rzeczywistością.

### ***Stanowisko przystępującego European Dynamics***

Przystępujący wnosil o oddalenie obu odwołań jako niezasadnych.

Zarzut nr 3 odwołania Portal PZP, zarzut nr 2 i 3 odwołania Pentacomp

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ED ze względu na zawieranie rażąco niskiej ceny

Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu. Przystępujący złożył ofertę z ceną, która pokrywa wszelkie koszty realizacji zamówienia, a dodatkowo przewiduje zysk na wystarczającym poziomie. Jedynie oferta Przystępującego mieści się w budżecie Zamawiającego. Cena ta jest niższa o 32% od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia - a więc odbiega od progu wyznaczonego w art. 90 ust 1a jedynie o 2 punkty procentowe.

Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień wysokości ceny i takie wyjaśnienia otrzymał. W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał szczegółową kalkulację ceny, przyjęte metody kalkulacji, powiązanie cen i kosztów ze sposobem realizacji zamówienia, a także określił wysokość kosztów administracji, przyjęte ryzyko oraz zysk. Dla każdego elementu ceny przedstawiono podstawy do przyjęcia takich, a nie innych składników kosztotwórczych oraz wysokości poziomu cen. Z treści wyjaśnień wynika, że zaoferowane wynagrodzenie zaangażowanego personelu jest wynagrodzeniem godziwym i

przewyższającym znacznie wynagrodzenie minimalne. Nie sposób więc uznać, że wyjaśnienia były niewystarczające do stwierdzenia, że możliwe jest wykonanie zamówienia za określoną cenę.

Odwołujący odwołują się do własnych wyliczeń dotyczących poszczególnych elementów zamówienia. Wszystkie te obliczenia są być może właściwe dla oferty Odwołujących, ale nie mają związku z ofertą Przystępującego. Zamawiający nie ograniczał sposobu wykonania zamówienia, podając wymagania funkcjonalne oraz podstawowe założenia. Każdy z wykonawców miał prawo korzystać z różnych zasobów. Odwołujący podają wyliczenia dla kosztów związanych z usługami zapewnienia zasobów IT w chmurze - zakłada przy tym, że zasoby te trzeba nabyć od podmiotów zewnętrznych, wykazując, że istnieją różne ceny tego typu usługi w zależności od dostawcy. Przystępujący natomiast ten element zamówienia realizuje w oparciu o rozwiązania własne - koszty własnego rozwiązania nie mogą być w żaden sposób porównywalne z kosztami firm zewnętrznych. Niezrozumiała jest argumentacja dotycząca rzekomego udzielania sobie samemu upustów od cen wyliczonych dla jakiejś konfiguracji w oparciu o cenniki, które nie mają związku ze sprawą. Wszelkie tego typu wyliczenia nie znajdują oparcia ani w postanowieniach SIWZ (które określało wymagania funkcjonalne), ani w treści oferty. Pozostałe argumenty również bazują na założeniach przyjętych bez żadnej podstawy, są to raczej domysły Odwołującego. Odwołujący Pentacomp powołuje się na cenniki Microsoft, przy czym pomija fakt powszechnie znany, że podmiot ten udziela rabatów swoim klientom o różnej wysokości w zależności od wielu innych przesłanek, np. skali dotychczasowej współpracy.

Z kolei przy omówieniu kosztów zespołu Odwołujący Pentacomp powołuje się na wymagania, które nie są wymienione w OPZ. Podobnie z pozostałymi argumentami - bazują one na założeniach przyjętych bez żadnej podstawy lub też uproszczeniach, a przez to w żaden sposób nie odpowiadają stanowi faktycznemu.

Ceną rażąco niską nie jest cena, która jest niższa od ceny konkurencji, ale cena, która wskazuje, iż nie jest możliwym wykonanie w sposób należyty przedmiotu zamówienia (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 983/17). Cena zaoferowana przez Przystępującego nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Analiza szczegółowych wyjaśnień ceny nie tylko potwierdza, iż cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną realną, ale także prawidłowo skalkulowaną.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty, ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący Pentacomp w tym zarzucie bazuje na argumentacji, że cena Przystępującego jest niska. Ponadto Odwołujący powołując się na art. 15 ust 1 kt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wykazał, w jaki sposób złożenie oferty przez Przystępującego utrudnia dostęp do rynku innym wykonawcom. Nietrafiony jest argument

jakoby Przystępujący był gotów dopłacić do realizacji zamówienia w celu uzyskania referencji, podczas gdy Przystępujący od lat prowadzi działalność na rynku europejskim i nie tylko, jest wyspecjalizowanym podmiotem w tworzeniu systemów e-zamówień i nie ma potrzeby stosowania tego typu technik.

Odwołujący nietrafnie zakłada, że koszty usług w chmurze zostały „odliczone” od kosztów realizacji zamówienia. Własne zasoby pozwalające na świadczenie usług chmurowych pozwalają na oszczędność w tym zakresie, ale nie na „odliczanie”.

Odwołanie abstrahuje od rozkładu ciężaru dowodu. Art. 190 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na gruncie procesowym przepisowi art. 190 ustawy PZP odpowiada art. 6 k.c. i art. 230 k.p.c., a zatem ciężar dowodzenia spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne, także w zakresie podnoszonych zarzutów. W konsekwencji aktywność dowodową winien wykazać przede wszystkim Odwołujący, którego rola nie może sprowadzać się do negowania stanowiska Zamawiającego i Przystępującego i formułowaniu w to miejsce własnych twierdzeń, niepopartych żadnymi dowodami.

#### 4a.-4b. zarzut odwołania Portal PZP oraz zarzut nr 1 odwołania Pentacomp - zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień oraz przesłanek objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa w zakresie elementów mających, wpływ na wysokość ceny Przystępującego

Zarzut jest bezzasadny i oderwany od treści zastrzeżeń przedłożonych przez Przystępującego.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 marca 2018 r. (XXIII Ga 2237/17) wskazano, iż aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi spełniać warunek poufności, braku ujawnienia i zabezpieczenia informacji. Istotą badania skuteczności zastrzeżenia jest więc ocena czy informacja stanowi tajemnicę. Pozostałe przesłanki w postaci braku ujawnienia informacji i podjęcia działań zabezpieczających są jedynie konsekwencją przesłanki poufności.

Aktywnością dowodową winien wykazać przede wszystkim skarżący (Odwołujący), nie może sprowadzać się ona do negowania twierdzeń przeciwnika i formułowania w to miejsce własnych twierdzeń, niepopartych żadnymi dowodami. Wynika to ze specyfiki rozkładu ciężaru dowodu w sprawie i literalnego brzmienia art. 8 ust.3 PZP.

Zastrzeżenie jako tajemnicy wyjaśnień ceny zostało złożone. Wskazano na posiadanie przez tę informację wszystkich przymiotów ustawowych dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Żaden przepis prawa nie wymaga by konieczne było wskazanie jakiegoś konkretnego zestawu informacji (np. regulacji, jakie obowiązują w firmie, a których celem jest zabezpieczenie informacji).

Odwołujący wskazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia jest zbyt skromne lub brak jest przedłożenia dowodów dokumentów. Zarzut taki nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Te bowiem nie stanowią o koniecznej obszerności składanych zastrzeżeń, nie wymagają przedkładania dowodów ani dokumentów wewnętrznych. Obszerność wyjaśnień nie stanowi o ich poprawności lub nie. Istota pozostaje w treści. W tej skonkretyzowanej sytuacji nie można abstrahować od faktu, że Przystępujący jest podmiotem spoza Polski. TSUE w orzeczeniu w sprawie Saferoad, C-35/17 wskazał, że nie jest możliwe takie stosowanie przepisów prawa krajowego, które jako podstawę czynności wobec wykonawców przywołują jedynie pewną praktykę bez jednoznacznego wykazania, że obowiązek określonych zachowań wynika z przepisów prawa lub postanowień SIWZ.

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

Aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi spełniać następujący warunek poufności, braku ujawnienia i zabezpieczenia informacji. Z istoty swojej nie może być więc poufną informacja, co do której nie podjęto żadnych środków w celu zabezpieczenia jej poufności.

Przystępujący składał w toku wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego informacje dotyczące kalkulacji ceny i zawsze zastrzega te wyjaśnienia. Przystępujący zawsze bowiem traktuje informacje dotyczące szczegółowego sposobu kalkulacji ceny jako poufne i dba o to, aby nie były one przekazywane osobom nieuprawnionym.

Również w tym postępowaniu wykonawca zastrzegł wyjaśnienia dotyczące ceny podając uzasadnienie dla ich zastrzeżenia.

Powszechnie przyjętym jest, że informacje takie jak rynek dostawców, rynek zbytu czy informacje o uzyskanych rabatach cenowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (tak postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 roku w sprawie o sygn. akt XVII Amz 1/96; vide: Wokanda 1997, nr 10, s. 55), w którym stwierdzono, iż tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być przy tym w szczególności informacje o źródłach zaopatrzenia i zbytu, gdyż wypływają z nich podstawowe działania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, a upowszechnienie tych danych mogłoby szkodzić interesom przedsiębiorców.

Ponadto powszechnie przyjmuje się, że sposób kalkulacji ceny również może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 293/13, w

wyroku KIO o sygn. akt: KIO 995/12, w wyroku KIO 1432/12, KIO 1446/13, KIO 1021/18, KIO 1618/18, KIO 1907/18). Orzecznictwo od wielu lat w sposób jednolity interpretuje i uznaje, iż elementy cenotwórcze oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców podlegającą ochronie m.in. poprzez ograniczenie jawności i dostępu do przedmiotowych danych, na życzenie i w zakresie wnioskowanym przez danego wykonawcę. Sposób kalkulacji ceny oferty, czynniki i przewagi wykonawcy umożliwiające mu zaoferowanie konkurencyjnej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

W treści zastrzeżonych wyjaśnień Przystępujący wykazał wszystkie koszty realizacji poszczególnych modułów i komponentów wskazanych w OPZ, w tym w szczególności koszty licencji i dostawy gotowego oprogramowania podmiotów trzecich, czy koszty własne związane z własną infrastrukturą chmurową i kosztami jej i inne, wskazane w wezwaniu Zamawiającego. Okoliczności związane z warunkami wykonywania zamówienia, metodami wykonywania zamówienia, przyjętymi przez Wykonawcę rozwiązaniami technicznymi, biznesowymi, planowanymi kosztami zamówienia (co składa się na sposób kalkulacji ceny oferty), stanowią dla Przystępującego istotną wartość gospodarczą.

Przystępujący zastrzega takie informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co stanowi wyraz przestrzegania obowiązujących u Przystępującego regulacji wewnętrznych określających zasady dbania o poufność danych spółki jak i jej kontrahentów, współpracowników. Korzystając z posiadanych zasobów oraz kontaktów biznesowych Przystępujący skonstruował najkorzystniejszą dla Zamawiającego ofertę. Przekazanie konkurencji przewag biznesowych Przystępującego, mogłoby natomiast w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić mu przedkładanie porównywalnych ofert. Dysponując bowiem tymi informacjami konkurenci będą mogli m. in.: zastosować analogiczny sposób kalkulacji ceny, w tym zasad określania marży, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagrodzeń. Polityka cenowa, polityka wynagrodzeń, poziom marży to elementy, które składają się na całość informacji dotyczących zasad prowadzenia przez Przystępującego działalności gospodarczej, i które Przystępujący kształtował w perspektywie długoterminowej. Ostatecznie rozwiązania wypracowane w tym zakresie w ramach struktury Przystępującego są efektem jego znacznego nakładu i składają się na strategię biznesową - ich wartość gospodarcza dla Przystępującego nie ulega zatem wątpliwości. W orzecznictwie przyjmuje się, iż wartość ekonomiczna informacji składających się na tajemnicę przedsiębiorstwa polega m. in. na tym, że ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

Wbrew twierdzeniom Odwołujących z treści wyjaśnień Przystępującego wynikają bezspornie wszystkie elementy definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut nr 6 odwołania Portal PZP oraz zarzut nr 4 odwołania Pentacomp - zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na fakt, że treść oferty w zakresie zaoferowania usług chmurowych EDHS nie odpowiada treści SIWZ

Odwołujący zarzucają niezgodność treści oferty w zakresie zaoferowania usług chmurowych EDHS postulując, że zaoferowana usługa chmurowa nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ, zarzuca m.in. zaoferowanie usług w oparciu o własną chmurę, podczas gdy powinna to być chmura dostawcy zewnętrznego oraz niespełnianie przez zaoferowaną chmurę parametrów określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Konsorcjum ED prawdziwe stwierdzenia odwołania ograniczają się do tego, że rzeczywiście SIWZ przewiduje konieczność zapewnienia usługi w chmurze z zachowaniem określonych wymagań. Natomiast zarzut niezgodności oferty z tym wymaganiem oparty jest na domniemaniach i danych nie mających związku ze sprawą.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 10 SIWZ wykonawca obowiązany był do złożenia formularza oferty przygotowanego zgodnie z wzorem zawartym w załączniku 1b. We wzorze Zamawiający nie wymagał podania żadnych parametrów przedmiotu zamówienia. Nie wymagano również załączenia do oferty jakichkolwiek dokumentów opisujących sposób wykonania lub parametry zamawianego systemu. A zatem całość zarzutów Odwołujących opiera się na porównaniu wymagań SIWZ z istniejącym i wdrożonym rozwiązaniem oferowanym przez Przystępującego usług chmurowych w Wielkiej Brytanii. Odwołujący udowadniają, że świadczone usługi chmurowe w Wielkiej Brytanii nie odpowiadają wymaganiom postanowionym przez polski Urząd Zamówień Publicznych. Powstaje więc pytanie, w jakim związku pozostają te parametry. Zdaniem Przystępującego związku takiego nie ma. Jedyne punkty wspólne to ten sam dostawca usług oraz wymaganie, żeby były to usługi świadczone w chmurze. Odwołujący nadinterpretują postanowienia SIWZ co do wymogu infrastruktury zewnętrznego dostawcy. Postanowienie SIWZ stanowi jedynie, że Zamawiający zakłada brak wykorzystania infrastruktury UZP. Podobnie nadinterpretowane jest wymaganie dotyczące osoby Administratora.

Zarzuty nr 7-9 odwołania Portal PZP Zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami poświadczającymi należyte wykonanie usług, zaniechanie zwrócenia się do właściwego podmiotu, na rzecz którego wykonywane były usługi, zaniechanie wykluczenia Przystępującego oraz zarzut nr 5a odwołania Pentacomp

Przystępujący przedłożył wykaz usług potwierdzający wykonanie 4 zamówień polegających na wykonaniu platformy obsługującej procesy zamówień publicznych (e-zamówienia), z tego 3 realizowane dla podmiotów funkcjonujących w Unii Europejskiej, a więc z uwzględnieniem wszystkich rozwiązań dla użytkowników uwzględniających postanowienia Dyrektyw UE. Trudno uznać, że Przystępujący nie posiada praktycznych doświadczeń w obszarze e-zamówień.

Ocena szczegółowych wymagań SIWZ dokonywana jest na podstawie dokumentów, których katalog jest zawężony przez ustawodawcę w akcie wykonawczym do ustawy Pzp, zaś precyzyjne wymagania określa sam zamawiający. W postępowaniu podstawą oceny był wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. Dokumenty te zostały złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust 1 ustawy PZP.

Następnie Zamawiający skierował dwa wnioski o szczegółowe wyjaśnienia co do wskazanych usług, i wyjaśnienia takie otrzymał. Tym samym Przystępujący dostarczył wszelkie informacje pozwalające na uznanie, że warunki w zakresie zdolności technicznej i zawodowej są spełnione.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał, aby usługa:

- 1) była wykonana w okresie ostatnich 3 lat,
- 2) jej wartość wynosiła min. 3 000 000 zł brutto,
- 3) polegała na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu

systemu informatycznego:

a. Oferującego usługi publiczne dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet

b. System posiadał co najmniej 3 z 5 wskazanych cech

Odwołujący zarzuca, że żadna z usług nie została zakończona w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. Ponadto wskazuje, że żadna ze zrealizowanych usług nie odpowiadała swoim zakresem warunkom sformułowanym w SIWZ.

Przystępujący spełnił jednak warunki, gdyż wdrożenie w zakresie poszczególnych usług zostało faktycznie zakończone, a po wdrożeniu systemu kontynuowany jest jego rozwój przez kolejne wydania, które wszystkie zawierają projekt architektury, budowę i wdrożenie nowych wersji. Usługi zostały więc faktycznie wykonane i zakończone, zaś kolejne wydania stanowią o nowym systemie, który obejmuje zarówno zaprojektowanie, jak i budowę i wdrożenie nowych wersji.

#### Usługa wskazana w wykazie pod numerem 1

Usługa jest wykonywana na podstawie umowy z 2011r. Pierwsze wydanie systemu zostało dostarczone w 2007 r. na podstawie poprzednio obowiązującej umowy. W grudniu 2018 r. na podstawie obecnie realizowanej umowy Przystępujący dostarczył 10 wydanie systemu.

Przystępujący podkreślił, warunek udziału nie wykluczał opracowywania kolejnych wydań istniejących systemów, gdyż przy każdym kolejnym wydaniu dochodzi do projektowania, budowy i wdrożenia. Po wdrożeniu kolejnego wydania administrowany jest nowy system. Brzmienie warunku w Rozdziale IV pkt 3.1. SIWZ nie zawężyło dostępu do zamówienia, a wymagało jedynie projektowania, budowy oraz wdrożenia, nie zastrzegając, że

dotyczy to jedynie systemów powstających po raz pierwszy. Rozumienie warunku przedstawione przez Odwołującego zawęża konkurencję. Przy obecnym stanie rozwoju techniki IT takie rozumienie warunku jest przestarzałe i absurdalne.

Odwołujący wskazuje ponadto, że podana kwota wartości usług jest nieudowodniona. Weryfikacja spełnienia warunku odbywa się na podstawie wykazu oraz referencji. Zamawiający nie może wymagać złożenia innych dokumentów, gdyż stałoby to w sprzeczności z prawem krajowym i postanowieniami Dyrektywy 2014/25. Przepisy te w sposób zamknięty definiują katalog dokumentów, jakich może domagać się zamawiający od wykonawcy.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO referencje nie muszą zawierać wszystkich tych informacji, które podawane są w wykazie usług, a służą jedynie potwierdzeniu, że usługa została wykonana w sposób należyty. Ponadto Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia przepisu par. 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane o dodatkowe informacje lub dokumenty. Skoro Przystępujący przedłożył wszystkie konieczne dokumenty, nie było podstaw do kierowania zapytań bezpośrednio do właściwych podmiotów, na rzecz których Przystępujący świadczył usługi.

Odwołujący Pentacomp zarzucał, że zaoferowany system nie posiada rozwiązań określonych w literach a)-c) punktu 3.1. Rozdział IV SIZW, skoro bowiem system był wdrożony w 2007 r., to nie może posiadać rozwiązań, które pojawiły się na rynku później np. mikroserwisów.

Odwołujący nie przedstawia żadnego dowodu na to, że rozwiązanie wdrożone przez Przystępującego nie charakteryzuje się rozwiązaniami wskazanymi przez niego w wykazie wykonanych usług. Teza ta jest rozwinięciem fałszywego założenia, że kolejne wydania systemu nie stanowią usługi zaprojektowania, budowy i wdrożenia. Jest natomiast odwrotnie, system referencyjny posiada wskazane cechy, co potwierdza, że musiał zostać zaprojektowany, wybudowany i wdrożony w czasie, kiedy dana technologia była dostępna.

