

Sygn. akt: KIO 663/21 KIO 667/21

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Ernest Klauziński

Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 roku przez wykonawców:

- A. **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 663/21)
- B. **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 667/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- A. **ESKOM IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 663/21 oraz KIO 667/21 po stronie Zamawiającego,
- B. **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 663/21 po stronie Odwołującego,
- C. **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 667/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 663/21 i KIO 667/21** w zakresie zarzutów zaniechania ujawnienia w części informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco

niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Eskom IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny tego wykonawcy, a w konsekwencji uwzględnia zarzut wyboru oferty wykonawcy Eskom IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej, **oraz w sprawie KIO 663/21** uwzględnia w części zarzut zaniechania ujawnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia złożonego wraz z ofertą, i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 - 1.3. odrzucenie oferty wykonawcy Eskom IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - 1.4. ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w części dotyczącej ogólnodostępnego raportu płacowego wskazanego w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę Eskom IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
 - 1.5. ujawnienie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przez Eskom IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w części zawierającej dane personalne tych osób oraz podstawę dysponowania tymi osobami.
2. W pozostałym zakresie oddala obydwie odwołania.
3. Kosztami postępowania **w sprawach KIO 663/21 i KIO 667/21** obciąża Odwołujących **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna i Asseco Poland Spółka Akcyjna** w 62,5% oraz Zamawiającego **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w 37,5%, i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. w sprawie **KIO 663/21** zasądza od **Skarbu Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** na rzecz **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna** kwotę 6 975 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą w części zwrot wpisu od odwołania i uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.3. w sprawie **KIO 667/21** zasądza od **Skarbu Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** na rzecz **Asseco Poland Spółka Akcyjna** kwotę 5 625 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą w części zwrot wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług utrzymania i rozwoju systemu Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego, nr referencyjny: BDG.ZPB.230.39.2020. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2019/S 229-562397. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Zamawiający 18 lutego 2021 r. przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Eskom IT Sp. z o.o. (dalej: „Eskom”). 1 marca 2021 r. wykonawcy: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (dalej „Odwołujący Pentacomp”) w sprawie sygn. akt KIO 663/21 oraz Asseco Poland S.A. (dalej „Odwołujący Asseco”) w sprawie sygn. akt KIO 667/21 wnieśli odwołania, w których zakwestionowali m.in. czynność wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Sygn. akt KIO 663/21

Odwołujący Pentacomp zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) przez zaniechanie odtajnienia części oferty Eskom w zakresie wykazu osób oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, podczas gdy nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, zaś wykonawca Eskom nie wykazał przesłanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nie załączył dowodów, zatem informacje te winny podlegać odtajnieniu;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i wybór oferty wykonawcy Eskom zamiast dokonania czynności odrzucenia tej oferty z uwagi na rażąco niską cenę oferty, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty Eskom nie jest

rażąco niska, a wykonawca ten nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaofiarowana przez niego cena nie jest rażąco niska;

- 3) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust 12 ustawy w zw. z art. 24 ust 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę spełniania przez wykonawcę Eskom warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wybór oferty Eskom, zamiast wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w części II lit. A pkt 1.1. SIWZ, a w konsekwencji zaniechania uznania oferty Eskom za odrzuconą;
- 4) art. 22 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust 12 ustawy w zw. z art. 24 ust 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę spełniania przez wykonawcę Eskom warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego i wyborze oferty Eskom, zamiast wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania w sytuacji gdy, wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w części II lit. A pkt 1.2. SIWZ, a w konsekwencji zaniechania uznania oferty Eskom za odrzuconą;
- 5) art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że Eskom spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty wykonawcy Eskom za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu jako najkorzystniejszej;
- 6) art. 7 ust 1 i 3, art. 89 ust 1 pkt 3, art. 91 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 3 ust 1 i art. 15 ust 1 UZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eskom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającego na złożeniu oferty z rażąco niską ceną oraz wskazanie na doświadczenie, którego Eskom nie nabył, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu jako najkorzystniejszej;
- 7) art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy Eskom jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów określonych w ust. 3-6 powyżej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 8) art. 26 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę spełniania przez wykonawcę Eskom warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wyborze oferty Eskom i zaniechanie wezwania Eskom do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w sytuacji, gdy przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eskom,
 - 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
 - 3) wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
 - 4) odrzucenia oferty wykonawcy Eskom, jako zawierającej rażąco niską cenę,
 - 5) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego Pentacomp,
- ewentualnie o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eskom,
- 2) wezwania wykonawcy Eskom do uzupełnienia wykazu usług i osób wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Pentacomp wskazał m.in.:

Ad Zarzut zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy Eskom

W ocenie Odwołującego Pentacomp informacje opisane w odwołaniu zostały niezasadnie zastrzeżone przez wykonawcę Eskom jako tajemnica przedsiębiorstwa, w celu utrudnienia, a właściwie uniemożliwienia weryfikacji oferty przez Odwołującego. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne. Zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien udostępnić do wglądu dokumenty, których ujawnienia Odwołujący żąda w odwołaniu. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnej oceny zastrzeżonych jako tajemnica informacji, czego w ocenie Odwołującego Zamawiający nie dokonał. Co prawda wykonawca Eskom dokonał formalnej czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ustawowym terminie, jednakże złożone uzasadnienie, jak i treść samych zastrzeżonych informacji oraz

brak dowodów potwierdzających zasadność utajnienia informacji nie pozwala uznać, że wykazał, w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że zastrzeżone informacje istotnie stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

W okolicznościach postępowania brak jest podstaw prawnych do uznania informacji zawartych w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku, jak również wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. Co do zasady wyłączona jest możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa na mocy art. 11 ust. 2 UZNK takich informacji, których pozyskanie jest możliwe w zwykłym toku czynności, a szczególnie, gdy obowiązek ich ujawnienia wynika z przepisów prawa.

Odwołujący Pentacomp powołując się m.in. na orzecznictwo Izby stwierdził, że dopuszczalność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa traktowana jest w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jako wyjątek o zasady jawności. Zamawiający dla zapewnienia realizacji nadrzędnej zasady jawności postępowania, a przy tym także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, ma obowiązek każdorazowego weryfikowania zastrzeżenia tajności złożonych przez wykonawców informacji. Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, mającego na celu ustalenie istnienia podstaw prawnych i faktycznych takiego zastrzeżenia. Biorąc pod uwagę zakres dokonanego przez Eskom zastrzeżenia, Odwołujący nie ma pełnej wiedzy, czy wszystkie informacje zawarte w dokumentacji złożonej przez wykonawcę Eskom istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zastrzeżenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, Zamawiający niesłusznie nie odtajnił informacji rzekomo stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Eskom. Jako profesjonalista na rynku IT Odwołujący ma wiedzę i możliwość rzetelnej oceny informacji objętych przez Eskom tajemnicą, na które to okoliczności uwagę Zamawiającego mógłby zwrócić, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów. Osoby na których doświadczenie powołuje się wykonawca Eskom z pewnością udostępniają informacje o swoim doświadczeniu zawodowym w portalach typu <https://www.linkedin.com/>, zatem informacje odnośnie doświadczenia tych osób, czy też obecnego miejsca zatrudnienia, współpracy z danym podmiotem, mogą okazać się informacjami ogólnodostępnymi. Dalej wskazując na wyrok z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 92/19 w którym Izba oceniła, że Zamawiający niezasadnie uznał za prawidłowe utajnienie jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia podał, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji w tym zakresie i w sposób nieuprawniony uznał, że informacje zamieszczone w wykazie osób stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Wykonawca Eskom nie wykazał bowiem jednej z podstawowych przesłanek umożliwiających wykonawcy zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. podjęcia działań w celu zachowania w poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i przedstawienia dowodów, że takie działania zostały podjęte. W złożonym wraz z ofertą zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącym wykazu osób Eskom nie powołuje się, ani nie składa żadnych dowodów na potwierdzenie podjęcia takich działań. Z kolei wskazane w treści uzasadnienia fragmenty regulacji wewnętrznych, czy umów nie odnoszą się w żaden sposób do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień zaoferowanej ceny Eskom nie przedstawia żadnych dowodów w tym zakresie, co prawda powołuje się na pewne postanowienia umów o pracę czy ofert, jednak fragmenty te nie odnoszą się do całości wyjaśnień czy dokumentów składanych wraz nimi.