#### Usługa wskazana w wykazie pod numerem 2

Odwołujący kwestionuje czas wykonania usługi oraz spełnienie wymogu zaprojektowania rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu zarzucając, iż Przystępujący dokonał jedynie podniesienia wersji istniejącego oprogramowania oraz drobnych prac rozwojowych swojego oprogramowania standardowego. Przystępujący podtrzymuje wcześniej przedstawione stanowisko. Ponadto w wyjaśnieniach Przystępujący zaznaczył, że w ramach usługi dostarczył drugie wydanie systemu w czerwcu 2017 r. oraz trzecie wydanie systemu w styczniu 2019 r. Przystępujący doprecyzował, że w ramach całkowitego wynagrodzenia



wynoszącego ponad 2 mln GBP koszt usługi wykonania projektu architektury, budowy i wdrożenia wyniósł w ostatnich 3 latach 647 422 GBP, co daje ponad 3 000 000 PLN brutto.

Przedstawiona przez Odwołującego Pentacomp korespondencja z Paulem Brown z MCPIS nie ma żadnego znaczenia dla sprawy, w związku z czym Przystępujący ED wnosil o jej pominięcie.

#### Usługa wskazana w wykazie pod numerem 3

Przystępujący podtrzymuje stanowisko co do czasu wykonania usługi. Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawił cały proces realizacji usługi. Wskazał na pierwszą akceptację, dokonaną w lipcu 2016 oraz uruchomienie pierwszego wydania dla pięciu agencji pilotażowych, następnie w październiku 2016 ostateczne zakończenie i akceptacja prac nad pierwszym wydaniem. Kolejne drugie wydanie systemu zostało przekazane w grudniu 2018 r. Przystępujący podał też wartości zaprojektowania architektury, budowy i wdrożenia systemu dla pierwszego i drugiego wydania. Kwota łącznie przekracza wymóg określony w SIWZ.

Odwołujący Pentacomp opierając się na piśmie otrzymanym od I. C. Ch. wywodził o braku cech dostarczonego systemu określonych w punkcie 3.1. Rozdziału IV części 1 SIWZ.

Twierdzenia te nie znajdują pokrycia w rzeczywistości ani też w otrzymanym piśmie. Przede wszystkim Urząd Zamówień Publicznych w Zambii nie odpowiedział na zadane pytania, udzielił jakiś wyjaśnień, najczęściej odpowiedzi dotyczą innego zagadnienia niż poruszone w pytaniu. Można to dość łatwo wytłumaczyć, ponieważ jak wskazał sam zamawiający w odpowiedzi na pytanie 3 — szczegóły technologii nie zostały mu ujawnione.

#### Usługa wykazana w wykazie pod numerem 4

Przystępujący podtrzymuje wcześniejszą argumentację. W wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2019 r. wskazał na daty kolejnych wydań oraz wyróżnił kwotę w projekcie pozyskaną za usługi wsparcia i utrzymania. Ponadto Przystępujący złożył własne oświadczenie, gdyż nie było możliwe pozyskanie aktualnych referencji od Zamawiającego, z którym współpraca zakończyła się w lipcu 2017 r. Przystępujący wykazał obiektywne czynniki, które uniemożliwiły mu pozyskanie potwierdzenia należytego wykonania.

#### Zarzuty 10-12 odwołania Portal PZP zaniechanie wykluczenia Przystępującego ze względu na przedstawienie nieprawdziwych informacji w zakresie warunku co do osób – ekspert do spraw bezpieczeństwa oraz Administrator systemu – zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób oraz zarzut nr 7 odwołania Pentacomp

Dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie, że wykonawca przedstawił w sposób zawiniony informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego. Pierwszym i istotnym elementem do wykazania jest udowodnienie, że przedstawione informacje są nieprawdziwe lub błędne. Zupełnie odrębną kwestie stanowią wina wykonawcy i ewentualny wpływ wprowadzenia w błąd na decyzje Zamawiającego.

Stanowisko Odwoływających opiera się na nadinterpretacji, niedomówieniach oraz fałszywych założeniach, poza tym nie wykazali oni, że jakiegokolwiek informacje podane przez Przystępującego były błędne.

Ponadto Odwołujący Portal PZP kwestionuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania roli Eksperta ds. bezpieczeństwa. Wskazuje, że złożony dla tej osoby certyfikat wygasł w 2009r., a Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego zatajając przed nim brak posiadania ważnego certyfikatu.

Zamawiający określił w części I, rozdział IV pkt 3.3. ppkt 4SIWZ, że przyzna punkty w kryterium w przypadku wykazania osoby, która posiada ważny certyfikat CISA lub ważny certyfikat CISSP lub równoważny, potwierdzający uprawnienia audytora IT. Ponadto osoba ta powinna posiadać doświadczenie w postaci przeprowadzenia audytu w zakresie kontroli bezpieczeństwa co najmniej dwu projektów informatycznych, z których każdy polegał na zaprojektowaniu architektury, budowie i wdrożeniu systemu oferującego usługi dla co najmniej 20.000 użytkowników, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Osoba ta powinna w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert pełnić funkcję eksperta ds. bezpieczeństwa przez okres minimum 12 miesięcy w co najmniej 2 projektach, obejmujących zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu oferującego dla co najmniej 20.000 użytkowników, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący wskazał datę 30.09.2004 r. jako datę wystawienia certyfikatu. W wyjaśnieniach również odnosił się jedynie do daty wystawienia certyfikatu. Zarówno wniosek Zamawiającego, jak i odpowiedź wykonawcy nie dotyczą kwestii wygaśnięcia certyfikatu - to zagadnienie nie było poruszane w pismach.

Odwołujący Portal PZP kwestionuje również spełnienie warunku dotyczącego Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej w zakresie wykazania się certyfikatem. Zgodnie z częścią I, rozdział IV pkt 3.3. ppkt 6 lit. C SIWZ wymagane było „*posiadanie certyfikatu potwierdzającego umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE*”. Sformułowanie SIWZ w tym punkcie jest inne niż użyte przy pozostałych członkach zespołu wykonawcy, dla których wymagane było wykazanie posiadania certyfikatu. W punkcie dotyczącym Analityka zamawiający wskazał na posiadanie jednego z 6 wprost wskazanych certyfikatów lub równoważnego. Przy słowie równoważny pojawia się odnośnik \*\*\* Odnośnik ten został rozwinięty na stronie 18 SIWZ, pod wymaganiami dla wszystkich osób, gdzie Zamawiający wskazał co rozumie przez certyfikat równoważny.

W przypadku wymagań dla Administratora systemu Zamawiający nie przywoływał konkretnych certyfikatów a jedynie posługiwał się przykładem. Nie posłużył się też pojęciem „równoważny” i nie zastosował odniesienia \*\*\*. Jest to uzasadnione, skoro certyfikat na potwierdzać umiejętności w zakresie „oferowanego środowiska chmurowego”, a wykonawca

sam wybiera w jakim środowisku chmurowym będzie realizował usługi, to niemożliwe było narzucenie konkretnego certyfikatu. Zarzut więc opiera się na niewłaściwym odczytaniu postanowień SIWZ.

Wskazany certyfikat potwierdza posiadanie takiej samej wiedzy, kompetencji doświadczenia co certyfikat tylko przykładowo podany przez Zamawiającego.

Przystępujący zamierza realizować usługi w oparciu o własne środowisko chmurowe — jest więc jedynym podmiotem uprawnionym do potwierdzania znajomości tegoż środowiska.

Odwołujący Pentacomp zarzut ten opiera o zarzuty wskazane w punktach 4,5,6 odwołania, które bazują na nadinterpretacji zapisów SIWZ.

Zarzut nr 5.b. odwołania Pentacomp – zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na wykaz osób.

5.b.1. Odwołujący kwestionuje spełnienie wymagań przez osobę przedstawioną do pełnienia funkcji Koordynatora Projektu tj. pana Ch. T.

Zamawiający określił warunek w części I Rozdział 4 w punkcie 3.3. ppkt 1 lit b) SIWZ: osoba posiada doświadczenie polegające na pełnieniu roli kierownika projektu w co najmniej 2 projektach informatycznych o wartości każdego min 2 mln zł brutto obejmujących zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego zbudowanego w oparciu o mikroserwisy przez co najmniej 6 miesięcy w każdym z nich.

Przystępujący wykazał 3 projekty, z czego Odwołujący kwestionuje 2:

- Projekt nr 1 Zambia e- zamówienia publiczne

Odwołujący zarzuca, że pan T. nie pełnił funkcji Koordynatora Projektu. Swoje stanowisko opiera na piśmie od Dyrektora Generalnego zamawiającego. Zamawiający podał dwa inne nazwiska tj. pana A. H. oraz S. K.

Konsorcjum ED wskazuje, że osoby te z całego zespołu wykonawcy najczęściej przebywały w Zambii. Z uwagi na kwestie podatkowe niezbędne było otwarcie lokalnego przedstawicielstwa. Sprawami administracyjnymi oraz podatkowymi, w tym związanymi z projektem zajmowały się właśnie te dwie osoby. Osoby te kolejno pełniły funkcję kierowników kontraktu (umowy).

Natomiast kierownikiem projektu odpowiedzialnym za organizację pracy zespołu oraz wszelkie aspekty merytoryczne i organizacyjne był pan T. Z tego też względu odpowiedź urzędu z Zambii w żaden sposób nie podważa informacji podanych przez Przystępującego.

- Projekt nr 2 System e-zamówień dla Irlandii Północnej

To na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu. Odwołujący kwestionuje doświadczenie na takiej podstawie, że zamawiający do którego zwrócił się z prośbą o podanie informacji - ich nie podał. Zarzut zdaniem Przystępującego nie powinien podlegać rozpoznaniu tylko na takiej podstawie.

5.b.2. W tej części Przystępujący podtrzymuje stanowisko przedstawione dla zarzutu nr 10-12 odwołania Portal PZP.

Drugi zarzut dotyczący Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej dotyczy jego doświadczenia i opiera się na błędnym przyjęciu, że środowisko oferowane przez Przystępującego nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ. Zdaniem Konsorcjum ED nie ma żadnych podstaw do uznania niezgodności oferowanej usługi z wymaganiami SIWZ, a więc nie ma również podstaw do kwestionowania doświadczenia wskazanej osoby. Argumentacja zarzutu 4 dotyczy bowiem usług chmurowych w Wielkiej Brytanii a projekty wykazane w celu potwierdzenia doświadczenia pana S. D. nie dotyczą usług w Wielkiej Brytanii.

#### Zarzut nr 6a odwołania Pentacomp – ocena w kryterium doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty

Zamawiający określił, że przyzna punkty w tym kryterium w przypadku wykazania osoby, która w okresie ostatnich 5 lat pełniła przez co najmniej 3 miesiące funkcję dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System w co najmniej 1 systemie teleinformatycznym. Punkty były przyznawane za doświadczenie w usługach innych niż wykazane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Warunek w zakresie doświadczenia Dewelopera/Programisty (część 1, Rozdział IV pkt 3.3. ppkt 7 lit b) określał wymóg uczestniczenia w ostatnich 3 latach w roli programisty/projektanta przez okres łączny 12 miesięcy w co najmniej 2 projektach informatycznych o wartości min. 2 mln zł brutto każdy obejmujących zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego zbudowanego w oparciu o mikroserwisy.

Warunek i kryterium oceniają inne aspekty doświadczenia. Jednocześnie aby uzyskać punkty należało wykazać co najmniej 3 projekty dla co najmniej 1 osoby.

Przystępujący wskazał dwie osoby: I. B. oraz M. M.. Każdy z nich brał udział w 4 projektach odpowiadających warunkowi udziału w postępowaniu, z czego 3 jednocześnie odpowiadały kryterium oceny ofert. Te 3 wykazane projekty są to usługi wykonane przez Przystępującego: projekt Zambia e-zamówienia, System e-zamówień w Irlandii Północnej oraz System e-zamówień dla Rządu Federalnego Belgii. Odwołujący kwestionuje ich wykonanie w punkcie 5a odwołania i z tego też powodu kwestionuje możliwość ich uznania w doświadczeniu osób. W tym zakresie Przystępujący przedstawił już stanowisko o prawidłowości wykazanych projektów dla warunku. Skoro 3 projekty odpowiadały warunkowi oraz kryterium oceny ofert, to przyznanie punktów ofercie Przystępującego było zgodne z postanowieniami SIWZ.

#### Zarzut nr 6a odwołania Pentacomp – ocena w kryterium doświadczenie i wiedza Analityka

Zamawiający określił, że przyzna punkty jeżeli wykonawca wykaże dysponowanie analitykiem, który w okresie ostatnich 5 lat przez co najmniej 6 miesięcy pełnił rolę analityka

przy wdrożeniu co najmniej 1 systemu teleinformatycznego służącego udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Pzp.

Przystępujący wykazał osobę, która pełniła rolę analityka dla projektów projekt Zambia e-zamówienia, System e-zamówień w Irlandii Północnej oraz System e-zamówień dla Rządu Federalnego Belgii, a więc w dwóch projektach dotyczących e-zamówień w krajach Unii Europejskiej.

Odwołujący uważa, że osoba nie posiada doświadczenia przy wdrożeniu systemu służącemu udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Pzp. Zarzut opiera się na zawężającym i niezgodnym z zasadą równego traktowania oraz uczciwej konkurencji odczytaniu zapisów SIWZ. Zawęża się rozumienie trybów udzielania zamówień do polskich przepisów.

Polska ustawa Pzp implementuje postanowienia Dyrektywy 2014/25 oraz Dyrektywy 2014/24. Akty prawa unijnego określają tryby udzielania zamówień, przesłanki dla ich zastosowania oraz sposób prowadzenia postępowania. Nie sposób uznać, że osoba posiadająca doświadczenie w realizacji projektu e-zamówień w innych krajach unijnych nie posiada doświadczenia we wdrożeniu systemu służącemu udzielaniu zamówień w trybach, które są określone przepisami unijnymi. Inne odczytanie postanowień SIWZ prowadzi do sprzecznej z prawem wykładni dyskryminującej wykonawców ze względu na miejsce wykonania usług.

Końcowo, Przystępujący podkreślił, że skoro Przystępujący nie polega wykluczeniu a jego oferta nie podlega odrzuceniu, to powinna być oceniona. Zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert jest to oferta najkorzystniejsza. Oznacza to, że Zamawiający dokonał wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP oraz postanowieniami SIWZ.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów wskazanych w pkt. 1 sentencji niniejszego wyroku.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje, co następuje:

Izba uznała za bezzasadne zarzuty dotyczące naruszenia:

- przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przyznania odwołującemu Portal PZP punktów w ramach kryterium (An) lub poprzez zaniechanie wezwania odwołującego Portal PZP do wyjaśnienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w roli analityka, przez co zamawiający nie przyznał odwołującemu PZP 10 pkt w ramach kryteriów oceny ofert Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (An),

- przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 lub art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przyznania odwołującemu Portal PZP punktów w ramach kryterium (Dev) lub poprzez zaniechanie wezwania odwołującego Portal PZP do wyjaśnienia w zakresie dodatkowego doświadczenia i wiedzy dewelopera/programisty zaangażowanego w realizację zamówienia, przez co zamawiający nie przyznał odwołującemu Portal PZP 15 pkt w ramach kryteriów oceny ofert Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev).

Izba ustaliła, że zamawiający, w ramach czynności oceny ofert w postępowaniu na część I zamówienia, tj. na „Zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą nadzoru autorskiego nad eksploatacją Platformy e-Zamówienia w okresie stabilizacji oraz usługą utrzymania przez okres 12 miesięcy, badał dwa kryteria dotyczące wiedzy i doświadczenia personelu skierowanego przez wykonawcę do realizacji tego zamówienia.

Kryteria te obejmowały:

1) Doświadczenie i wiedzę Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev)

W ramach tego kryterium zamawiający oceniał dodatkowe doświadczenie i wiedzę jednego z deweloperów/programistów wskazanych na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3. ppkt 7 s.i.w.z. określonych przez zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż przyzna punkty wykonawcy, który na czas realizacji zamówienia będzie dysponował Deweloperem/Programistą, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 3 miesiące pełnił rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM) w co najmniej jednym systemie teleinformatycznym.

Wykonawca, który wykazałby, że Deweloper/Programista zaangażowany w realizację zamówienia posiada opisane wyżej doświadczenie i wiedzę, otrzymałby 15 pkt.

## 2) Doświadczenie i wiedzę Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (An)

W ramach tego kryterium zamawiający oceniał dodatkowe doświadczenie i wiedzę Analityka, wskazanego na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt 3 s.i.w.z.,. określonych przez zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę.

W ramach tego kryterium zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż przyzna punkty wykonawcy, za dysponowanie analitykiem, który dodatkowo w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 6 miesięcy pełnił rolę analityka przy wdrożeniu co najmniej jednego systemu teleinformatycznego służącego udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca, który wykazałby, że Analityk zaangażowany w realizację zamówienia posiada opisane wyżej doświadczenie i wiedzę otrzymałby 10 pkt.

Jednocześnie zamawiający w treści Rozdziału XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia - „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” wskazał, iż dla celów oceny przez Zamawiającego kryteriów pozacenowych:

Wykaz, o którym mowa w Rozdziale VI s.i.w.z. w zakresie dotyczącym Dewelopera/Programisty i Analityka nie podlega procedurze wyjaśniania, poprawiania i uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

W przypadku, gdy osoba wskazana celem uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert wskazanych w ramach doświadczenia i wiedzy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, oferta wykonawcy otrzyma 0 (zero) punktów w ramach tego kryterium.

W sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskaże inną osobę niż wskazana w ramach spełnienia kryterium doświadczenia, oferta wykonawcy otrzyma zero punktów.

#### Ad 1 (kryterium Dev)

W załączonym do oferty odwołującego Portal PZP wykazie osób, przedłożonym na formularzu załącznika Id do s.i.w.z., wskazano, iż osoba wyznaczona na stanowisko Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev) przez ponad trzy miesiące od dnia 3 stycznia 2019 r. do dnia 9 maja 2019 r., pełniła rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu chmurowej typu Key Management System (KMS) w systemie teleinformatycznym zidentyfikowanym jako Platforma e-Zamówienia, której „klientem docelowym” było Ministerstwo Cyfryzacji.

Bezspornym pomiędzy stronami był fakt, iż zamawiający — Ministerstwo Cyfryzacji — w dniu 11 marca 2019 r. odstąpił od umowy obejmującej zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia. Odwołujący podnosił jednak, że usługa była w dalszym ciągu realizowana pomiędzy Malkolm M. i Wspólnicy Sp. J. a DXC Technology Polska Sp. z o.o. na mocy porozumienia, którego przedmiotem było wykonanie usług „wytworzenia oprogramowania modułu zarządcy kluczy zgodnie z zamówieniem nr DXC57519 w zakresie wynikającym z oferty nr 31/072018, instalacji, konfiguracji oraz uruchomienia urządzeń HSM (dostarczonych przez DXC) i oprogramowania wytworzonego przez Malkolm M. i Wspólnicy Sp. J. zgodnie z zamówieniem nr DXC57519 w zakresie wynikającym z oferty nr 31/072018.

W ocenie Izby, fakt odstąpienia od umowy przez Ministerstwo Cyfryzacji powoduje, że zamawiający zasadnie przyjął, iż odwołujący Portal PZP nie może posługiwać się wiedzą i doświadczeniem osoby wyznaczonej do pełnienia roli Dewelopera/Programisty w tym projekcie. Opis kryterium Dev wyraźnie wskazywał, iż osoba wyznaczona na stanowisko Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev) przez co najmniej trzy miesiące musiała pełnić rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) w co najmniej jednym systemie teleinformatycznym. Skoro umowa o wdrożenie systemu informatycznego Platforma e-Zamówienia została wypowiedziana, to brak jest podstaw do przyjęcia, że wskazana przez odwołującego Portal PZP osoba po dniu 11 marca 2019 r. mogła wykonywać ww. usługę na potrzeby Platformy e-Zamówienia.