W podsumowaniu Odwołujący Pentacomp stwierdził, że wykonawca Eskom nie sprostął obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co generowało po stronie Zamawiającego obowiązek odsłonięcia informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ad Zarzut rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Eskom

W ocenie Odwołującego Pentacomp oferta złożona przez wykonawcę Eskom zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wskazując, w ślad m.in. za przywołanym orzecznictwem Izby, sposób rozumienia rażąco niskiej ceny, Odwołujący Pentacomp podał, że dla oceny, czy dana cena ma charakter ceny rażąco niskiej, konieczne jest dokonanie jej oceny pod kątem następujących kwestii: odniesienia ceny danej oferty do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a więc kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odniesienia ceny danej oferty do pozostałych ofert, oceny, czy zgodnie z najlepszą wiedzą i znajomością realiów rynkowych cena danej oferty jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Po rozważeniu ww. okoliczności stanowiących wytyczne dla uznania, że cena jest rażąco niska, Odwołujący stwierdził, że cena zaoferowana przez Eskom ma taki charakter. Wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zobowiązani byli wycenić w ramach zamówienia podstawowego usługi utrzymania oraz oddzielnie usługi rozwoju, obie te usługi składały się łącznie na cenę oferty. Dodatkowo istotną kwestią jest, że cena zaoferowana w ramach usługi rozwoju była jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Zarówno cena zaoferowana przez wykonawcę Eskom za realizację usługi utrzymania jak i za świadczenie usług rozwoju budzi istotne zastrzeżenia. Cena zaoferowana

za usługę utrzymania jest co prawda zbliżona do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, jednak jest ona w jego przypadku wynikiem poczynionych oszczędności, możliwych do osiągnięcia tylko przez niego, jako twórcy systemu KREPT. Szczegółowe wyjaśnienie znajduje się w złożonych przez Odwołującego Pentacomp wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, znajdujących się w dokumentacji postępowania (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa). Eskom nie ma możliwości poczynienia takich oszczędności. Z tych też względów cena za świadczenie tej usługi nie może uwzględniać wszystkich koniecznych do poniesienia kosztów.

Z kolei za świadczenie usługi rozwoju wykonawca Eskom zaoferował cenę 147,60 zł brutto za jedną roboczogodzinę, podczas gdy Odwołujący Pentacomp zaoferował 220,17 zł brutto, natomiast Asseco Poland S.A. 282,90 zł brutto. Oznacza to, że oferta Eskom jest niższa w tym zakresie o 33% od oferty Odwołującego oraz o 48% niższa od oferty Asseco Poland S.A. Zdaniem Odwołującego cena zaoferowana przez Eskom za usługę rozwoju uniemożliwia temu wykonawcy realizację usług rozwojowych zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ bez poniesienia straty w tym zakresie. Zamawiający w dniu 30 grudnia 2020 r. wezwał Eskom do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Odwołujący Pentacomp stwierdził, że jego zdaniem wykonawca Eskom nie sprostał obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wskazuje na to oparcie wyjaśnień na ofertach podwykonawców i sprzeczność wyjaśnień z treścią oferty. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie Eskom, wykonawca ten zamierzał powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. W tym zakresie wykonawca Eskom wskazał: „Oświadczam, że Wykonawca zrealizuje zamówienie w następującym zakresie przy udziale podwykonawców*: Zadania w zakresie usług rozwoju; modyfikacji i rozbudowy systemu; konkretny podwykonawca nie jest znany na tym etapie postępowania.” Jednocześnie Odwołujący Pentacomp zauważył, że wykonawca Eskom nie wskazywał, że będzie polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wskazał nazw podwykonawców, którzy będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia. Z części jawnej wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Eskom wynika, że wyjaśnienia te zostały przygotowane w oparciu o oferty podwykonawców. Oferty pochodzą z dnia 15 grudnia 2020 r., zatem wykonawca Eskom otrzymał je przed upływem terminu składania ofert, co oznacza, że w dniu składania ofert miał wiedzę na temat podwykonawców, którym może powierzyć część zadań w ramach przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie zdecydował się na ich wskazanie w ofercie. Należy zatem uznać, że dla samego wykonawcy Eskom oferty te nie miały żadnej wartości i nie wpływały w żaden