Bez znaczenia dla oceny zarzutu pozostaje fakt, iż istniejące pomiędzy Malkolm M. i Wspólnicy Sp. J. a DXC Technology Polska Sp. z o.o. porozumienie było w dalszym ciągu realizowane. Od dnia odstąpienia od umowy przez Ministerstwo Cyfryzacji wskazane usługi nie spełniały już wymogu dotyczącego ich wykonywania w systemie teleinformatycznym, gdyż



ten system nie powstał i nie były wykonywane dla podmiotu zamawiającego, tj. dla Ministerstwa Cyfryzacji, ale na infrastrukturze własnej. Podkreślić przy tym należy, iż odwołujący Portal PZP w złożonym wykazie wskazał, że usługa przez cały wykazany okres była wykonywana na rzecz Ministerstwa Cyfryzacji w ramach budowy Platformy e-Zamówienia, co od dnia 11 marca 2019 roku nie było zgodne z prawdą, czyli nie została wdrożona na jego rzecz. W ocenie Izby w wyniku porozumienia między podmiotami prywatnymi wykonany został tylko element systemu, nie wykazano natomiast, aby gotowy system teleinformatyczny w rozumieniu wyznaczonym w warunku udziału powstał.

#### Ad 2 (Kryterium An)

Izba ustaliła, że w załączonym do oferty odwołującego Portal PZP wykazie osób, przedłożonym na formularzu załącznika 1e do s.i.w.z., wskazano, iż osoba wyznaczona na stanowisko Analityka (An) uczestniczyła w dwóch projektach. W pierwszym z nich pn. „Wdrożenie produkcyjnego systemu ISOK” od dnia 6 listopada 2018 r. do dnia 19 lutego 2019 r., a w drugim — pn. „Budowa oraz rozwój e-usług i narzędzi w ramach projektów CAPA, ZSIN Faza II i K GESUT wraz ze szkoleniem” od dnia 1 kwietnia 2018 r. do dnia 31 października 2018 r.

Zgodnie z zapisami s.i.w.z., zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia w projekcie roli Analityka wykazała się wiedzą i doświadczeniem poprzez łączne spełnienie następujących warunków:

- a. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił rolę analityka i opracowywał dokumenty analityczne dla systemów teleinformatycznych, w minimum 2 projektach informatycznych, o wartości każdego z nich co najmniej 2 000 000 zł brutto obejmujących zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego zbudowanego w oparciu o mikroserwisy, przez co najmniej 6 miesięcy w każdym z nich, przy czym w jednym z nich pełnił rolę głównego analityka,
- b. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w modelowaniu systemów z wykorzystaniem UML w wersji 2.4 lub wyższej, w co najmniej 1 projekcie,
- c. posiada co najmniej jeden z certyfikatów:

Entry Certificate in Business Analysis (ECBA), Certification of Competency in Business Analysis (CCBA), Certified Business Analysis Professional (CBAP), OCUP 2 (Foundation lub Intermediate lub Advanced); Eu OCEB 2 (Fundamental lub Technical Intermediate lub Technical Advanced lub Business Intermediate lub Business Advanced); Certified Professional

for Requirements Engineering — CPRE (Foundation lub Advanced lub Expert) lub równoważny.

W treści załączonego wykazu odwołujący Portal PZP wskazał osobę niespełniającą warunku w zakresie wymaganej długości czasu, tj. 6 miesięcy przy każdym z dwóch wykonywanych projektów. Odwołujący Portal PZP wykazał, że wskazana osoba uczestniczyła przy wykonaniu dwóch projektów, przy czym w pierwszym z nich – od dnia 6 listopada 2018 r. do dnia 19 lutego 2019 r., tj. przez okres około 3,5 miesiąca, a w drugim – od dnia 1 kwietnia 2018 r. do dnia 31 października 2018 r., tj. przez okres 7 miesięcy. Tylko drugi z projektów spełnia warunek w zakresie wymaganych 6 miesięcy. Tym samym zamawiający zasadnie odmówił odwołującemu Portal PZP przyznania punktów w ramach ww. kryterium.

Odwołujący Portal PZP podniósł w odwołaniu, że omyłkowo wpisał datę zakończenia wdrożenia systemu informatycznego, zamiast daty zakończenia pełnienia roli analityka i opracowania dokumentów analitycznych dla systemu teleinformatycznego”. Stwierdzono także, że: „zasugerowano się datą zakończenia wdrożenia systemu, który był wykazywany w ramach warunku określonego w pkt 3.1., natomiast prace analityczne i opracowywania dokumentacji trwały nadal, również w fazie rozwoju i utrzymania tego systemu zgodnie z poniżej wskazanymi dowodami”

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania odwołującego Portal PZP do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. w zakresie wiedzy i doświadczenia analityka i programisty, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XI s.i.w.z. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, przyznanie punktów w kryteriach pozacenowych w odniesieniu do personelu wykonawcy było możliwe w przypadku wykazania przez wykonawcę dodatkowych usług oprócz usług wykazywanych w odniesieniu do Dewelopera/Programisty oraz Analityka na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w treści s.i.w.z (rozdział XI), wskazał, że wykaz, o którym mowa w Rozdziale V s.i.w.z. w zakresie dotyczącym Kierownika Zespołu, Architekta IT i Analityka nie podlega procedurze wyjaśniania, poprawiania i uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zgodnie z rozdz. VI ust. 7 s.i.w.z., na podstawie art. 26 pkt 2f ustawy P.z.p. zamawiający wzywa do złożenia wraz z ofertą:

1) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich

kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, składanego na potwierdzenie kryteriów pozacenowych, którego wzór stanowi Załącznik nr 1d do s.i.w.z.

2) wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, w zakresie takim, w jakim wykonawca wykazuje dysponowanie tymi osobami, składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, którego wzór stanowi Załącznik nr 1e do s.i.w.z.

Zgodnie ze wskazanymi wyżej ustaleniami, odwołujący Portal PZP, w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia roli Analityka nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, albowiem ww. osoba w jednym z projektów, tj. w projekcie pn. „Wdrożenie produkcyjne systemu ISOK” nie pełniła wymaganej funkcji przez co najmniej 6 miesięcy. Podkreślić należy, że zamawiający, na podstawie danych zawartych w wykazie, nie miał podstaw do kwestionowania podanej daty końcowej i wszczynania w tym zakresie postępowania wyjaśniającego. Wyjaśnienie i zmiana końcowej daty w zakresie pełnienia roli analityka w wykazanym projekcie byłoby ponadto równoznaczne ze zmianą treści oferty, z uwagi na charakter złożonych wykazów. Zamawiający nie uznał jednego z projektów przedstawionych w wykazie nr 1e do s.i.w.z. za spełniający określone w s.i.w.z. wymagania, co w konsekwencji uniemożliwiło zamawiającemu przyznanie punktów w ramach kryterium. Natomiast w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia roli Dewelopera, zamawiający nie uznał usługi wskazanej w załączniku 1d do s.i.w.z. (prace przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM) w Platformie e-Zamówienia).

Izba nie podziela stanowiska odwołującego Portal PZP, jakoby zamawiający był uprawniony i obowiązany do wyjaśnienia i uzupełnienia treści złożonych wykazów na podstawie art. 26 ust. 3, 4 i art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z s.i.w.z. nie było możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy P.z.p. do wykazów osób składanych w celu dokonania oceny ofert w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Odwołujący Portal PZP nie zakwestionował w stosownym momencie wskazanych postanowień s.i.w.z. Podnoszenie zarzutów wobec treści s.i.w.z. na etapie oceny ofert należy uznać za spóźnione stosownie do treści art. 182 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony podniesiony w odwołaniu Portalu PZP zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pentacomp, pomimo iż ich złożenie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżanie wartości Usługi Utrzymania w ofercie i przesunięcie kosztów realizacji tego etapu do etapu budowy Platformy e-Zamówienia.

Zgodnie z rozdz. X ust. 4 s.i.w.z., cena za świadczenie usług utrzymania przez okres 12 miesięcy stanowi iloczyn miesięcznej ceny za świadczenie usług utrzymania, zgodnie z wymaganiami opisanymi w s.i.w.z. i 12 (liczba miesięcy, w których usługa będzie świadczona). W cenie tej wykonawca zobowiązany jest ująć wszelkie koszty wykonawcy związane z utrzymaniem Platformy e-Zamówienia zgodnie z OPZ, przy czym cena ta nie może być niższa niż 5% ceny oferty. Z kolei, cena za 2 000 roboczogodzin Asysty Technicznej przeznaczonych na modyfikację Platformy w okresie świadczenia usług utrzymania stanowi iloczyn jednostkowej ceny za jedną roboczogodzinę i 2 000 (maksymalna liczba roboczogodzin), przy czym cena ta nie może być mniejsza niż 10% sumy cen, o których mowa w pkt. 2.2 i 2.3 s.i.w.z.

Wskazany wyżej wymóg dotyczący minimalnej wysokości ceny za świadczenie usług utrzymania świadczy o tym, że zamawiający stworzył system zabezpieczenia się przed przesuwaniem kosztów realizacji usługi pomiędzy poszczególnymi etapami. Jeżeli, w ocenie odwołującego Portal PZP, mechanizm ten nie był skutecznym zabezpieczeniem, mógł on wnieść odwołanie na tę część s.i.w.z. Ponieważ tego nie zrobił, wskazane postanowienie s.i.w.z. stało się ważne i obowiązujące zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Jednocześnie, Izba podkreśla, że nie było oddzielnie wydzielonych cen dla I i II etapu, a przedstawiona na rozprawie argumentacja nie ma odzwierciedlenia w s.i.w.z. Podkreślenia wymaga, że złożona przez Pentacomp oferta spełnia wymogi w zakresie postawionych limitów. Nie było błędem ustalenie limitu na poziomie dokładnie 5%, przy czym odwołujący Portal PZP nie wykazał, by nastąpiło sztuczne przeniesienie kosztów między etapami lub też zawyżenie lub zaniżenie wartości określonych kosztów za poszczególne elementy zamówienia w ramach etapów.

Niezależnie od powyższego, Pentacomp wykazał, że na jego cenę składają się dwa elementy: koszty osobowe i koszty chmury obliczeniowej. Pentacomp złożył do akt sprawy dowody w postaci umów zawartych z pracownikami zatrudnionymi na poszczególnych stanowiskach, uzasadniając ponoszone koszty osobowe. Złożył również ofertę handlową dotyczącą dostarczenia licencji oraz wsparcia w obszarze Microsoft Azure. Z przedłożonej oferty wynika, że Pentacomp uzyskał upust od ogólnie obowiązujących cen. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że cena usług utrzymaniowych została przez niego zaniżona.

Wskazać również należy, że odwołujący Portal PZP, konstruując i uzasadniając zarzut, przyjął pewne założenia, które mogą różnić się od założeń przyjętych przez innych wykonawców. Wyliczenia odwołującego nie opierają się bowiem o konkretne wymogi s.i.w.z.,

ale o przypuszczenia odwołującego Portal PZP, które nie znajdują odzwierciedlenia w kalkulacji przyjętej przez Pentacomp.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty naruszenia:

- przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy European Dynamics pomimo, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia dotyczącym roli Ekspert ds. bezpieczeństwa, przedkładając Wykaz osób i wprowadzając w błąd wyjaśnienia,
- przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy European Dynamics pomimo, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia wykazania roli Ekspert ds. bezpieczeństwa przedkładając wprowadzający w błąd Wykaz osób, a następnie wprowadzając w błąd wyjaśnienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią rozdziału IV pkt I ppkt 3.3.4 s.i.w.z., zamawiający w odniesieniu do osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Eksperta ds. bezpieczeństwa, wymagał, aby osoba ta spełniała kumulatywnie następujące warunki:

- a) posiadała ważny certyfikat CISA (Certified Information Security Manager) lub ważny certyfikat CISSP (Certified Information Security Systems Professional) lub równoważny potwierdzający uprawnienia audytora IT,
- b) przeprowadziła audyt w zakresie kontroli bezpieczeństwa w co najmniej 2 (dwóch) projektach informatycznych, z których każdy polegał na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert,
- c) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję eksperta ds. bezpieczeństwa, w sumie przez okres minimum 12 miesięcy, w co najmniej 2 projektach, z których każdy obejmował budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet, posiadających zabezpieczenia zgodne z normą PN4SO/IEC 27001:2014-12, o wartości minimum 2 000 000 brutto każdy.

Dodatkowo w rozdz. IV s.i.w.z. zamawiający postawił następujący wymóg dotyczący certyfikatów:

*Wszystkie certyfikaty posiadane przez osoby wskazane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia muszą być aktualne na dzień wyznaczony przez Zamawiającego, jako dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.*

Wykonawca European Dynamics w treści wykazu przedstawionym na załączniku nr 1d do s.i.w.z. wskazał, że funkcję Eksperta ds. bezpieczeństwa będzie pełnił Pan V. P. W odniesieniu do wskazanej osoby wykonawca podał, iż posiada ona certyfikat CISA, zaś w rubryce „koniec” podał datę 30.09.2004 r.

Zamawiający pismem z dnia 30 października 2019 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień „czy data 30 września 2004 r. wskazana przy certyfikacie CISA, który posiada osoba wskazana do pełnienia roli Eksperta ds. bezpieczeństwa nie oznacza wygaśnięcia certyfikatu”. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 11 listopada 2019 r. poinformował, iż „potwierdza, iż data 30.09.2004 r. wskazana w certyfikacie CISA, w której wyznaczono osobę pełniącą funkcję eksperta ds. Bezpieczeństwa, nie oznacza wygaśnięcia ważności certyfikatu. Data 30.09.2004 r. jest datą wydania certyfikatu CISA.”

W pierwszej kolejności Izba przeanalizowała treść tabeli zamieszczonej w załączniku 1d do s.i.w.z. i skonstatowała, że wymóg podania informacji w zakresie daty początkowej i końcowej nie dotyczył ważności certyfikatu, ale okresu realizacji inwestycji podanych jako wymagane doświadczenie wskazanej osoby. Świadczy o tym tytuł rubryki w brzmieniu: „Czas realizacji (od dzień-miesiąc-rok do dzień-miesiąc-rok)”. Trudno zakładać, żeby sformułowanie „Czas realizacji” odnosił się do dat ważności certyfikatu.

Izba ustaliła, że zamawiający nie wzywał przystępującego European Dynamics do jednoznacznego wskazania, czy certyfikat CISA, wydany dla Pana V. P. był ważny na dzień składania ofert ani też do podania daty ważności certyfikatu. Przedstawionymi w wyjaśnieniach informacjami ED nie wprowadziło zatem zamawiającego w błąd, czy to w sposób celowy, czy też niezamierzony. Złożone wyjaśnienia nie odnosiły się bowiem do daty ważności certyfikatu. Element ten nie był przedmiotem badania zamawiającego i wyjaśnień przystępującego ED.

Dokonując oceny zarzutu Izba doszła jednakże do przekonania, że istnieją wątpliwości w zakresie tego, czy w dniu składania ofert certyfikat był ważny.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych w postępowaniu, w tym z certyfikatu ISACA 0436794, korespondencji mailowej z prezesem Stowarzyszenia ISACA Warszawa, wydruków ze strony internetowej isaca.org, Polityki ciągłego doskonalenia

zawodowego (CPE) w zakresie certyfikatów CISA, oświadczeń członków zarządu Stowarzyszenia ISACA Warszawa, wydruków z mediów społecznościowych i ustaliła, że certyfikaty CISA wydawane przez stowarzyszenie ISACA nie są wydawane bezterminowo (CPE str. 2) oraz że z informacji na stronie internetowej isaca.org wynika, że certyfikat CISA nr 0436794 wydany na nazwisko V. P. wygaś.

Wskazując na powyższe Izba doszła do przekonania, iż fakt posiadania ważnego certyfikatu przez Pana V. P. budzi zastrzeżenia. Należy zaznaczyć, że przystępujący European Dynamics nie złożył żadnego dowodu, z którego wynikałoby w sposób niebudzący wątpliwości, że certyfikat jest ważny. Przystępujący ograniczył się do kwestionowania wiarygodności złożonych dowodów, niemniej jednak sam dowodu takiego nie złożył. Przystępujący European Dynamics podnosił jedynie, że niektóre z certyfikatów CISA są terminowe, inne zaś bezterminowe i na tę okoliczność przedłożył certyfikat innej osoby, Pana G. F., ze wskazanymi terminami wydania (24.02.2010 r.) i wygaśnięcia (31.01.2020 r.).

Ze złożonych przez odwołującego Portal PZP pisemnych wyjaśnień członków zarządu Stowarzyszenia ISACA Warszawa, Pana P. S. i Pana D. Cz. (pkt 2 oświadczeń z dnia 14 stycznia 2020 roku) wynika, że do 2007 roku okres ważności nie był drukowany na certyfikatach papierowych, przesyłanych przez ISACA ich posiadaczom. Od roku 2007 zaczęto drukować datę ważności certyfikatu. Do tej informacji przystępujący European Dynamics w ogóle się nie odniósł.

Podkreślenia jednakże wymaga, iż skuteczne zakwestionowanie ważności certyfikatu nie jest w rozpoznawanym przypadku równoznaczne ze stwierdzeniem, że przystępujący European Dynamics wprowadził zamawiającego w błąd, w związku z czym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy P.z.p. Stuprocentowego dowodu na wykazanie podnoszonych okoliczności nie przedłożył również odwołujący Portal PZP. Wszystkie złożone dowody jedynie w sposób pośredni wskazują na utratę ważności certyfikatu.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 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 16),

- 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 (pkt 17).

Wykazanie, że w danej ofercie znalazły się nieprawdziwe informacje, powoduje bezwzględne wykluczenie wykonawcy z postępowania bez możliwości uzupełnienia przez niego dokumentów. Aby to jednak stwierdzić, nie wystarczy samo podejrzenie, iż wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Okoliczność ta powinna zostać potwierdzona niezbitymi dowodami. Dowodem takim byłoby na przykład oświadczenie stowarzyszenia ISACA, że Pan V. P. nie posiada ważnego certyfikatu CISA, jednakże taki dowód nie został złożony.

Tym samym, w ocenie Izby nie zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i zarzuty odwołania wykonawcy Portal PZP w tym zakresie oddaliła.

Izba nie uwzględniła również podniesionego przez odwołującego Portal PZP z ostrożności zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania European Dynamics do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania roli ds. Eksperta ds. bezpieczeństwa. Jako że dysponowanie Ekspertem ds. bezpieczeństwa spełniającym wskazane w s.i.w.z. wymogi było warunkiem udziału w postępowaniu, w przypadku powstania wątpliwości takich jak stwierdzone w niniejszym postępowaniu, zamawiający byłby zobowiązany do zastosowania wobec przystępującego art. 26 ust. 3 i wezwania go do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów, tym bardziej, że nie zapytał wcześniej przystępującego o to, czy certyfikat CISA Pana V. P. jest ważny ani też, jaka jest/była data jego wygaśnięcia. Jednakże, z uwagi na treść art. 26 ust. 3 *in fine* ustawy P.z.p., zgodnie z którą zamawiający nie wzywa wykonawcy, jeżeli jego oferta podlega odrzuceniu, a z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie, Izba nie uwzględniła zarzutu i nie nakazała zamawiającemu zastosowania wskazanego przepisu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia złożonych przez przystępującego European Dynamics wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, Izba ustaliła, że zamawiający wystosował do przystępującego European Dynamics pismo z dnia 18 października 2019 roku następującej treści:

*Zamawiający – Urząd Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843.), zwanej dalej ustawą Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących*



elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z uwagi na to, że cena złożonej przez Państwa oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w SIWZ wymaganiami i zaoferowanymi w ofercie dodatkowymi kryteriami i jednocześnie spełnia wyrażone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do badania oferty pod kątem możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, proszę o udzielenie wyjaśnień i przedstawienia szczegółowej kalkulacji będącej podstawą do ustalenia ceny oferty, w sposób umożliwiający ocenę przez Zamawiającego, czy cena nie jest rażąco niska.

W świetle przepisów ustawy Pzp wyjaśnienia i złożone wraz z nimi dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, powinny w szczególności uwzględniać oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Państwa, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej wynikającej z obowiązujących przepisów lub pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów. Dodatkowo w wyjaśnieniach proszę wskazać w jaki sposób zostały w Państwa ofercie skalkulowane koszty realizacji poszczególnych modułów i komponentów wskazanych w OPZ w szczególności ujmując w wyjaśnieniach następujące elementy kosztotwórcze:

- 1) Koszt licencji i dostawy gotowego oprogramowania podmiotów trzecich narzędzia BI w postaci dostępowej (dostępu jednoczesnego) dla 200 użytkowników oraz 5 licencji nazwanych użytkowników zaawansowanych – deweloperów aplikacji (zdefiniowanych zestawów dashboardów) z uwzględnieniem wydłużonego o 24 miesiące okresu licencji zaoferowanego w ramach kryterium oceny ofert,
- 2) Koszty związane z nabyciem usług pozwalających na zapewnienie zasobów IT w chmurze obliczeniowej wraz z administracją tymi usługami począwszy od uruchomienia pierwszego produktu w etapie II do upływu 3 miesięcy od Końcowego Odbioru Platformy (faza I realizacji zamówienia),
- 3) Koszty projektowania zorientowanego na użytkownika (UX) uwzględniające WCAG 2.1, zgodnie z zapisami w OPZ,
- 4) Przyjęty poziom ryzyk projektowych wraz z ich kosztami,
- 5) Koszty obecności personelu kluczowego Zespołu Wykonawcy na spotkaniach, w siedzibie Zamawiającego w tym na spotkaniach scrumowych dotyczących planowania i przeglądu poszczególnych sprintów, zgodnie z zapisami w OPZ,

6) *Wysokość zakładanych kosztów wynagrodzeń personelu zaangażowanego w realizację projektu wraz z przyjętą stawką uwzględniającą personel kluczowy, personel wskazany w rozdziale XVIII OPZ oraz inny niezbędny do realizacji ze wskazaniem również liczby osobodni na poszczególnych etapach realizacji zamówienia,*

7) *Koszty związane z administrowaniem projektem w tym koszty zapewnienia tłumacza na każdym etapie realizacji projektu,*

8) *Zakładana kwota zysku Wykonawcy za realizację przedmiotu umowy.*

*Jednocześnie przypominam, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a Zamawiający będzie zmuszony odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wraz z dowodami podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Konsorcjum, należy przesłać na adres e-mail: [zamowieniauzp@uzp.gov.pl](mailto:zamowieniauzp@uzp.gov.pl) lub przez formularz do komunikacji na miniPortalu (bez szyfrowania) do dnia 24.10.2019 r. do godz. 9:00.*

W dniu 23 października 2019 roku przystępujący European Dynamics złożył żądane wyjaśnienia i wniósł o ich potraktowanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa i ich nieujawnianie podmiotom trzecim bez uprzedniej zgody przystępującego. W przedmiotowym piśmie przystępujący European Dynamics zamieścił uzasadnienie zastrzeżenia informacji.

Uzasadnienie zastrzeżenia zostało przez pełnomocnika przystępującego ujawnione na rozprawie w dniu 7 stycznia 2020 roku. W tym też zakresie podniesiony w odwołaniu Portal PZP zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, przedłożonych w ofercie European Dynamics stał się bezprzedmiotowy i – jako taki – podlegał oddaleniu. Izba jedynie pogłądowo wskazuje w tym zakresie za postanowieniem z 21.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 1153/17: "(...) art. 8 ust.3 ustawy Pzp w zdaniu 1 stanowi: "3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". To oznacza, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji samo w sobie nie powinno stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem wykonawca zasadność wyłączenia jawności informacji [ich zastrzeżenia] ma wykazać nie tylko

*przed zamawiającym, ale także wobec konkurujących z nim wykonawców. Jednakże hipotetycznie zakładając, jeżeli, z jakichś przyczyn obiektywnych, w uzasadnieniu decyzji o zastrzeżeniu danych informacji, konieczne jest wskazanie na elementy, które także spełniają wymagania z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, to wykonawca powinien je przedstawić, przykładowo - chociażby z praktycznych powodów - na odrębnych kartach. (...)"*

Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przystępujący wskazał:

*Zastrzegamy informacje przedstawione w niniejszym piśmie w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zmian., dalej: „UZNK”). Powyższego zastrzeżenia nie ograniczają wskazania w tekście odnośnie poufności poszczególnych fragmentów, które mają na celu jedynie wyróżnienie szczególnie ważnych dla nas informacji. Wskazujemy, iż informacje, które utajniamy spełniają przesłanki zawarte w powołanym artykule UZNK, tj.*

*1 informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,*

*2 nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,*

*3 podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

Przystępujący European Dynamics nie poparł zastrzeżenia żadnymi dowodami, nie wyjaśnił również, jakiego rodzaju działania podjął w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy P.z.p, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał jednak przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. W szczególności wykonawca powinien wskazać, jakiego rodzaju działania podjął w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, i jednocześnie złożyć dowody na ich podjęcie.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują rodzaju lub zakresu środków, do których podjęcia zobowiązany jest wykonawca. Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależą będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy.

W ramach podejmowanych środków można wyróżnić fizyczne oraz prawne środki ochrony informacji. Fizyczne środki ochrony informacji mogą polegać w szczególności na:

- klasyfikacji i znakowania poufnych informacji,
- ograniczeniu dostępu oraz fizycznej ochrony miejsc przechowywania informacji,
- zabezpieczeniu nośników, szyfrowaniu danych zapisanych w postaci elektronicznej,
- zastosowaniu zabezpieczeń systemów informatycznych.

Natomiast prawne środki ochrony informacji polegać mogą w szczególności na:

- zobowiązaniu pracowników do zachowania w poufności udostępnionych informacji,
- wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami,
- zawieraniu umów o zachowaniu w poufności informacji udostępnionych w toku negocjacji,
- oznakowaniu dokumentów, poczty elektronicznej (klauzule o zachowaniu poufności informacji).

Izba wskazuje w tym kontekście za orzecznictwem (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.03.2018 r., sygn.. akt: KIO 287/18, że: „(...) *Odwołujący nie sprostął także ciężarowi wykazania, że podjęte zostały przez niego niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz mają to być działania "niezbędne." Działania "niezbędne" to innymi słowy działania skuteczne w tym*

znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy (por. m.in. wyrok KIO z 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 703/17). (...) Odwołujący nie wskazał jakie metody i sposoby ochrony informacji zastosował w stosunku do informacji, których poufność zastrzegł w przedmiotowym postępowaniu, nie wyjaśnił jakie procedury w tym zakresie stosowane są w jego firmie, w szczególności czy wdrożono u niego stosowne polityki bezpieczeństwa informacji, czy stosuje jakiegokolwiek klauzule poufności w umowach z pracownikami, współpracownikami, podwykonawcami, czy też podjął jakieś inne niż wskazane przykładowo powyżej działania w celu zachowania poufności informacji. Zaniechanie to uniemożliwiło Zamawiającemu przeanalizowanie po pierwsze czy Odwołujący faktycznie wdrożył procedury w celu ochrony informacji poufnych, a po drugie czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności. (...) W ocenie Izby wykazanie powyższych okoliczności nie było obiektywnie problematyczne czy utrudnione, jak wskazywano już bowiem powyżej, działania w celu zachowania poufności określonych informacji co do zasady przybierają materialną postać (wewnątrzorganizacyjne regulaminy, klauzule stosowane w umowach z pracownikami czy kontrahentami, etc.).”

W złożonym przez przystępującego European Dynamics zastrzeżeniu zabrakło jakichkolwiek informacji co do rodzaju i zakresu podjętych działań. Trudno zatem ustalić, czy w ogóle jakikolwiek działania zostały podjęte.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający i przystępujący European Dynamics powołali się na złożony wraz z ofertą przystępującego certyfikat potwierdzający stosowanie systemu zarządzania według ELOT ISO/IEC 27001:2013 i stwierdzili, że może on stanowić dowód utajnienia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący złożył do akt sprawy normę ISO/IEC 27001 wskazując, że określa ona wymagania w zakresie systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego European Dynamics. Ze złożonego certyfikatu wynika bowiem, że European Dynamics SA stosuje System Zarządzania zgodny ze wskazaną normą jedynie w zakresie Platformy Usług Hostingowych świadczonej jako usługa dla klientów European Dynamics. Chodzi tu zatem o bezpieczeństwo danych dotyczących klientów i ich kont. Są to zatem dane zupełnie innego rodzaju niż te, które przystępujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba ponownie wskazuje na treść art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p, z którego wynika, że zakaz ujawniania dotyczy konkretnych, wskazanych przez wykonawcę informacji (w tym przypadku wyjaśnień w zakresie elementów ceny), wobec

których wykonawca wykazał, że właśnie one stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wobec nich zostały podjęte określone działania w celu zachowania ich poufności. Nie chodzi tu zatem o jakiegokolwiek informacje dotyczące wykonawcy lub jemu udostępnione, ale o informacje ściśle określone i sprecyzowane.

Bez znaczenia dla oceny niniejszego zarzutu pozostaje fakt, że przystępujący European Dynamics złożył takie samo uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w innym postępowaniu, prowadzonym przez Ministerstwo Cyfryzacji, i zostało ono uznane za skuteczne i wystarczające. Czynności podejmowane przez innych zamawiających i w innych postępowaniach w polskim systemie prawnym nie stanowią podstawy oceny czynności podejmowanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazać również należy, że dla oceny zarzutu nie ma również znaczenia, iż przystępujący European Dynamics jest podmiotem zagranicznym, nieznaną specyfiką postępowań na rynku polskim. Zamawiający w rozdz. X pkt 6 s.i.w.z. podał w sposób konkretny i jednoznaczny, w jaki sposób należy zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Były to zasady jednakowo określone dla wszystkich podmiotów zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu.

Izba uznała za uzasadniony zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego European Dynamics na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., tj. z uwagi na fakt, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut nr 2 odwołania Pentacomp oraz nr 3 odwołania Portal PZP).

Szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z „Protokołem postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego” dla I części zamówienia wyniosła 17 570 756,91 zł, co stanowi równowartość 4 075 134,38 euro.

Izba ustaliła, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie I części zamówienia kwotę 21 612 031,00 zł brutto.

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny za realizację I części zamówienia:

- przystępujący European Dynamics – 11 989 700,00 zł brutto
- odwołujący Portal PZP – 23 496 690,00 zł brutto
- odwołujący Pentacomp – 28 167 000,00 zł brutto

Pismem z dnia 18 października 2019 roku zamawiający wezwał wykonawcę European Dynamics do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny (treść pisma została wskazana wyżej w niniejszym orzeczeniu).

Przystępujący European Dynamics pismem z dnia 23 października 2019 roku odniósł się do zadanych przez zamawiającego pytań.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., 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:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 1a, 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.

Ponieważ cena oferty przystępującego European Dynamics jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o



ponad 30% i nie zaszyły przesłanki wyłączające zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., o których mowa *in finito* wskazanego przepisu, czynność zamawiającego dotyczącą wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną. Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 8 maja 2018 r., sygn. akt KIO 769/18: „(...) *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) przewiduje obowiązek zamawiającego wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy spełnione są przesłanki arytmetyczne, tj. przekroczony jest próg 30% w stosunku do wartości zamówienia albo do średniej arytmetycznej złożonych ofert, bądź gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego*”.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Jednocześnie należy zauważyć za orzecznictwem, że: „(...) *Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) możliwe jest dopiero w przypadku uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, wszczętego przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 albo art. 90 ust. 1a ww. ustawy*” (wyrok KIO z 27.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1164/18).

Izba wskazuje, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., winien w szczególności odnieść się do treści wystosowanego wezwania i udzielić informacji w zakresie wszystkich okoliczności, o które został zapytany. W rozpoznawanym przypadku, w I części wezwania, przystępujący European Dynamics został poproszony o uwzględnienie w złożonych wyjaśnieniach oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej wynikającej z obowiązujących przepisów lub pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Dodatkowo zamawiający wskazał na konieczność złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, przy czym wyraz „dowody” został przez niego podkreślony. Zwrócenie szczególnej uwagi na konieczność złożenia dowodów pozwala przypuszczać, że zamawiający przywiązywał do tej okoliczności istotną wagę.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przystępujący w pierwszej części wyjaśnień wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. duże doświadczenie w

realizacji dużych projektów informatycznych w dziedzinie elektronicznych zamówień i oparcie projektu na opracowanym już projekcie e-PPS. Przystępujący nie wskazał, w jaki sposób i w jakim wymiarze okoliczności te miałyby wpłynąć na obniżenie ceny oferty. Inaczej mówiąc, Przystępujący powinien wskazać, o ile wpłynęło to na obniżenie jego kosztów. W tym wypadku Izba powołuje się na wyrok KIO z 14.06.2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18 zgodnie z którym: *„Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny.”*

Przystępujący European Dynamics, stosownie do wezwania wystosowanego przez zamawiającego, obowiązany był wskazać koszt licencji i dostawy gotowego oprogramowania podmiotów trzecich narzędzia BI w postaci dostępowej (dostępu jednoczesnego) dla 200 użytkowników oraz 5 licencji nazwanych użytkowników zaawansowanych – deweloperów aplikacji (zdefiniowanych zestawów dashboardów) z uwzględnieniem wydłużonego o 24 miesiące okresu licencji zaoferowanego w ramach kryterium oceny ofert.

Obydwaj odwołujący w odwołaniach wskazywali na znaczenie czynnika kosztu licencji BI. Odwołujący Portal PZP wskazał kwotę 1,7 mln zł netto za okres 45 miesięcy (przystępujący European Dynamics przedłużył o 24 miesiące okres licencji w ramach jednego z kryteriów oceny ofert, na mocy którego otrzymał 5 pkt. – rozdz. XI pkt 5.4. s.i.w.z.), natomiast odwołujący Pentacomp – kwotę 2,2 mln zł w okresie 36 miesięcy. Odwołujący Pentacomp powołał się na publicznie dostępne cenniki, na podstawie których dokonał stosownych wyliczeń.

Przystępujący European Dynamics w wyjaśnieniach wskazał koszt licencji BI za okres 44 miesiące w kwocie o wiele niższej niż wynikająca z ogólnie dostępnych cenników i wskazywana przez odwołujących. Powołał się na okoliczność uzyskania zniżek i stwierdził, że cena, którą oferuje, obejmuje rabat, który został przeniesiony na UZP.

Fakt otrzymania rabatu nie został przez przystępującego w żaden sposób udowodniony. Podkreślenia wymaga, że tego rodzaju okoliczność wymaga złożenia dowodu,

np. w postaci zindywidualizowanej oferty od dostawcy licencji. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, wyrażonego na rozprawie, iż informacja o rabatach udzielanych przez inne firmy nie ma znaczenia dla oceny zarzutu. Jest dokładnie przeciwnie. Wykonawca obowiązany jest wskazać wysokość otrzymanego rabatu, jego wpływ na zaoferowaną cenę oraz dowody potwierdzające fakt jego otrzymania. Brak dowodów powoduje, że wyjaśnienia przystępującego pozostają jedynie gołosłownymi twierdzeniami, które nie uzasadniają zaoferowanej ceny.

Izba w tym kontekście zwraca uwagę, tj. w zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, że: *„W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność.”* Podobnie w wyroku KIO 17.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2520/18.

W następnej kolejności zamawiający wezwał przystępującego do wskazania kosztów związanych z nabyciem usług pozwalających na zapewnienie zasobów IT w chmurze obliczeniowej wraz z administracją tymi usługami począwszy od uruchomienia pierwszego produktu w etapie II do upływu 3 miesięcy od Końcowego Odbioru Platformy (faza I realizacji zamówienia).

Odwołujący, powołując się na ogólnie dostępne cenniki i oferty dotyczące takich produktów, jak Google Cloud Platform, Microsoft Azure, Amazon AWS, wskazali, że koszt usługi wynosi ponad 4 mln zł. Jest to znaczny koszt w odniesieniu do kosztu globalnego, w związku z czym w tym przypadku przystępujący European Dynamics winien był wskazać, wyjaśnić i udowodnić koszt tej usługi w zaoferowanej cenie i złożonych wyjaśnieniach. Tymczasem przystępujący w ogóle nie podał kosztu usługi chmurowej, przez co jego wyjaśnienia w tym zakresie nie są w żaden sposób miarodajne. Przystępujący wskazał jedynie koszt aktualizacji infrastruktury chmury. Nieuwzględnienia tego kosztu nie może tłumaczyć faktem zaoferowania własnej chmury. Okoliczność ta nie powoduje, że przystępujący nie ponosi jakichkolwiek kosztów udostępnienia zasobów chmurowych, wspomnieć chociażby

można o kosztach udzielenia licencji na korzystanie z tych zasobów przez zamawiającego. W złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach trudno poszukiwać tego rodzaju elementów wyceny.

Trudno zatem ocenić, na podstawie czego zamawiający stwierdził, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego European Dynamics potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślić należy, że zamawiający sam zadał przystępującemu pytanie o koszt usługi chmurowej, winien zatem zauważyć, że koszt ten nie został podany, i konsekwentnie uwzględnić tę okoliczność w ocenie złożonych wyjaśnień. Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 24.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1806/18: „Podnieść należy, że ocena ceny wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pod kątem jej rażąco niskiego charakteru może być dokonana wyłącznie na podstawie tychże wyjaśnień, które z kolei winny stanowić adekwatną do oczekiwań zamawiającego, wyartykułowanych w treści wezwania, odpowiedź.”

Nadto, zgodnie z orzecznictwem (za wyrokiem KIO z 4 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2387/18: „(...) Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że owo udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym”

W ocenie Izby, przystępujący nie wyjaśnił też kosztów administracji usług chmurowych, lecz jedynie podał ich średnią miesięczną wysokość (łącznie z kosztami serwerów produkcyjnych, programistycznych, testowych i szkoleniowych oraz przepustowości) oraz wartość łączną. Izba ponownie podkreśla, iż wyjaśnienia w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny nie mogą polegać wyłącznie na podaniu przyjętych wartości, ale wymagają również wskazania, z czego dane wartości wynikają, oraz przedłożenia dowodów na ich poparcie.

Odwołujący Portal PZP podniósł, że jeżeli przystępujący European Dynamics skalkulował realizację zamówienia w oparciu o swoje gotowe oprogramowanie ePPS, niezbędne jest wykazanie licencji oprogramowania ePPS, rocznych usług utrzymania ePPS, procesu analizy rozbieżności pomiędzy oprogramowaniem ePPS a wymaganiami opisanymi w s.i.w.z. wraz z wyceną pracochłonności niezbędnych zmian oraz wyłączenia liczby 6 500 godzin wycenionych według stawki 250 zł netto.