sposób na przygotowanie jego oferty, a z pewnością nie mogły mieć wpływu na zaoferowaną przez Eskom cenę za usługi rozwoju. Zatem oferty podwykonawców złożone wraz z wyjaśnieniami zaoferowanej ceny nie mają w zasadzie żadnej wartości dowodowej, nie wiążą bowiem w żaden sposób podwykonawców, wykonawca Eskom wskazał w treści oferty, że nie jest w stanie wskazać podwykonawców jakim powierzy zadania w ramach przyszłej umowy. Zatem podwykonawcy nie są w żaden sposób związani złożonymi ofertami, a ich ostateczny kształt może znacznie się różnić na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca Eskom chcąc mieć pewność co do zaoferowanych cen winien podpisać stosowne umowy przedwstępne z podwykonawcami, zobowiązujące ich do realizacji określonych zadań za zaoferowane wynagrodzenie, czego zdaniem Odwołującego nie uczynił. Oparcie wyjaśnień zaoferowanej w postępowaniu ceny, na ofertach podwykonawców, którzy mogą odstąpić od wykonania określonych zadań, nie może być uznane za wystarczający środek dowodowy. Działanie Eskom, miało jedynie na celu obejście przepisów ustawy Pzp, poprzez umożliwienie nieskładania szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji w zakresie zaoferowanej ceny. W konsekwencji Eskom nie przedstawił dowodów na potwierdzenie wyliczenia zaoferowanej w postępowaniu ceny. Tego typu sposób udzielenia wyjaśnień godzi w podstawowe zasady prawa zamówień publicznych i jest swoistym obejściem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że nawet w przypadku powoływania się w wyjaśnieniach na oferty podwykonawców, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że kalkulacje te potwierdzają możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za wskazaną w tych ofertach cenę. Czyli to podwykonawca powinien przedstawić wykonawcy konkretną kalkulację, bowiem również wykonawca musi mieć pewność, że podwykonawca będzie w stanie zrealizować zlecone prace. Brak stosowanych kalkulacji w ofertach podwykonawców i przedstawienie jedynie ceny, na podstawie bliżej nieokreślonych danych, nie ma żadnej wartości dowodowej i oferty te nie mogą stanowić potwierdzenia, że zaoferowana w postępowaniu cena nie jest rażąco niska. Ponadto jednym z warunków udziału w postępowaniu określonym w części II lit. A pkt 1.2. SIWZ jest dysponowanie osobami wyznaczonymi do świadczenia usług objętych zamówieniem, posiadającymi określone kwalifikacje i doświadczenie. Zatem wykonawca Eskom wykazał, że będzie bezpośrednio dysponował lub dysponuje wskazanymi osobami. W wyjaśnieniach powinien więc uwzględnić koszty konkretnych osób skierowanych do realizacji zamówienia i jednocześnie przedstawić dowody na potwierdzenie wynagrodzenia, jakie te osoby otrzymują, czego zdaniem Odwołującego, wykonawca Eskom nie uczynił. Obowiązek ten jest jednoznaczny, również ze względu na treść § 2 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy w postępowaniu.