Z kolei odwołujący Pentacomp podniósł, że przystępujący European Dynamics winien dostosować system ePPS do wymogów WCAG, co – w ocenie odwołującego Pentacomp – powinno wynieść 300 tys. zł (144 dniówki x 8 godzin x 260 zł). Z wyjaśnień wynika, że koszt ten zostały ujęty w cenie oferty przystępującego i wskazany w wyjaśnieniach, Izba uważa natomiast, że wysokość tego kosztu może się różnić w wycenie poszczególnych ofert. Wysokość tego kosztu w ofercie przystępującego nie odbiegała od wartości podanej przez odwołującego.

Faktem jest, że przystępujący European Dynamics w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, że zamierza oprzeć realizację zamówienia o gotowe oprogramowanie ePPS. Jak już wspomniano, przystępujący nie wskazał jednak żadnych kosztów związanych z wykorzystaniem własnego oprogramowania, w szczególności kosztów licencji i przystosowania, mimo że wykorzystanie istniejącego oprogramowania generuje określone koszty i koszty te winny być przez przystępującego wskazane.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, że przystępujący nie był pytany o koszty licencji innych niż BI, Izba wskazuje, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający wezwał przystępującego do wskazania m.in. wybranych rozwiązań technicznych. Oparcie realizacji zamówienia o istniejące oprogramowanie jest bez wątpienia wybranym rozwiązaniem technicznym. Skoro przystępujący wskazał na nie w złożonych wyjaśnieniach, obowiązany był również podać koszty jego zastosowania oraz oszczędności, które z tego faktu wyniknęły. Żadna taka informacja w wyjaśnieniach przystępującego European Dynamics się nie znalazła. Nadto twierdzenia zamawiającego z rozprawy, że w ramach wzoru umowy i tak wykonawca będzie musiał przekazać stosowne prawa autorskie a w ostateczności przepisze stosowne rozwiązanie stanowiło jedynie i wyłącznie (w szczególności co do ostatniej kwestii) założenie zamawiającego nie mające oparcia w złożonych wyjaśnieniach.

Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone m.in. w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16: „(...) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (...), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (...) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...). Można rzec, zamawiający

*"wyręcza" wykonawcę (...) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (...)"*.

Zamawiający nie jest także uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione. Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie KIO (wyroki KIO o sygn. akt: KIO 267/15, KIO 2721/15, KIO 2813/15, KIO 2785/15, KIO 371/16, KIO 482/16, KIO 484/16, KIO 559/16, KIO 2406/15, KIO 818/15, KIO 925/15, KIO 1410/15, KIO 1415/15, KIO 422/17, KIO 416/17), a z ich treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Podobnie w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 1363/13 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO 239/14.

Obydwaj odwołujący w zakresie podniesionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego European Dynamics z uwagi na to, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazali na koszty I linii wsparcia, które przystępujący European Dynamics winien był uwzględnić w cenie oferty. Odwołujący podnosili, iż do obsługi zgłoszeń konieczny będzie zespół liczący 8 osób, których koszt zatrudnienia wynosić będzie ok 2 mln zł netto (wg Portal PZP) i około 725 tys. zł (wg Pentacomp).

Zgodnie z rozdz. XIV.2 pkt 2 OPZ, od czasu uruchomienia użytkownikom pierwszego Modułu (komponentu) na Platformie e-Zamówienia do czasu zakończenia okresu stabilizacji Wykonawca Platformy będzie świadczył usługi wsparcia użytkowników przy wykorzystaniu Komponentu SOZ lub z użyciem dedykowanej infolinii.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z rozdz. XV.5 OZP, wykonawca Platformy zobowiązany jest do świadczenia Usług utrzymania Platformy w okresie 12 miesięcy od zakończenia okresu stabilizacji, w tym Usługi Wsparcia Zamawiającego (UZP) w świadczeniu usługi HelpDesku dla użytkowników (odwołujący Portal PZP oszacował te usługi na kwotę 144 tys. netto).

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego European Dynamics, Izba stwierdziła, iż w wyjaśnieniach tych brak jest informacji dotyczących kosztów wykonawcy związanych z zapewnieniem I linii wsparcia. Przystępujący European Dynamics wskazał jedynie średni dzienny koszt pracownika HelpDesku wykorzystany do oszacowania kosztów wdrożenia. Ze wskazanej kwoty nie wynika, ile osób zamierza zatrudnić wykonawca dla wykonania usługi, w jakim wymiarze osoby te będą pracować, jakie będzie ich wynagrodzenie

oraz koszt zatrudnienia. Wykonawca European Dynamics na rozprawie podnosił jedynie, że przyjęta przez odwołujących ilość zdarzeń jest nieracjonalna i z niczego nie wynika.

W złożonych wyjaśnieniach przystępujący zawarł również kalkulację, w której podał koszt HelpDesku, ale jedynie dla Fazy II zamówienia. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (rozd. I pkt 4) Faza II obejmowała Usługi Wsparcia Zamawiającego (UZP) w świadczeniu usługi HelpDesku dla użytkowników. Usługi te nie są tożsame z zawartymi w Fazie I usługami nadzoru autorskiego, w ramach których wykonawca obowiązany świadczyć usługi wsparcia użytkowników.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że w toku całości zamówienia przystępujący European Dynamics musiał uwzględnić koszt 6500 roboczogodzin świadczonych w okresie stabilizacji oraz utrzymania systemu. Według oferty konsorcjum European Dynamics stawka za 1 rbh wynosi 260 zł, tak więc obiektywny koszt konieczny do poniesienia to 1,7 mln zł netto.

Przystępujący European Dynamics w toku rozprawy wskazywał, że w odniesieniu do 4,5 tys. godzin należy przyjąć stawkę 100 zł, nie zaś 260 zł.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdz. X s.i.w.z. pkt 2 „Opis sposobu obliczania ceny”:

2. Cena oferty stanowi sumę:

2.1 ceny za zaprojektowanie, budowę, wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą nadzoru autorskiego nad eksploatacją Platformy e-Zamówienia w okresie stabilizacji;

2.2 ceny za świadczenie usług utrzymania przez okres 12 miesięcy;

2.3 ceny za 2 000 roboczogodzin Asysty Technicznej przeznaczonych na modyfikacje i rozwój Platformy w okresie świadczenia usług utrzymania.

Przystępujący European Dynamics w ramach pkt. 2.3 zaoferował stawkę 260 zł za 1 rbh, co po pomnożeniu przez 2 000 roboczogodzin wyniosło 520 000,00 zł.

Zgodnie z rozdz. XIV pkt 3 OPZ Usługi modyfikacyjne:

1. Wykonawca Platformy zobowiązuje się, że w okresie stabilizacji (nadzoru autorskiego) gotowy będzie świadczyć w ramach kosztów jakie przewidział za etap stabilizacji prace w wymiarze 3000 roboczogodzin niezbędnych do dokonania zmiany związanych z poprawą funkcjonalności oprogramowania.

Jako jeden z pozacenowych kryteriów oceny ofert zamawiający przewidział możliwość wskazania dodatkowych godzin przeznaczonych na modyfikacje Platformy zaoferowanych w okresie stabilizacji (H).

W ramach tego kryterium, zgodnie z rozdz. X pkt 5.5. s.i.w.z, oceniane miało być zaoferowanie przez Wykonawcę zwiększenie liczby godzin przeznaczonych na modyfikacje Platformy, w okresie stabilizacji, poza wymagane przez Zamawiającego minimum, o którym mowa w OPZ w pkt. XIV. 3.1

Wykonawca, który zaoferuje zwiększenie liczby godzin przeznaczonych na modyfikacje, otrzyma odpowiednio:

5 pkt przy zaoferowaniu dodatkowych 500 godzin

7 pkt przy zaoferowaniu dodatkowych 1 000 godzin

10 pkt przy zaoferowaniu dodatkowych 1 500 godzin

Przystępujący European Dynamics zaoferował dodatkowych 1 500 godzin, za co otrzymał 10 pkt. w ramach tego kryterium.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego European Dynamics, Izba stwierdziła, że – biorąc pod uwagę ilość dodatkowych godzin i ich wartość wskazaną w wyjaśnieniach – wysokość stawki za 1 rbh wyniosła tyle, ile wynosiła stawka wskazana w ofercie z tytułu wykonywania Asysty Technicznej, tj. 260 zł. Nie sposób zatem ustalić, dlaczego przystępujący wskazywał, iż stawka ta wynosiła 100 zł. Jeżeli natomiast wysokość stawki za 1 rbh przeznaczoną na modyfikację w ramach ustanowionego w pkt. XIV. 3.1 OPZ minimalnego limitu 3000 godzin była inna niż stawka za dodatkowe 1 500 godzin tej samej usługi, to przystępujący nie wskazał, z jakiego powodu stawki te się od siebie różnią.

Izba stwierdziła ponadto, że na podstawie złożonych wyjaśnień nie można w żaden sposób ustalić ani stawki, ani wartości usługi modyfikacyjnej w ramach ustalonego limitu 3000 godzin. O ile przystępujący podał wartość dodatkowych godzin przewidzianych w ramach kryterium pozacenowego, o tyle wartość usługi w ramach postawionego limitu nie została przez niego wyszczególniona. Jedyną pozycją w kalkulacji przystępującego, która mogłaby zawierać ten koszt, to pozycja pn. „Stabilizacja po odbiorze wszystkich produktów”. Jest to jednak pozycja wyceniona na tyle nisko, że przy przyjęciu stawki 260 zł za 1 rbh, przemnożeniu jej przez ilość godzin (3000) i odjęciu wyniku od kwoty wskazanej przy tej pozycji, pozostaje kwota na tyle nieduża, że nie sposób przyjąć, iż zawiera ona pozostałe koszty usług wykonywanych w ramach stabilizacji.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego Pentacomp konieczności uwzględnienia w cenie oferty kosztów zarządzania projektem związanych z wykorzystaniem SCRUM, Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem IX.2 Model iteracyjno-przyrostowy



1. Prace nad implementacją poszczególnych produktów będą prowadzone w modelu iteracyjnoprzyrostowym bazującym na metodyce SCRUM (zgodnie z J. Sutherland, K. Schwaber „Scrum Guide” 2017, dostępny m.in. w j. polskim na stronie <http://www.scrumguides.org/>),
2. Praca podzielona będzie na krótkie (maksimum 4 tygodniowe) odcinki czasowe (sprinty), zakończone powstaniem nowej, gotowej do wdrożenia wersji oprogramowania, tzw. Release Candidate (RC),
3. Na początku każdego sprintu określany będzie zakres prac, które mają być wykonane w ciągu rozpoczynanego sprintu.
4. Każdy sprint zakończony jest prezentacją funkcjonalności zrealizowanych w ramach sprintu,
5. Jeśli nowa wersja została zaakceptowana przez Zamawiającego (UZP) instalowana jest w środowisku testowym; środowisko testowe jest przez cały czas dostępne dla Zamawiającego (UZP),
6. Po przeprowadzeniu testów akceptacyjnych wersja ze środowiska testowego jest instalowana w środowisku produkcyjnym zgodnie z przyjętym harmonogramem.

Odwołujący Pentacomp podniósł, iż koszty związane z koniecznymi spotkaniami to koszt wynagrodzeń osób wchodzących w minimalny skład zespołu wytwórczego (2,4 mln zł przy przyjęciu stawki 260 zł) oraz koszty przelotów, zakwaterowania oraz diet wypłacanych osobom biorącym udział w spotkaniach.

Podkreślić należy, że zamawiający wezwał przystępującego European Dynamics do wyjaśnienia kosztów obecności personelu kluczowego Zespołu Wykonawcy na spotkaniach, w siedzibie zamawiającego, w tym na spotkaniach scrumowych dotyczących planowania i przeglądu poszczególnych sprintów, zgodnie z zapisami w OPZ.

Izba przeanalizowała wyjaśnienia przystępującego European Dynamics i stwierdziła, że wykonawca wskazał, iż przewiduje zapewnienie kosztów podróży i zakwaterowania kluczowego personelu na spotkania w siedzibie głównej zamawiającego, spotkania scrum dotyczące planowania i przeglądu poszczególnych sprintów. Planuje również wykorzystać audio / wideo konferencję jako medium do obsługi ew. częstych spotkań, a jego stawki dzienne uwzględniają koszty podróży i zakwaterowania.

Izba przeprowadziła dowód z przewodnika po Scrumie (Scrum Guide) i stwierdziła, że zarzut w zakresie dotyczącym kosztów spotkań opiera się na wymogu w rozdz. „Przegląd Sprintu” (str. 12 przewodnika), z którego wynika, iż przegląd Sprintu jest maksymalnie czterogodzinnym spotkaniem dla miesięcznego Sprintu, na którym obecni są członkowie

Zespołu Scrumowego i podczas którego omawiane są istotne dla projektu wydarzenia oraz planowane kolejne kroki.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego co do tego, iż spotkania scrumowe mogą odbywać się z wykorzystaniem technik elektronicznych, dzięki czemu nie ponosi się kosztów podróży czy zakwaterowania, niemniej jednak, nie jest tak, że spotkania te nie generują żadnych kosztów. Nadto, z argumentacji przedstawionej na rozprawie można było wyciągnąć wniosek dalej idący niż samych wyjaśnień i nie adekwatne do nich, że wszelkie spotkania bezpośrednio przystępujący planuje ograniczyć do zupełnego minimum, bazując generalnie na kontakcie z wykorzystaniem technik elektronicznych. Jednakże, z pewnością wykonawca musi ponieść co najmniej koszty wynagrodzenia członków zespołu, których obecność zadeklarował podczas takich spotkań. Nawet jeżeli takie spotkania nie odbywają się w siedzibie zamawiającego, to praca osób zespołu ekspertów na miejscu w siedzibie przystępującego nie odbywa się w sposób bezkosztowy. Ponadto sam przystępujący w złożonych wyjaśnieniach stwierdził, iż zapewnia koszty podróży i zakwaterowania, niemniej jednak nie wskazał, jakie są to koszty. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż koszty te zawarte są w stawkach dziennych personelu. Podane zaś stawkiienne nie zostały przez przystępującego w żaden sposób uzasadnione. Nie wiadomo też, jakie koszty się na nie składają i w jakiej wysokości, jakiej ilości osób dotyczy każda stawka dzienna oraz ile roboczogodzin obejmuje. Przystępujący nie złożył również żadnych dowodów, które uzasadniałyby wysokość podanych stawek dziennych.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego Pentacomp w zakresie niedoszacowania przez przystępującego European Dynamics kosztu zbudowania modułu ogłoszeń w zakresie obsługi postępowań krajowych. Izba wskazuje, że zamawiający określił przewidywany zakres danych do ogłoszeń w załącznikach nr 3 i 5 do OPZ. Odwołujący przyjął znacznie większą ilość wzorów niż wskazane w s.i.w.z., pomijając fakt, że część aktualnie obowiązujących wzorów nie jest przewidywana do wdrożenia w związku z przewidzianym wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych. Nie wiadomo też, na podstawie czego odwołujący przyjął takie a nie inne założenia przy ocenie czaso- i pracochłonności.

W ocenie Izby, przystępujący European Dynamics nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Izba wskazuje, że to na nim, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. spoczywa ciężar udowodnienia realności zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia, które złożył przystępujący, są bardzo ogólne, a wskazane w nich kwoty nie zostały w żaden sposób uzasadnione. Nie dołączono do nich również żadnych dowodów, potwierdzających zasadność

podanych kwot i ich wpływ na obniżenie ceny, mimo że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia ceny wskazał na konieczność dołączenia dowodów.

Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 29.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1702/17: „(...) Zastosowanie trybu wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) oznacza, że zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a wszczęcie wskazanej procedury niesie ze sobą istotne konsekwencje, w postaci obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty oraz wykazania, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, że cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym gwarantuje prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie zamawiający zawsze w takim przypadku ma obowiązek dokonać rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, nie może tym samym uznać, że wystarczające są jakiegokolwiek wyjaśnienia ogólne, nieoparte dowodami”.

Izba nie znalazła również podstaw do nakazania zamawiającemu kolejnego wezwania przystępującego European Dynamics do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. W sytuacji tak rozbudowanego wezwania, jakie wystosował zamawiający do przystępującego, i wskazania konkretnych elementów ceny, które wymagają wyjaśnienia, nie ma możliwości złożenia ponownych wyjaśnień czy składania dodatkowych dowodów przed Izbą, bo realność ceny udowadnia się zamawiającemu, nie Izbie. Ewentualne dopytywanie przystępującego w zakresie elementów nieznajdujących się w wyjaśnieniach byłoby działaniem sprzecznym z zasadą równego traktowania (art. 7 ust. 1 P.z.p.) i stanowiłoby *de facto*, przywracanie terminu.

Tym samym Izba uznała podniesione w tym zakresie zarzuty za zasadne i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego.

Izba uznała za nieuzasadniony podniesiony w odwołaniu Pentacomp zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty European Dynamics na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, że złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę nie jest równoznaczne z czynem nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca rozróżnił te dwie sytuacje jako dwie osobne podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. Tymczasem uzasadnienie zarzutu w odwołaniu Pentacomp opiera się głównie na tej samej argumentacji, która została wskazana przy zarzucie dotyczącym złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem orzecznictwa (za wyrokiem KIO z 08.02.2017 r., sygn. akt: KIO 176/17): „(...) Izba oponuje, przeciwko "mechanicznemu" utożsamianiu obu zarzutów - tzn. naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, gdyż są to zgoła odmienne normy.

*Podjęcie do kwestii rozwiązań utrudniających dostęp do rynku w kontekście danego postępowania o zamówienie publiczne bywa różne. Izba podnosi, że w doktrynie (D. Szczepański: Rażąco niska cena. "Lex", nr 96117) zwraca się również uwagę na to, że cena rażąco niska jest mylnie utożsamiana z ceną dumpingową w rozumieniu przepisów UZNK oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Dz. U. 2007, nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zgodnie z pierwszą ustawą, dumping ujęty jest jako sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztu zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców. Zgodnie z przepisami taki czyn należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający faktycznie na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Natomiast zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z cenami dumpingowymi mamy do czynienia w sytuacji, kiedy przedsiębiorca dominujący na danym rynku ustala ceny na niskim poziomie w celu wyeliminowania konkurencji (M. Krasnodębska- Tomkiel: Cena jest istotnym elementem rywalizacji. "Zamówienia Publiczne. Doradca" 2012, nr 5, s. 13). Na gruncie Pzp Zamawiający nie jest w stanie udowodnić popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wspomnianych przepisów z uwagi na konieczność udowodnienia przesłanki eliminowania innych przedsiębiorców. (...)"*

Wskazana ponadto okoliczność, iż przystępujący European Dynamics zamierza finansować przedmiotowe zamówienia z umów zawartych z innymi kontrahentami jest tylko przypuszczeniem odwołującego i nie zostało to w żaden sposób udowodnione.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego European Dynamics z uwagi na fakt, że treść jego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., ponieważ z zapisów s.i.w.z. wynikało, że usługi zapewnienia infrastruktury IAAS mają być oparte o chmurę dostawcy zewnętrznego, podczas gdy przystępujący European Dynamics przewidział chmurę własną.

Bezspornym pomiędzy stronami i przystępującymi do postępowania odwoławczego był fakt, że przystępujący European Dynamics zaoferował usługę IAAS w oparciu o swoją własną chmurę.

Izba ustaliła, że zamawiający w załączniku nr 1 do s.i.w.z., stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia (rozd. VII „Architektura rozwiązania” str. 60) określił, że „Platforma e-Zamówienia zostanie zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy – usługi udostępniania IT w chmurze obliczeniowej”.

Jednocześnie w rozdz. XIII OPZ w pkt. 1 ppkt 1.2 określono, że usługi oparte będą na standardowych komponentach, które mogą być zamówione od więcej niż jednego dostawcy, w tym dostawców globalnych (str. 95 OPZ).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy przed s.i.w.z. podnosił, że zapis „zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy” oznacza, że środowisko chmurowe ma być zapewnione przez wykonawcę realizującego budowę Platformy, a nie na infrastrukturze wewnętrznej zamawiającego, albowiem zamawiający takiej infrastruktury nie posiada. Rozwiązanie chmurowe nie miało być rozwiązaniem własnym zamawiającego i miało zostać zapewnione przez wykonawcę Platformy w dowolnym rozwiązaniu chmurowym (własnym lub komercyjnym) zgodnie z zapisami OPZ.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w s.i.w.z. i OPZ zamawiający wobec podmiotu, który będzie realizował przedmiot zamówienia, konsekwentnie posługuje się określeniem „wykonawca”, co zresztą odpowiada definicji „wykonawcy” zawartej w art. 2 ust. 11 ustawy P.z.p., zgodnie z którą przez „wykonawcę” należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie używa w dokumentacji postępowania określenia „dostawca” wobec podmiotu mającego realizować usługę, co wskazuje na to, że używając określenia „dostawca” ma na myśli podmiot inny niż wykonawca.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż określenie „zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznego dostawcy” oznacza, iż ma to być struktura zapewniona przez wykonawcę realizującego budowę Platformy, Izba wskazuje, że na taką interpretację nie wskazuje użycie sformułowania „zewnętrzny dostawca”. Określenie (przymiotnik) „zewnętrzny” bez wątplenia dotyczy tu podmiotu wskazanego jako „dostawca”, nie zaś zasobu rozumianego jako infrastruktura. Jeżeli zamawiający chciał podkreślić, iż chodzi tu o infrastrukturę zewnętrzną wobec zamawiającego, winien sformułować wskazany zapis jako „zrealizowana na infrastrukturze zewnętrznej dostawcy”. Sformułowanie „zewnętrzny dostawca” wskazuje na podmiot zewnętrzny dostarczający zasób wobec wykonawcy Platformy. Izba podziela w tym zakresie argumentację zaprezentowaną przez odwołującego Pentacomp w pismach procesowych i na rozprawie.

Stanowisko to jest o tyle bardziej uzasadnione, że w rozdz. XIII OPZ w pkt. 1 ppkt 1.2 określono, że usługi oparte będą na standardowych komponentach, które mogą być zamówione od więcej niż jednego dostawcy, w tym dostawców globalnych. Oparcie zaoferowanego rozwiązania o własną chmurę przystępującego European Dynamics oznacza, że wymóg ten nie został spełniony, ponieważ jedynym dostawcą chmury jest firma European Dynamics. Przystępujący ED niejednokrotnie powoływał się na powyższe wymaganie s.i.w.z., ograniczając wymóg ten do konieczności zastosowania standardowych komponentów. Izba

nie zaprzecza, że być może oferowana przez ED chmura zbudowana jest na zasadzie standardowych komponentów, ale w żadnej ze swoich wypowiedzi ED (czy to ustnie, czy pisemnie) nie wskazało jaki inny, poza nim, globalny dostawca (!) proponowane rozwiązanie oferuje, czy gdzie jeszcze można to rozwiązanie zakupić.

Co więcej, zamawiający wzywając przystępującego European Dynamics do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sposób tożsamy z odwołującymi interpretował przywołane zapisy s.i.w.z..

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym s.i.w.z. stanowi oświadczenie woli zamawiającego. Postanowienia s.i.w.z. stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli zamawiającego, który w ten sposób precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz jakie warunki winien spełnić wykonawca, aby jego oferta została przyjęta do rozpoznania. Zamawiający jest związany postanowieniami s.i.w.z. na takich samych zasadach jak wykonawcy i nie może odstępować od wymagań określonych w specyfikacji (za wyrokiem KIO z dnia 01.03.2017 r., sygn. akt: KIO 323/17, czy też wyrokiem KIO z 13.02.2017 r., sygn. akt: KIO 204/17).

Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie przedstawił wiarygodnej i przekonującej argumentacji, która na etapie po złożeniu ofert uzasadniałaby taką interpretację zapisów s.i.w.z. Izba uznała za bezzasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego European Dynamics z uwagi na niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z., polegającą na tym, że usługa chmurowa EDHS nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia (zarzut nr 6 odwołania Portal PZP i nr 4 odwołania Pentacomp).

Odwołujący zarzucili, że usługa chmurowa nie spełnia parametrów w zakresie dostępności rozwiązania na poziomie 99,95%, skalowalności parametrów ilościowych i wydajnościowych, braku audytów i dostępu raportów audytowych oraz świadczenia usługi w oparciu o rozwiązania chmurowe w modelu IaaS i PaaS. Obydwaj odwołujący przyznali, że informację w tym zakresie pozyskali na podstawie analizy usługi realizowanej przez European Dynamics na rzecz Wielkiej Brytanii.

Izba wskazuje, że wnioskowanie w zakresie parametrów usługi chmurowej na podstawie innej usługi zrealizowanej na rzecz innego zamawiającego nie może stanowić o niezgodności oferty przystępującego w zakresie parametrów wymaganych w niniejszym postępowaniu. Obydwie usługi nie są tożsame i nie było podstaw zakładać, że przystępujący zaoferował dokładnie taki sam przedmiot zamówienia, jaki zrealizował w innym postępowaniu. Należy przyjąć, że każdy zamawiający określa przedmiot zamówienia na podstawie własnych zidentyfikowanych potrzeb, a rolą wykonawcy jest dostarczenie usługi odpowiadającej tym potrzebom. O ile istnieje w tym zakresie konieczność dostosowania rozwiązań już istniejących

do wymogów postępowania, należy założyć, że wykonawca jest w stanie dokonać stosownych modyfikacji.

Nie bez znaczenia dla oceny zarzutu jest okoliczność, że zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał wykazania, że usługa chmurowa spełnia określone parametry. Spełnienie tych wymogów wykonawca winien był zagwarantować na etapie realizacji usługi. To zamawiający wybrał w przedmiotowym postępowaniu model oceny ofert w ujęciu przedmiotowym oparty o oświadczenia wykonawców.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut zaniechania wezwania przystępującego European Dynamics do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami poświadczającymi należyte wykonanie usług w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 3.1 s.i.w.z., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane (zarzut nr 7, 8, 9 odwołania Portal PZP) oraz zaniechania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum European Dynamics za brak spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazu usług (zarzut nr 5 odwołania Pentacomp).

Zgodnie z rozdz. IV pkt I ppkt 3.1. części I s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca:

3.1 wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto (trzy miliony) każda, polegające na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników w sieci Internet i system charakteryzował się co najmniej 3 z następujących cech:

a) Została w nim wdrożona usługa generowania i ochrony kluczy kryptograficznych używanych przez aplikacje i usługi w chmurze z wykorzystaniem sprzętowego modułu zabezpieczeń (HSM, hardware security module),

b) zbudowany został w oparciu o niezależne skalowalne mikroserwisy na poziomie architektury,

c) wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna) zgodny z wytycznymi REST jako jedyne miejsce styku pomiędzy serwisami,

d) posiadał komponent bezpieczeństwa zgodny z normą PN-ISO/IEC 27001:2014 lub normą PNEN ISO 22301:2014 lub równoważną,

e) komponenty systemu były wdrażane jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym.

Przystępujący European Dynamics złożył wraz z ofertą wykaz usług według wzoru stanowiącego załącznik nr 1f do s.i.w.z., w którym wskazał 4 usługi:

- 1) System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii, wartość: 25.170.094,73 PLN (5,798,225.00 EUR), termin realizacji: 01.06.2011 - 23.05.2023,
- 2) System e-Zamówień dla Irlandii Północnej, wartość: 10.936.125,45 PLN (2,237,250.00 GBP), termin realizacji: 01.04.2015 – 31.03.2025,
- 3) Zambia e-Zamówienia Publiczne, wartość: 9.682.701,58 PLN (2,456.790.21 USD), termin realizacji: 22.05.2015 – 31.12.2019,
- 4) System e-Zamówień dla TFL, wartość: 3.188.646,77 PLN (650,738 GBP), termin realizacji: 01.05.2010 – 22.07.2017.

Pismem z dnia 18 listopada zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., wezwał przystępującego European Dynamics do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

„a) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 1 Realizacja Projektu nie została jeszcze zakończona i obejmuje okres od 1 czerwca 2011 roku do 23 maja 2023 roku, a zgodnie z dołączonymi referencjami w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert obowiązywała umowa serwisowa oraz rozbudowy. Tym samym w dokumentach nie zostało zawarte potwierdzenie, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert została wykonana usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Dodatkowo przywołana i potwierdzona w referencjach wartość obejmuje szereg czynności wykraczających poza zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu informatycznego, takich, jak czynności konserwacyjne, hostingu oraz obsługę usługi pomocy i wsparcia, a tym samym nie została potwierdzona wartość usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego. W odniesieniu do deklaracji Wykonawcy w zakresie administrowania systemem w chmurze obliczeniowej z uwagi na niejasne zapisy dotyczące zakończenia usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, wątpliwości budzi wymagany przez Zamawiającego 12 miesięczny okres zrealizowania tej usługi, co zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawca miał wykazać.



W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie: - czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w Wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł - czy w ramach wskazanego w Wykazie projektu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca świadczył przez okres minimum 12 miesięcy usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej

b) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 2 Realizacja Projektu nie została jeszcze zakończona i obejmuje okres od 1 kwietnia 2015 roku do 31 marca 2025 roku, a zgodnie z dołączonymi referencjami w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert Wykonawca kontynuuje rozwój systemu i wdraża nową funkcjonalność poprzez nowe wydania usług, jednocześnie oferując czynności konserwacyjne, hostingu oraz obsługę usługi pomocy/wsparcia technicznego. Tym samym w dokumentach nie zostało zawarte potwierdzenie, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert została wykonana usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Dodatkowo przywołana i potwierdzona w referencjach wartość obejmuje szereg czynności wykraczających poza zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu informatycznego, takich, jak czynności konserwacyjne, hostingu oraz obsługę usługi pomocy i wsparcia, a tym samym nie została potwierdzona wartość usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego. W odniesieniu do deklaracji Wykonawcy w zakresie administrowania systemem w chmurze obliczeniowej z uwagi na niejasne zapisy dotyczące zakończenia usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, wątpliwości budzi wymagany przez Zamawiającego 12 miesięczny okres zrealizowania tej usługi, co zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawca miał wykazać.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie: - czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w Wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł - czy w ramach wskazanego w Wykazie projektu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca świadczył przez okres minimum 12 miesięcy usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej

c) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 3 Realizacja Projektu nie została jeszcze zakończona i obejmuje okres od 22 maja 2015 roku do 31 grudnia 2019 roku, a zgodnie z dołączonymi referencjami system został wdrożony w lipcu 2016 roku, czyli zakończenie wdrożenia nie mieści w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert. Tym samym w dokumentach nie zostało zawarte potwierdzenie, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert została wykonana usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Dodatkowo przywołana i potwierdzona w referencjach wartość dotyczy rozbudowy systemu, konserwacji i usług wsparcia.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie: - czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, po wdrożeniu produkcyjnym systemu w ramach wskazanego w Wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł

d) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 4 Realizacja Projektu obejmuje okres od 1 maja 2010 roku do 22 lipca 2017 roku, a zgodnie z dołączonymi referencjami system został wdrożony w czerwcu 2010 roku, czyli zakończenie wdrożenia nie mieści w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Tym samym w dokumentach nie zostało zawarte potwierdzenie, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert została wykonana usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Dodatkowo przywołana i potwierdzona w referencjach wartość obejmuje szereg czynności wykraczających poza zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu informatycznego, w tym świadczenie usług polegających na administrowaniu systemem w chmurze obliczeniowej przez okres ponad 12 miesięcy. W odniesieniu do deklaracji Wykonawcy w zakresie administrowania systemem w chmurze obliczeniowej z uwagi na niejasne zapisy dotyczące zakończenia usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego wątpliwości budzi wymagany przez Zamawiającego 12 miesięczny okres zrealizowania tej usługi, co zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawca miał wykazać.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie: - czy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, w ramach wskazanego w Wykazie projektu została zakończona usługa polegająca na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, której wartość wyniosła 3 000 000,00 zł - czy w ramach wskazanego w Wykazie projektu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert Wykonawca świadczył przez okres minimum 12 miesięcy usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej. Dodatkowo na należytego wykonania tej usługi Wykonawca załączył oświadczenie własne wykonawcy, zawierające stwierdzenie, iż usługa była wykonywana zgodnie z harmonogramem a Wykonawca z powodzeniem spełnił warunki umowy. Tymczasem dowodem należytego wykonania są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego zamówienie było realizowane. I dopiero w sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów może zastąpić je oświadczeniem własnym Wykonawcy. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczenia własne wykonawcy może zostać uznane za dowód tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów wystawionych przez podmiot na rzecz, którego realizował zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie przyczyn złożenia oświadczenia własnego na potwierdzenie należytego wykonania wskazanej w Wykazie usługi.”

Pismem z dnia 21 listopada 2019 roku przystępujący European Dynamics udzielił następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na Państwa wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 18 listopada 2019 r., niniejszym udzielamy odpowiedzi potwierdzających, że Wykonawca spełnia warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ.

a) We wszystkich naszych projektach dotyczących systemów ICT oferujemy projektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie do momentu pierwszego uruchomienia systemu ICT. Następnie wchodzimy w fazę Administracji Systemem ICT, która dotyczy głównie hostingu w chmurze, wsparcia i konserwacji. Równolegle kontynuując rozwój systemu teleinformatycznego poprzez wydania, które wszystkie zawierają projekt architektury, budowy i wdrożenia nowych wersji. Nowa wersja może mieć nową funkcjonalność (na przykład „Systemy Dynamicznych Zakupów - DPS”), zawierać nowe rozporządzenie (na przykład nowe dyrektywy UE w sprawie zamówień publicznych) lub wprowadzić nowy obieg pracy (na przykład formularz ESPD). Po uruchomieniu nowej wersji systemu, jego Administracja przechodzi z poprzedniej do nowej wersji. W odniesieniu do projektu nr 1 (System e-Zamówień dla Rządu Federalnego Belgii) nasza firma dostarczyła pierwsze wydanie w 2007 roku. Od tego czasu system ten ewoluował poprzez wiele wydań i jest obecnie w wydaniu 10 (<https://eten.publicprocurement.be/etendering/home.do>), które wprowadzono w grudniu 2018

r. Obecna umowa z klientem, która rozpoczęła się 1 czerwca 2011 r., dotyczy administracji systemem w chmurze EDHS i opracowywania nowych wersji. Potwierdzamy, że koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 1 373 889,03 EUR brutto (ok. 5 964 052,28 PLN brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto. Co więcej, system ten był Administrowany przez ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert.

b) W odniesieniu do projektu nr 2 (System e-Zamówień dla Irlandii Północnej) wydanie pierwsze zostało dostarczone w kwietniu 2015 r., a następnie niezwłocznie przeszło w fazę Administracji. W czerwcu 2017 r. została wydana wersja nr 2, a Administracja systemem została przeniesiona z wersji 1 do wersji 2. W styczniu 2019 r. została dostarczona bieżąca wersja systemu - 3 (<https://etendersni.gov.uk/epps/home.do>), a jego Administracja została przeniesiona z wersji nr 2 do wersji nr 3. Potwierdzamy, że koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 647 442 GBP brutto (około 3 164 825,98 PLN brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto. Ponadto system ten (Wersje 1-3) był Administrowany przez okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

c) W odniesieniu do projektu nr 3 (Zambia e-Zamówienia Publiczne), mimo że system został uruchomiony w lipcu 2016 r., prace rozwojowe były kontynuowane, a system został wstępnie zaakceptowany w dniu 21.10.2016 r. (wydanie 1). Następnie wszedł do fazy Administracji w podobny sposób jak poprzednie dwa projekty z tą różnicą, że był on administrowany w obiektach hostowanych przez klienta, a nie w naszym środowisku chmury, dlatego nie uwzględniamy go dla kryterium 3.2. Okres Administracji systemu kończy się w grudniu 2019 r., a w okresie od jego uruchomienia kontynuowaliśmy projektowanie architektury, rozwój i wdrożenie wersji 2, która została uruchomiona w grudniu 2018 r. (<https://eprocure.zppa.org.zm/epps/home.do>). Łączna wartość projektu wyniosła 2 456 790,21 USD brutto (9 682 701,58 zł brutto) w tym 1 132 229,00 USD brutto (4 462 521,35 zł brutto) na zakup sprzętu i 335 906,61 USD brutto (1 323 835,13 zł brutto) na utrzymanie i wsparcie. Pozostałe 988 593,60 USD brutto (3 896 245,10 zł brutto) stanowiły koszty projektu architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia Zambijskiego Systemu Teleinformatycznego e-Zamówień (wszystkie wersje). W związku z tym potwierdzamy, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert usługa oferowana klientowi polegała na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, opracowaniu i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, którego wartość (bez sprzętu) przekroczyła 3 000 000,00 zł brutto.

d) W odniesieniu do projektu nr 4 (System e-Zamówień dla TFL), system ten został uruchomiony w czerwcu 2010 r., a następnie wszedł w fazę Administracji w podobny sposób

jak poprzednie trzy projekty. Okres Administracji zakończył się w lipcu 2017 r., a w okresie od jego uruchomienia nadal oferowaliśmy usługi projektowania architektury, rozwoju i implementacji wersji nr 2, która została uruchomiona w listopadzie 2014 r. Wersja nr 3 została wydana marcu 2017 r., czyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków. Całkowita wartość projektu wyniosła 652 315,12 GBP brutto (3 188 646,77 zł brutto) w tym 38 565,12 GBP brutto (188 584,02 zł brutto) na utrzymanie i wsparcie systemu. Pozostałe 613,750,00 GBP brutto (3.000.132,75 zł brutto) stanowiły koszty projektu architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia Transport dla Londynu - Teleinformatycznego eRządowego Systemu Zamówień (wszystkie wersje). W związku z tym potwierdzamy, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert usługa oferowana klientowi polegała na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, opracowaniu i wdrożeniu systemu teleinformatycznego o wartości przekraczającej 3 000 000,00 zł brutto. Ponadto informujemy, że system ten (Wersje 1-3) był Administrowany przez okres obowiązywania umowy tj. do lipca 2017 r., który to obejmuje okres 9 miesięcy w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Odnosząc się do własnego oświadczenia wykonawcy: nasza firma przestała świadczyć usługi Transport for London (TFL) w lipcu 2017 r. Wszystkie oświadczenia klientów są przed tą datą i są dostępne dla UZP, jeśli wymagane. Jednak zgodnie z SIWZ (rozdział VII, poz. 4) referencje lub inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umów powinny być wydawane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Klient nie był w stanie przedstawić oświadczenia w tygodniach poprzedzających złożenie oferty. Nie dotyczyło to Klientów pozostałych 3 projektów, którzy to byli dostępni i dostarczyli listy potwierdzające elementy projektów, które wymagał UZP (liczba użytkowników, daty uruchomienia, rodzaje usług itp.). W związku z tym przedłożyliśmy własne oświadczenie dotyczące projektu TFL potwierdzające elementy wymagane przez UZP”.

Pismem z dnia 21 listopada 2019 roku zamawiający wezwał przystępującego European Dynamics do złożenia kolejnych wyjaśnień:

„a) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 1 W treści wyjaśnień potwierdziliście Państwo, iż koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 1 373 889,03 EUR brutto (ok. 5 964 052,28 PLN brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto. W świetle przesłanych wyjaśnień Zamawiający powziął wątpliwości, czy prace objęte wskazaną kwotą wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania, a tym samym czy czynności te były elementem usługi, którą wskazujecie Państwo na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy w ramach wykazywanej usługi o wartości około 5 964 052,28 PLN brutto, realizowane były prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania.

b) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 2 W treści wyjaśnień potwierdziliście Państwo, że koszt związany z architekturą, budową i wdrożeniem wszystkich wydań ukończonych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wyniósł 647 442 GBP brutto (ok. 3 164 825,98 PLN brutto), co przekracza 3 000 000,00 zł brutto. W świetle przesłanych wyjaśnień Zamawiający powziął wątpliwości, czy prace objęte wskazaną kwotą wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania, a tym samym czy czynności te były elementem usługi, którą wskazujecie Państwo na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy w ramach wykazywanej usługi o wartości około 3 164 825,98 PLN brutto, realizowane były prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania.

c) w odniesieniu do projektu wskazanego w pozycji nr 3 W treści wyjaśnień wskazaliście Państwo, iż system dla Urzędu Zamówień Publicznych Zambii został uruchomiony w lipcu 2016 roku i wstępnie zaakceptowany w dniu 21.10.2016 roku. W świetle przesłanych wyjaśnień Zamawiający nie może określić daty wdrożenia wydania 1 systemu, w szczególności wątpliwości budzi data 21.10.2016 roku, określona jako *wstępne zaakceptowanie*.

W związku z powyższym Zamawiający prosi o wskazanie: - kiedy nastąpiło wdrożenie systemu Zambia e-Zamówienia Publiczne wydanie 1, - jaka była wartość usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu Zambia e-Zamówienia Publiczne wydanie 1, - jaka była wartość usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu Zambia e-Zamówienia Publiczne wydanie 2.”

Pismem z dnia 22 listopada 2019 roku przystępujący European Dynamics udzielił następujących wyjaśnień:

„a) W odniesieniu do projektu wymienionego w punkcie 1 potwierdzamy, że w kontekście wskazanej usługi o wartości około 5 964 052,28 zł brutto rzeczywiście były realizowane prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania. Takie prace obejmowały zmianę architektury rozwiązania w celu ułatwienia korzystania z nowego serwera aplikacji (Red HatWildfly), zaktualizowaną wersję Java (Java 8), użycie angular.js oraz przyjęcie Querydsl dla zunifikowanego, kompaktowego i bezpiecznego zapytania w Java.

b) W odniesieniu do projektu wymienionego w punkcie 2 potwierdzamy, że w kontekście wskazanej usługi o wartości około 3 164 825, 98 zł brutto, rzeczywiście realizowane były prace, które wymagały zaprojektowania architektury rozwiązania. Prace te obejmowały zmiany architektury rozwiązania w celu obsługi framework'u Java Web Start do przygotowywania kwestionariusza online przez dostawców w trybie offline. Ponadto dokonano szeregu zmian w architekturze systemu w celu poprawy wydajności; takie zmiany obejmują oddzielenie bazy danych audytu od głównej bazy danych systemu, konsekwentne korzystanie z komunikatów publikowania i subskrybowania za pomocą Apache Artemis. Ostatecznie zaprojektowaliśmy i opracowaliśmy nową funkcjonalność, taką jak wdrożenie nowych ogłoszeń o zamówieniach oraz nowe procedury DPS wymagane przez nowe unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych. Dokonaliśmy odpowiednio wszystkich wymaganych zmian w architekturze rozwiązania.

c) W odniesieniu do projektu wymienionego w punkcie 3 umowa została podpisana w dniu 22 maja 2015 r., a system został uruchomiony w dniu 7 lipca 2016 r. dla pięciu agencji pilotażowych. Nawiązując, w naszym poprzednim liście, do „wstępnej akceptacji” mówiliśmy o „pierwszej akceptacji systemu poza pilotem”. Innymi słowy, odnosiliśmy się do oficjalnej ostatecznej akceptacji 1-ego wydania systemu. Wyjaśniamy, że „wstępna akceptacja” nie oznacza „częściowej” lub „warunkowej” akceptacji. Dlatego 1-sze wydanie systemu otrzymało status „ostatecznej akceptacji” w dniu 21 października 2016 r. Wartość usługi zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu eZamówień publicznych Zambii Wydanie 1-sze wyniosła 853 593,60 USD brutto (3 364 183,10 zł brutto). Wydanie 2-gie był wynikiem kilku wniosków o zmianę i polegało na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, opracowaniu i wdrożeniu Wydania 2-go. Orientacyjnie odnosimy się do zgodności systemu z otwartym standardem danych umownych przy użyciu nowych interfejsów API opartych na JSON i usługach REST. Wartość usługi zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu e-Zamówień publicznych Zambii Wydanie 2-gie wyniosła 135 000,00 USD brutto (532,062,00 zł brutto).”

Obydwaj odwołujący, w uzasadnieniu wskazanych wyżej zarzutów dotyczących braku posiadania przez przystępującego European Dynamics wymaganego doświadczenia, zakwestionowali usługę wykonywaną dla Rządu Federalnego Belgii pod względem jej wartości, terminu wykonania i zakresu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali i nie udowodnili wskazanego zarzutu. Odwołujący Pentacomp złożył opinię Izby Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego na okoliczność wykazania, że wskazana usługa, jak również usługi wskazane przez

przystępującego European Dynamics w pozycjach 2 i 3 wykazu, nie spełniają wymagań rozdz. IV pkt I ppkt 3.1. części I s.i.w.z.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że opinie prywatne nie są tożsame z opiniami sporządzanymi na polecenie sądu przez biegłych sądowych. Nie mogą zatem takie prywatne ekspertyzy zastępować opinii biegłych sądowych, a co za tym idzie nie są one dowodem na okoliczności wymagające wiadomości specjalnych.

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, że prywatna opinia nie stanowi dowodu na okoliczność wymagającą wiadomości specjalnych, w rozumieniu art. 278 § 1 K.p.c., choćby jej autorem była osoba wpisana na listę biegłych sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). Zauważa się bowiem, że opinia prywatna jest w zasadzie jedynie "wzmocnieniem" stanowiska strony wiadomościami specjalnymi. Może ona ewentualnie stanowić asumpt do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego. I tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 maja 2014 r. w sprawie V ACa 895/13 (LEX nr 1474065) uznał, że „opinie opracowane na zlecenie stron (stanowiące dokument prywatny w rozumieniu art. 253 K.p.c.) traktowane są jako element materiału procesowego wyrażający stanowiska stron. Zawarta w takiej opinii argumentacja może stanowić jedynie podstawę dopuszczenia przez sąd orzekający dowodu z opinii biegłego.” Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 26 marca 2013 r. w sprawie VI ACa 1079/12 (LEX nr 1362939) przyjął, iż opinia zlecona ekspertowi przez jedną ze stron procesu stanowi poparcie jej stanowiska procesowego, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych. Natomiast Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie I ACa 1121/12 (LEX nr 1311975) stanął na stanowisku, że oparcie rozstrzygnięcia sporu stron na prywatnych ekspertyzach byłoby naruszeniem przepisów procedury cywilnej.

Izba wskazuje, że sądy zwracają przy tym uwagę, że opinia zlecona przez stronę procesu posiada walor dowodowy jako dokument prywatny i w tym charakterze może zostać zaliczona przez sąd w poczet materiału postępowania. Oznacza to, że jak każdy dokument prywatny może mieć znaczenie dla oceny innych dowodów zaoferowanych w sprawie. Zaznacza się jednocześnie, iż jeśli treść ekspertyzy prywatnej jest kwestionowana, a ustalenia okoliczności sprawy wymagają wiadomości specjalnych, to konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Stanowisko takie przedstawił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r. w sprawie I ACa 894/12 (LEX nr 1299005) stwierdzając, iż „pozasądowa ekspertyza rzeczoznawcy sporządzona na zlecenie strony podlega ocenie sądu jako dowód z dokumentu prywatnego, a nie jako dowód z opinii biegłego.” Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie I CSK 57/10 (LEX nr 688661) uznał, iż „dowód z opinii biegłego nie może być zastąpiony przez opinię wykonaną



przez biegłego na zlecenie prywatnej strony, gdyż nie jest to tryb przewidziany w kodeksie postępowania cywilnego. Opinia taka jest dokumentem prywatnym, a nie jest dowodem z opinii biegłego. Jako dokument prywatny potwierdza jedynie, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 245 k.p.c.)." Podkreśla się również, że gdy o wyborze osoby biegłego rozstrzyga jedna ze stron, która ze względów oczywistych nie może być bezstronna w swojej sprawie w sensie procesowym (*nemo iudex in causa sua*), to przekłada się na wątpliwości co do bezstronności biegłego. Tym bardziej, gdy materiał badawczy określa strona, która swobodnie udostępnia (lub nie) informacje o okolicznościach faktycznych istotnych dla opiniowania. W takiej sytuacji: „*nie można wykluczyć swoistego „dopasowywania” opinii prywatnej do potrzeb zlecającego, „solidaryzowania się” jej autorów z poglądami zlecającego, obdarzenia go sympatią czy wreszcie motywu finansowego (skoro zlecono komuś wykonanie za wynagrodzeniem stosownego opracowania w określonym celu, zleceniobiorca może czuć się w obowiązku wykonać zamówienie, by cel ten został osiągnięty)*” - tak m.in. w wyroku SO w Łodzi z 30.06.2017 r., sygn. akt: III Ca 531/17.

Izba wskazuje, że w zakresie zgodności zakresu przedstawionych usług z wymaganiami rozdz. IV pkt I ppkt 3.1. części I s.i.w.z. żadna ze stron nie złożyła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Należy przypomnieć w tym kontekście, że to na odwołujących spoczywał ciężar wykazania spornych okoliczności. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: "w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego". Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradyktoryjności.

Izba przeanalizowała treść wskazanej wyżej opinii traktując ją – zgodnie ze wskazanym wyżej orzecznictwem – jako rozszerzenie stanowiska odwołującego Pentacomp (stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń) i stwierdziła, że z jej wniosków stanowczo, jednoznacznie nie wynika, że usługi nie spełniają wymogów rozdz. IV pkt I ppkt 3.1. lit. a i e I części s.i.w.z., Autorzy opinii stwierdzili, że cechy oznaczone literami „a” i „d” (w opinii wymóg wskazany za literą „e” znaczony jest jako „d”) dotyczą środowiska uruchomieniowego systemów i nie są widoczne ze stron webowych dostępnych dla użytkownika. Do jednoznacznego stwierdzenia, czy wskazane serwisy korzystają z HSM i kontenerów w środowisku chmurowym konieczna jest analiza dokumentacji witryn – wymagań, architektury oraz podręcznika administratora.

Z powyższego wynika, że autorzy opinii nie przesadzili, iż wskazane usługi nie spełniają wymogów oznaczonych literami a i e, lecz że nie jest możliwe ustalenie spełnienia tych wymogów na podstawie danych, którymi dysponowali. Brak jest zatem podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że wymagane cechy nie były spełnione.

Autorzy opinii wskazali, że wykazane usługi nie spełniały cech b i c, ponieważ w badanej dokumentacji i w kodach źródłowych nie ma danych wskazujących na zastosowanie modelu mikroserwisów ani techniki REST, o czym pośrednio świadczy brak API.

Izba wskazuje, że zgodnie rozdz. IV pkt I ppkt 3.1. s.i.w.z., wykonawcy mieli wykazać, że we wskazanym okresie wykonali dany rodzaj usługi, przy czym stworzony system miał się charakteryzować co najmniej trzema z podanych pięciu cech. Ze złożonej opinii jednoznacznie wynika jedynie, że usługi wykonane przez przystępującego nie spełniają dwóch cech. Odwołujący nie wykazał, że usługi wykazane przez przystępującego European Dynamics nie odznaczają się przynajmniej trzema wymaganymi cechami.

Przystępujący złożył do akt sprawy pisemne stanowisko dotyczące opinii Izby Rzecznawców, w którym wskazał, że spełnia wszystkie z pięciu cech wskazanych w s.i.w.z. Za pomocą zarzutów z ekranów wykazał, że systemy używają mikrousług i REST. Podniósł też, że eksperci w opinii przyjęli inne brzmienie warunków, np. badali, czy system opiera się na architekturze REST, mimo że wymóg dotyczył wykorzystania interfejsu programistycznego aplikacji zgodnego z wytycznymi REST jako jedynego miejsca styku pomiędzy serwerami. Zamawiający wymagał, by system referencyjny zbudowany został w oparciu o niezależne skalowalne mikroserwisy na poziomie architektury, natomiast opinia rozszerza to wymaganie, badając, czy cały system został jednolicie zbudowany w oparciu o mikroserwisy na każdym jego poziomie. I wreszcie, zamawiający wymagał, aby w systemie została wdrożona usługa generowania i ochrony kluczy kryptograficznych używanych przez aplikacje i usługi w chmurze

z wykorzystaniem sprzętowego modułu zabezpieczeń (HSM, hardware security module), zaś w opinii badano, czy w kodzie HTML znajdują się elementy korzystania z kluczy kryptograficznych lub podpisywania dokumentów. Odwołujący Pentacomp nie odniósł się do powyższych stwierdzeń. W ocenie Izby oznacza to, że nie ma jednoznacznego potwierdzenia, że wymóg nie jest realizowany.

Odnosząc się do usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu usług, tj. usługi realizowanej na rzecz Irlandii Północnej, Izba wskazuje, że wątpliwości w tym zakresie budzi wartość wykonanej przez European Dynamics usługi w terminie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonej na rozprawie korespondencji przeprowadzonej przez odwołującego Portal PZP z podmiotem zamawiającym w Irlandii Północnej. Z korespondencji tej wynika, że w okresie obejmującym 3 lata przed terminem składania ofert w niniejszej sprawie przystępujący wykonał zmiany systemu w umowie o wartości 1 364 434 PLN. Jest to zatem kwota dużo niższa od wymaganej w niniejszym postępowaniu wartości 3 000 000 zł brutto. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu, z którego wynikałaby wartość wykonanych prac.

Izba przeprowadziła dowód z przedłożonych przez odwołującego warunków umowy DFP – usługa zarządzana za pomocą e-zamówień w sektorze publicznym Irlandii Północnej (str. 74 pkt 9 „Zarządzanie zmianami usług”) i ustaliła, że strony umowy dopuściły możliwość dokonania zmian umowy z powodów leżących zarówno po stronie Urzędu, jak i wykonawcy, przy czym wnioski o zmianę umowy zainicjowane przez wykonawcę nie będą powodowały żadnych kosztów dla Urzędu.

Przystępujący podnosił, że warunek posługuje się określeniem „wartość” a nie „cena”, w związku z czym mógł uwzględnić wartość wszystkich prac wykonanych w ramach wykazanej usługi, bez względu na to, czy powodowały one koszty u zamawiającego czy też nie.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego. Samodzielne ustalanie wartości usługi bezkosztowej, nieujętej w żadnym protokole, ustaleniach umownych, zleceniu czy temu podobnych dokumentach, z punktu widzenia zamawiającego nie jest miarodajne dla oceny spełniania warunku. W innym przypadku bezprzedmiotowe byłoby wynikające z § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), uprawnienie zamawiającego do zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane, o dodatkowe informacje i dokumenty w tym zakresie, jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego. Informacje uzyskiwane od takiego podmiotu nie potwierdzałyby

bowiem informacji podawanych przez wykonawców. Z okoliczności sprawy i przedłożonych dowodów wynika, że przystępujący doliczył do wykazanej wartości także usługi, które realizował w ramach zaoferowanej ceny bezkosztowo dla Urzędu, a w zakresie których ponosił faktycznie określone koszty. Izba uznała takie działanie za niedopuszczalne. Wycena tej wartości pozostała bowiem całkowicie w gestii wykonawcy, który mógł dowolnie ustalić wartość, tak by wykazać spełnianie warunków, a okoliczności te nie byłyby w żaden sposób weryfikowane.

W ocenie Izby przystępujący European Dynamics nie udowodnił zatem, że wartość usługi wykonywanej dla Irlandii Północnej wynosiła tyle, ile wymagał zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Fakt ten pozostaje jednak bez wpływu na ocenę zarzutu, ponieważ dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu należało wykazać dwie usługi spełniające warunki wskazane w s.i.w.z., zaś postawione wymogi spełniają usługi realizowane na rzecz Belgii i Zambii.

Z tych także względów, jak i z uwagi na treść art. 26 ust. 3 *in fine* ustawy P.z.p., zgodnie z którą zamawiający nie wzywa wykonawcy, jeżeli jego oferta podlega odrzuceniu, a z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie, Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i nie nakazała zamawiającemu zastosowania wskazanego przepisu.

W zakresie zarzutu dotyczącego usługi wykonywanej na rzecz Zambii, Izba przeprowadziła dowód z pisma zambijskiego urzędu zamówień publicznych z dnia 27 grudnia 2019 roku i stwierdziła, że informacje zawarte w piśmie potwierdzają, że zamówienie wykonywane na rzecz Zambii miało wartość spełniającą warunek udziału w postępowaniu oraz że zostało wykonane w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Izba podziela stanowisko, że za datę początkową realizacji usługi należy przyjąć datę zaakceptowania systemu, tj. 21 października 2016 roku.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący usługi wskazanej w pozycji 4. Izba wskazuje, że w tym zakresie odwołujący nie złożyli żadnych dowodów i nie odnosili się do tej usługi podczas rozprawy. Stwierdził, jedynie w jej toku, że nie była brana pod uwagę, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Usługa ta pozostaje bez wpływu na ocenę warunku udziału w postępowaniu, ponieważ – jak to już wyżej podkreślono – dla wykazania warunku należało wskazać 2 usługi spełniające wymogi wskazane w s.i.w.z., a za takie Izba uznała usługi wykonane na rzecz Belgii i Zambii. Odnosząc się do zarzutów odwołujących, iż systemy wykazywane na potwierdzenie warunku, miały być projektowane, budowane i wdrażane od podstaw, Izba wskazuje, że z treści warunku nie wynikało, że

wykonawcy nie mogli wskazywać kolejnych wydań istniejących systemów, gdyż przy każdym kolejnym wydaniu dochodzi do projektowania, budowy i wdrożenia. Jak podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, obydwaj odwołujący w swoich ofertach zaprezentowali takie samo rozumienie warunku, jak przystępujący European Dynamics. Odwołujący nie zaprzeczyli argumentacji zamawiającego w tym zakresie.

W ocenie Izby, nie potwierdził się tym samym podniesiony w odwołaniu Portal PZP zarzut zaniechania zwrócenia się przez zamawiającego do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane. Zamawiający nie miał obowiązku wyjaśniania złożonych dokumentów w sytuacji, gdy dwie ze wskazanych usług potwierdziły fakt spełniania warunku przez przystępującego European Dynamics. Wskazać należy, że zgodnie z § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwrócenie się do podmiotu, na rzecz którego zamówienie było wykonywane jest uprawnieniem zamawiającego, realizującym się w momencie, gdy złożony wykaz, oświadczenia lub inne dokumenty budzą jego wątpliwości. Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania podanych informacji, jeżeli ze złożonych już wykazów i wyjaśnień wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Izba uznała za bezzasadny podniesiony w odwołaniu Portal PZP zarzut zaniechania wezwania przystępującego European Dynamics do uzupełnienia wykazu osób w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w kontekście wykazania roli Eksperta ds. bezpieczeństwa oraz Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej/DevOps.

Jeśli chodzi o Eksperta ds. bezpieczeństwa wskazanego w ofercie przystępującego European Dynamics, Izba podtrzymuje argumentację wskazaną przy uzasadnieniu oceny zarzutów naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy European Dynamics, pomimo że wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego Eksperta ds. bezpieczeństwa.

Izba ustaliła, że przystępujący European Dynamics w złożonym wykazie wskazał jako osobę przewidzianą do pełnienia funkcji Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej Pana S. D., posiadającego certyfikat potwierdzający zdolność do projektowania i zarządzania chmurą EDHS (oferowane środowisko chmurowe).

Uzasadniając zarzut dotyczący osoby wskazanej jako Administrator systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej/DevOps, odwołujący Portal PZP podniósł, że certyfikat ten nie spełnia wymagań równoważności, ponieważ:

- do jego uzyskania, zgodnie z tłumaczeniem treści certyfikatu, nie był wymagany egzamin, a do referencyjnego certyfikatu wskazanego przez zamawiającego (Microsoft MCSD w zakresie Azure) jest wymagane zdanie egzaminu,

- certyfikat został wydany przez wykonawcę, a więc nie jest spełniony wymóg uprawnień do jego wydawania nadanych przez niezależną od wykonawcy jednostkę.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdz. IV s.i.w.z. (Warunki udziału w postępowaniu oraz warunki wykluczenia) pkt 3.3 ppkt 6, Administratorem systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej/DevOps (co najmniej 1 osoba), który spełnia m.in. następujący warunek: posiada certyfikat potwierdzający umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE.

Izba ustaliła, że zamawiający wobec innych osób wskazanych w s.i.w.z. jako personel kluczowy wymagał różnego rodzaju certyfikatów, które określał poprzez podanie ich nazw (np. certyfikat CISA lub CISSP dla Eksperta ds. bezpieczeństwa) oraz dodanie sformułowania „lub równoważny\*\*\*”, przy czym odnośnik „\*\*\*” został doprecyzowany pod wymaganiami w zakresie kluczowego personelu poprzez wskazanie warunków równoważności.

Izba ustaliła także, że zawarty w s.i.w.z. wymóg w zakresie certyfikatu potwierdzającego umiejętności w zakresie oferowanego środowiska chmurowego nie zawiera sformułowania „lub równoważny” oraz odnośnika „\*\*\*”, kierującego do przypisu określającego warunki równoważności.

Tym samym Izba stwierdziła, że wykonawca, wskazując osobę przewidzianą do roli Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej/DevOps, był obowiązany wykazać, że osoba ta legitymuje się certyfikatem w zakresie oferowanego środowiska chmurowego i nie musi to być certyfikat równoważny z Microsoft MCSD w zakresie Azure. Nazwa tego certyfikatu została podana jedynie przykładowo. Wykonawca mógł zatem wskazać inny certyfikat i certyfikat ten nie musiał spełniać wymogów równoważności wobec Microsoft Azure.

Izba uznała za bezzasadne żądanie nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego European Dynamics do uzupełnienia wykazu osób w zakresie spełnienia warunku dotyczącego osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazania roli Eksperta ds. bezpieczeństwa oraz Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej Dev/Ops.. Należy wskazać za orzecznictwem, abstrahując od niezasadności zarzutów naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., iż brak jest możliwości zastosowania trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 P.z.p., w wypadku złożenia

przez wykonawcę nieprawdziwej informacji (za wyrokiem KIO z dnia 26.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1754/19).

Izba uznała za nieuzasadniony podniesiony w odwołaniu Pentacomp zarzut zaniechania dokonania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum European Dynamics z uwagi na brak spełniania warunków udziału w postępowaniu – wykaz osób.

Odwołujący Pentacomp podniósł, że przystępujący European Dynamics w poz. 1 w wykazie osób – załącznik 1e wskazała Pana Ch. T. jako koordynatora projektu, który według oświadczenia zdobył doświadczenie jako kierownik projektu w projekcie Zambia e-Zamówienia w latach 01.01.2016 – 31.08.2016 oraz w projekcie System e-Zamówień dla Irlandii Północnej w latach 01.01.2017 – 31.12.2018.

Odwołujący zarzucił, że Pan Ch. T. nie był kierownikiem lub koordynatorem projektu we wskazanych projektach. Odwołujący powołał się na korespondencję prowadzoną z Zambijskim Urzędem Zamówień Publicznych oraz Construction&Procurement Delivery w Irlandii Północnej.

Izba ustaliła, że zamawiający w rozdz. IV s.i.w.z. (Warunki udziału w postępowaniu oraz warunki wykluczenia) pkt 3.3 ppkt 1 lit. b postawił warunek w zakresie osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora Projektu ze strony wykonawcy, zgodnie z którym osoba ta w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła rolę kierownika projektu w minimum 2 projektach informatycznych o wartości każdego z nich co najmniej 2 000 000 zł brutto obejmujących zaprojektowanie architektury rozwiązania, budowę i wdrożenie systemu teleinformatycznego zbudowanego w oparciu o mikroserwisy przez co najmniej 6 miesięcy w każdym z nich.

Rozstrzygając podniesiony zarzut, Izba przeprowadziła dowód z dokumentów:

- pisma ZPPA Zambia z dnia 29 listopada 2019 roku
- pisma ZPPA Zambia z dnia 12 grudnia 2019 roku
- wyciągu z protokołu posiedzenia zarządu European Dynamics SA z dnia 11 czerwca 2015 roku.

W piśmie z dnia 29 listopada 2019 roku ZPPA Zambia, na pytanie odwołującego Pentacomp o treści:

„Czy Pan Ch. T. był kierownikiem projektu / koordynatorem projektu z ramienia European Dynamics przez co najmniej 6 miesięcy w projekcie wdrożenia systemu lub projekcie utrzymania systemu?”

udzielił następującej odpowiedzi:

„Kierownikiem projektu z ramienia European Dynamics był początkowo Pan A. H., a w roku 2018 zastąpił go Pan S. K.”.

Pismem z dnia 12 grudnia 2019 roku, skierowanym do odwołującego Pentacomp, ZPPA Zambia oświadczył:

„(...) wycofujemy swoje pismo z dnia 29 listopada 2019 r. i oświadczamy, że jego treść jest nieważna. (...) Uprzejmie prosimy o zniszczenie pisma przekazanego wam 29 listopada 2019 i wycofanie go z jakichkolwiek postępowań przed jakimkolwiek organem publicznym lub sądowym, w których mogło być użyte”.

W ocenie Izby ZPPA Zambia, który jest autorem pisma z 29 listopada 2019 roku, jest jednocześnie dysponentem zawartych w nim informacji. Informacje zawarte w piśmie były oświadczeniem wiedzy, nie woli nadawcy, zatem ZPPA Zambia był uprawniony do wycofania się z nich. Tym samym treść pisma nie może stanowić potwierdzenia zarzutu postawionego w odwołaniu.

Z protokołu posiedzenia zarządu European Dynamics SA z dnia 11 czerwca 2015 roku wynika natomiast, że Pan A. H. na wskazanym zadaniu był kierownikiem projektu odpowiedzialnym za wszelką komunikację z klientem, kwestie administracyjne i podatkowe związane z realizacją projektu, pracującym z siedziby firmy lub siedziby klienta. Z kolei Pan Ch. T. miał być koordynatorem projektu odpowiedzialnym za organizację pracy zespołu i wszystkie aspekty organizacyjne związane z realizacją projektu, pracującym w siedzibie firmy.

W ocenie Izby pan Ch. T. spełnia wymogi wskazane w s.i.w.z. Zakres obowiązków przydzielony wskazanej osobie wskazuje, że to ona w istocie była odpowiedzialna za realizację projektu. Bez znaczenia pozostaje tu kwestia nazewnictwa wymaganej funkcji („koordynator” zamiast „kierownik”). Z punktu widzenia zamawiającego istotny jest bowiem zakres zadań i stopień odpowiedzialności. Zdaniem Izby, nie ma również przeciwwskazań co do tego, by funkcja ta była pełniona w siedzibie firmy.

Odwołujący Pentacomp nie udowodnił również, że Pan Ch. T. nie był kierownikiem projektu wykonywanego dla Irlandii Północnej. Nie sposób uznać bowiem za dowód w sprawie pisma Construction&Procurement Delivery w Irlandii Północnej, z którego wynika, że urząd ten nie może potwierdzić, czy wskazana osoba była kierownikiem projektu, gdyż nie posiada takich informacji.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty dotyczące osoby wskazanej do pełnienia funkcji Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej/DevOps.



Odwołujący Pentacomp zarzucił, że wskazana osoba posiada doświadczenie w pracy przy projektach, które były realizowane w oparciu o chmurę EDSH, która nie posiada możliwości uruchomienia kontenerów, oraz że nie posiada ona certyfikatu równoważnego wobec Microsoft MCSD w zakresie Azure.

Przystępujący European Dynamics wskazał do pełnienia tej funkcji Pana S. D.

Izba podtrzymuje argumentację wyrażoną przy rozpoznawaniu zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego European Dynamics z uwagi na brak wymaganego doświadczenia polegającego na wykonaniu usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, w którym komponenty systemu były wdrażane jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym. Przystępujący European Dynamics wskazał, że Pan S. D. brał udział przy realizacji projektów dla Belgii, Zambii i Malty. Odwołujący Pentacomp nie udowodnił, że projekty dla Zambii i Belgii nie posiadały wymaganej cechy, tym samym brak jest podstaw do uznania, że Pan S. D. – pracując przy nich – nie nabył doświadczenia wymaganego w s.i.w.z. W tym zakresie Izba przywołuje stanowisko w zakresie argumentacji przedstawionej przez przystępującego w odpowiedzi na złożoną opinie prywatną. Należy również wskazać, że ta opinia opierała się w dużej mierze wyłącznie na materiałach dostępnych przez przeglądarki internetowych, za pomocą których badano referencyjne projekty. Taka metoda może budzić wątpliwości co do jej miarodajności i pewności osiągniętego wyniku badania zastosowanych rozwiązań. Zamawiający dysponował w złożonym wykazie wyraźnym oświadczeniem co do zakwestionowanej osoby i nie zostało ono skutecznie podważone podczas rozprawy

W zakresie dotyczącym braku równoważności certyfikatu Izba podtrzymuje argumentację wskazaną przy uzasadnieniu oceny analogicznego zarzutu podniesionego w odwołaniu Portal PZP.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący nieuprawnionego przyznania konsorcjum European Dynamics 25 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia” 15 pkt. oraz „Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia” 10 pkt.

Izba ustaliła, że zamawiający w rozdz. XI pkt. 5.2 i 5.3 opisał pozacenowe kryteria oceny ofert:

5.2. Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia (Dev)

W ramach tego kryterium oceniane będzie dodatkowe doświadczenie i wiedza jednego z deweloperów/programistów wskazanych na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3. ppkt 7 SIWZ określonych przez Zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę.

W ramach tego kryterium Zamawiający przyzna punkty Wykonawcy, który na czas realizacji zamówienia będzie dysponował Deweloperem/Programistą, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 3 miesiące pełnił rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) (generowanie i zabezpieczanie kluczy szyfrujących z wykorzystaniem sprzętowej ochrony HSM) w co najmniej jednym systemie teleinformatycznym.

Wykonawca, który wykaże, że Deweloper/Programista zaangażowany w realizację zamówienia posiada opisane wyżej doświadczenie i wiedzę otrzyma 15 pkt.

#### 5.3. Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia (An)

W ramach tego kryterium oceniane będzie dodatkowe doświadczenie i wiedza Analityka, wskazanego na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Kluczowy Personel), oprócz usług, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt 3 SIWZ. określonych przez Zamawiającego dla osoby pełniącej tę rolę. W ramach tego kryterium Zamawiający przyzna punkty Wykonawcy, za dysponowanie analitykiem, który dodatkowo: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 6 miesięcy pełnił rolę analityka przy wdrożeniu co najmniej jednego systemu teleinformatycznego służącego udzielaniu zamówień w trybach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca, który wykaże, że Analityk zaangażowany w realizację zamówienia posiada opisane wyżej doświadczenie i wiedzę otrzyma 10 pkt.

Przystępujący European Dynamics przewidział do pełnienia funkcji Dewelopera/Programisty dwie osoby – Pana I. B i Pana M. M. – i wskazał, że obie te osoby realizowały projekty dla Belgii, Irlandii Północnej i Zambii.

Zarzut odwołania opierał się na twierdzeniu, iż wskazane projekty nie spełniają wymagań określonych dla funkcji Dewelopera/Programisty. Argumentacja odwołującego była analogiczna jak w przypadku zarzutu dotyczącego braku stosownego doświadczenia po stronie European Dynamics z uwagi na fakt, że wykazywane przez niego usługi nie spełniają wymagań określonych w rozdz. IV pkt 3.1. s.i.w.z.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał, aby osoba wskazana w ramach kryterium oceny ofert była również wskazana w wykazie osób składanym na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający wprost wskazał w pkt. 5.2, że oceniać będzie dodatkowe doświadczenie i wiedzę jednego z deweloperów/programistów, zatem wykonawcy w wykazie osób – załącznik 1d, powinni wskazać jedną osobę – dewelopera/programistę, który będzie podlegał ocenie zamawiającego.

Izba podtrzymuje argumentację wyrażoną przy rozpoznawaniu zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego European Dynamics z uwagi na brak wymaganego doświadczenia polegającego na wykonaniu usługi polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego, które spełniają 3 spośród 5 wymogów wskazanych w rozdz. IV pkt 3.1. s.i.w.z. Odwołujący Pentacomp nie udowodnił, że projekty dla Zambii, Belgii i Irlandii Północnej nie posiadały wymaganych cech, tym samym brak jest podstaw do uznania, że wskazane osoby – pracując przy nich – nie nabyły doświadczenia wymaganego w s.i.w.z.

Odnosząc się do stanowiska, iż wykonawca powinien był wskazać tylko jedną osobę w ramach wskazanego kryterium, Izba wskazuje, że opis kryterium Dev nie zawierał takiego zastrzeżenia. Zamawiający nie określił w s.i.w.z. żadnych negatywnych konsekwencji ani też szczególnego sposobu postępowania w sytuacji, gdy wykonawca wskaże w wykazie nr 1d obydwu deweloperów/programistów.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż w zamawiający nie był również uprawniony do arbitralnego decydowania na etapie oceny ofert, że w takim przypadku weźmie pod uwagę wyłącznie pierwszego (lub drugiego) z deweloperów. Wobec nieokreślenia w treści s.i.w.z. ścieżki postępowania w sytuacji, gdy wykonawca wskazał więcej niż jedną osobę w wykazie osób, zamawiający mógł przyznać punkty w ramach tego kryterium, gdy którakolwiek z osób wskazanych przez Wykonawcę jako Deweloper/Programista spełniała wymagania określone w opisie tego kryterium.

Przystępujący European Dynamics wskazał Pana K. (K.) M. jako osobę przewidzianą do pełnienia funkcji Analityka i podał, że osoba ta realizowała projekty dla Zambii, Irlandii Północnej i Belgii.

Zarzut odwołania opierał się na stwierdzeniu, iż zamawiający w s.i.w.z. zastrzegł, że doświadczenie osoby ma wynikać z pracy przy wdrożeniu systemu informatycznego, który to system obejmuje tryby udzielania zamówień określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, która jest polską ustawą zamówieniową i w której określone są tryby i zasady

udzielania zamówień w ramach tych trybów, które w swojej specyfice mogą różnić się od trybów udzielania zamówień w Zambii, Irlandii Północnej czy Belgii.

Izba podkreśla, że zamawiający, przy konstruowaniu warunku, nie przywołał polskiej ustawy – Prawo zamówień publicznych – wraz podaniem jej daty uchwalenia oraz miejsca publikacji. Argument, iż wskazany w treści warunku tytuł dotyczy wyłącznie polskiej ustawy jest zatem nieuprawniony. Ponadto zamawiający wymagał, by system informatyczny, o którym mowa w treści warunku, obejmował tryby określone w ustawie, co nie oznacza, że takie tryby nie występują w ustawach zamówieniowych innych państw, przy czym zamawiający nie określił jakichkolwiek szczegółowych wymagań dla owych „trybów”. Odwołujący podniósł, że tryby określone polską ustawą mogą różnić się od trybów określonych ustawami Zambii, Irlandii Północnej i Belgii, ale tego nie udowodnił. Wreszcie – Izba wskazuje, że załącznikiem do s.i.w.z. był słownik pojęć, który w pkt. 1.49 określił, że w dokumentacji postępowania polska ustawa – Prawo zamówień publicznych – określona jest jako „Pzp”. Skoro zamawiający nie użył tego skrótu w treści warunku, nie wymagał, by tryby udzielania zamówień objęte systemem teleinformatycznym, były trybami określonymi wyłącznie w polskiej ustawie. Interpretację wyrażenia „Prawo zamówień publicznych” należy przeprowadzić w szerszym kontekście pojęciowym jako rodzaj dziedziny, gałęzi prawa, nie zawężać tego pojęcia tylko do polskiego systemu prawnego.

Tym samym Izba uznała za nieuzasadniony zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania European Dynamics na podstawie art. 24 ust. 16 i 17 ustawy P.z.p., z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego. Zarzut ten opierał się bowiem na argumentacji podniesionej w uzasadnieniu zarzutów wskazanych wyżej, tzn. był odnoszony zarówno do wykazu usług, wykazu osób, jak i przyznanej punktacji European Dynamics.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Portal PZP z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia w błąd zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że Portal PZP dysponuje podwykonawcami i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w ramach kryterium oceny ofert, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Portal PZP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Podniesiony zarzut nie został przez odwołującego Pentacomp skonkretyzowany ani udowodniony. Mimo że w treści odwołania odwołujący stwierdził, że treść informacji w ofercie Portal PZP została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa i zastrzega sobie prawo rozbudowania argumentacji w terminie późniejszym, również na rozprawie nie udowodnił podniesionego zarzutu. Odwołujący Pentacomp zakwestionował jedynie udział Pana R. K.,

przewidzianego do pełnienia roli Analityka, we wdrożeniu Zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzania Uczelnią, realizowanego na rzecz Uniwersytetu Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie. Odwołujący Pentacomp, w celu udowodnienia zarzutu, złożył jedynie wydruk z korespondencji mailowej z pracownikiem Działu Zamówień Publicznych UMCS w Lublinie, z której wynikało, że – zgodnie z informacją uzyskaną od wykonawcy – Pan R. K. nie brał udziału we wdrożeniu systemu. Izba uznała wskazany dowód za niewiarygodny. Informacja podana w mailu nie jest informacją, o której wiedzę musiał mieć zamawiający prowadzący wskazane postępowanie, nie wyjaśniono, czy informacji udzielał pracownik zamawiającego posiadający w zakresie realizowanej inwestycji jakąkolwiek wiedzę, przedstawiono informację uzyskaną od bliżej niesprecyzowanego wykonawcy. Nie wiadomo również, kto w imieniu wykonawcy informacji tej udzielał. Jednocześnie, w ocenie Izby nie można w sposób automatyczny zakładać, co czynił Pentacomp w odwołaniu, iż brak otrzymania określonej punktacji przez Portal PZP w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizację zamówienia” oraz „Doświadczenie i wiedza Analityka zaangażowanego w realizację zamówienia” - wykaz osób załącznik 1 d, stanowi de facto o podaniu nieprawdziwych informacji. Tym samym Izba uznała podniesiony zarzut za nieuzasadniony.

Z uwagi na powyższe Izba uznała zarzut dotyczący dokonania wyboru oferty European Dynamics jako najkorzystniejszej w postępowaniu za zasadny z uwagi na fakt, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlega odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....  
.....