Następnie Odwołujący Pentacomp wskazał na cenę za świadczenie usług rozwoju, która w jego ocenie jest ceną nierealną, za którą wykonawca ten nie jest w stanie w sposób należyty zrealizować przedmiotu zamówienia określonego w postępowaniu. Wynagrodzenie w wysokości 147,60 zł brutto za roboczogodzinę jest znacznie poniżej stawek za tego typu usługi oferowanych na rynku usług IT i prowadzi do wniosku, że wykonawca Eskom zaoferował cenę poniżej kosztów, jakie musi ponieść w związku ze świadczoną usługą. Średnie stawki rynkowe za realizację usług rozwoju kształtują się na poziomie 220,00 zł brutto za roboczogodzinę/roboczodzień. Co potwierdza, że stawka zaoferowana przez wykonawcę Eskom jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Na podstawie informacji uzyskanych od Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „UKE”), dla którego wykonawca Eskom realizował m.in. usługi rozwoju, a którą to usługę Eskom wskazał na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu wskazał, że cenę za usługi rozwoju świadczone przez wykonawcę Eskom można ustalić na podstawie umowy dodatkowej zrealizowanej na rzecz UKE, którą zgodnie z informacją przekazaną przez UKE, wykonawcę Eskom zrealizował za wynagrodzeniem wyliczonym w oparciu o stawkę za jedną roboczogodzinę wynoszącą 200 zł netto. Usługa dodatkowa realizowana była w trakcie trwania umowy głównej z UKE, data realizacji przez UKE została bowiem wskazana na dzień 15 lutego 2020 r., a umowa główna została wykonana w grudniu 2020 r. Natomiast część usług rozwoju była wykonywana do maja 2020 r. Wyceniając tę usługę Eskom nie musiał uwzględniać tworzenia nowego zespołu do realizacji usługi dodatkowej, gdyż miał już zespół, który znał i wykonywał prace na rzecz UKE, zatem był w stanie zaoferować stawkę na wskazanym poziomie. Nie sposób zatem uznać, że stawka zaoferowana w postępowaniu w kwocie 120 zł netto jest stawką realną, zapewniającą Eskom osiągnięcie zysku. Dodatkowo, Odwołujący zauważył że Eskom w postępowaniu na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu złożył wykaz usług wraz z dowodami na potwierdzenie ich należytego wykonania, tj. usługę zrealizowaną na rzecz UKE. Eskom oświadczył, w złożonym wykazie usług, że usługi rozwoju w ramach umowy z UKE miały wartość powyżej 1 000 000 zł brutto. Odwołujący wystąpił do UKE z wnioskiem o dostęp do informacji publicznej, w ramach którego uzyskał również umowę zawartą z UKE oraz umowy dodatkowe jakie zostały zawarte z Eskom. Usługi rozwoju w ramach tej umowy miały mieć maksymalny wymiar 220 roboczodni. Zatem aby wartość usług rozwoju mogła wynosić 1 000 000 zł brutto, wskazaną przez Eskom w wykazie usług złożonym w postępowaniu, wartość jednego roboczodnia należałoby określić na kwotę ok. 4 600 zł brutto, co przy standardowym, stosowanym w branży podejściu, zakładającym, że roboczodzień to 8h, oznaczałoby, że jedna roboczogodzina miałaby wartość ok. 575 zł brutto. Całkowicie zatem przeczy to twierdzeniu Eskom, że możliwe jest świadczenie usług rozwoju za wynagrodzenie w wysokości 147,60 zł brutto za roboczogodzinę.

W dalszej kolejności Odwołujący Pentacomp zaznaczył, że jest podmiotem z wieloletnim doświadczeniem na rynku IT, wskazał, że wykonanie zamówienia w zakresie określonym przedmiotem zamówienia za cenę zaoferowaną przez Eskom jest niemożliwe. Zaoferowana przez wykonawcę Eskom cena jest nierealna i przy zachowaniu wszelkich rynkowych reguł i należytej staranności realizacja zamówień wykonawczych za wskazaną cenę byłaby nierentowna i nieopłacalna. Zaoferowana cena ma zagwarantować wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi w SIWZ (jakość realizacji, terminowość prac itp.). W przypadku tego zamówienia ustalone standardy jakościowe są bardzo wysokie, czego dowodem jest wysokość kar umownych, które Zamawiający ma prawo naliczyć wykonawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania zamówienia. Ponadto, cena oferty ma zapewnić, że zamówienie będzie wykonane przy zachowaniu wszelkich zasad bezpieczeństwa i najwyższych standardów, przy jednoczesnym zaangażowaniu odpowiedniej liczby właściwie wykwalifikowanego personelu i przy odpowiednim nakładzie czasu. Ewentualne dokonywanie oszczędności przez wykonawcę Eskom wyrażające się w obniżeniu ceny za realizację zamówienia kosztem jakości i terminowości wykonania jest całkowicie niedopuszczalne. W przypadku wykonawcy Eskom nie występują żadne szczególne oszczędności, które umożliwiłyby ww. wykonawcy zaoferowanie tak niskiej ceny, co wskazuje, że cena została nieodpowiednio skalkulowana. Wyceniając usługę utrzymania oraz stawkę za jedną roboczogodzinę świadczenia usług rozwojowych, wykonawca Eskom powinien wziąć pod uwagę wszelkie koszty związane z realizacją tej usługi, takie jak: koszty specjalistów z uwzględnieniem zastępowalności na czas urlopów i innych nieobecności, podwyżek wynagrodzenia w okresie realizacji umowy, usług serwisowych z uwzględnieniem parametrów SLA; koszty administracyjne w tym koszty zarządu; koszty zapoznania się z dokumentacją systemu; koszty budowy środowisk deweloperskiego, testowego i szkoleniowego; koszty przeniesienia ośrodka podstawowego oraz przeniesienia ośrodka zapasowego; koszty usług gwarancyjnych; ryzyko na wykonanie prac rozwojowych, które będą zlecenie w formie umowy o dzieło z ustalonym zakresem i liczbą osobodni, koszty oprogramowania i zakupu licencji. Już same średnie rynkowe koszty personelu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia przekraczają stawkę zaoferowaną w postępowaniu przez Eskom. Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego Pentacomp średnia stawka dostępnych na rynku specjalistów w tym zakresie przekracza 220,00 zł brutto za roboczogodzinę. Mając na względzie powyższe zdaniem Odwołującego Eskom składając wyjaśnienia zaoferowanej w postępowaniu ceny, nie uwzględnił w nich wszystkich niezbędnych kosztów jakie wykonawca musi ponieść przy wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w postępowaniu. Zatem nie sprostął obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Ad Zarzut błędnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia

Odwołujący Pentacomp przytoczył treść warunku zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w części II lit. A pkt 1.1. SIWZ oraz stwierdził, że Eskom na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu wskazał usługę zrealizowaną dla UKE w ramach konsorcjum. Zgodnie ze złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazem usług oraz referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie usługa ta polegała na świadczeniu usług utrzymania, gwarancji, serwisu i usług rozwoju systemu Platforma Lokalizacyjno - Informacyjna z Centralną Bazą Danych (PLI CBD) oraz dostawy sprzętu i oprogramowania wraz z instalacją, skonfigurowaniem, uruchomieniem i integracją sprzętu i oprogramowania z aplikacją PLI CBD i infrastrukturą informatyczną PLI CBD. W wykazie usług w zakresie wymaganej usługi utrzymania podał: „zamówienie o wartości ponad 1 mln zł brutto, polegające na świadczeniu usługi utrzymania systemu informatycznego o architekturze min. 3 warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych; dla ponad 1000 użytkowników trwające 36 miesięcy;” zaś w wykazie usług w zakresie wymaganej usługi rozwoju podał: „zamówienie o wartości ponad 1 mln zł brutto; polegające na świadczeniu ponad 12-miesięcznej nieprzerwanej usługi rozwoju systemu informatycznego o architekturze min. 3 warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych, dla ponad 1000 użytkowników”

Zdaniem Odwołującego Pentacomp wykonawca Eskom nie wykazał rzeczywistej wartości zrealizowanych usług utrzymania i rozwoju. Z przedstawionych na potwierdzenie należytego wykonania w/w usług referencji wynika, że na realizację przedmiotu zamówienia składały się następujące elementy: usługa utrzymania systemu (m.in. zapewnienie poprawnego działania, wsparcie Zamawiającego w korzystaniu z systemu, naprawy i usuwanie błędów systemu), usługa utrzymania sprzętu wchodzącego w skład infrastruktury informatycznej PLI CBD, usługa rozwoju systemu, usługi serwisu całego systemu. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Eskom na usługi w ramach przedmiotu zamówienia składała się również usługa gwarancji, czego UKE w referencjach nie uwzględniło. UKE w referencjach podał łączną kwotę za zrealizowane przez Eskom usługi tj. kwotę 4 812 000 zł netto, kwota ta nie została w żaden sposób rozbita w zakresie realizacji poszczególnych usług w ramach przedmiotu zamówienia. W związku z tym, że zakres usług zrealizowanych na rzecz UKE przez Eskom (działającego w ramach Konsorcjum) był znacznie szerszy niż warunek udziału w postępowaniu i obejmował inne usługi poza usługą rozwoju i utrzymania systemu informatycznego, wykaz usług wraz z referencjami nie potwierdza, że wartość usługi rozwoju systemu informatycznego przekraczała 1 000 000 zł brutto. Z informacji tam zawartych nie

wynika bowiem jaka była rzeczywista wartość usługi rozwoju, a Eskom tego nie udowodnił. Podobnie z usługą utrzymania, tj. wykaz usług wraz z referencjami nie potwierdza, że wartość usługi utrzymania systemu (z wyłączeniem sprzętu) przekraczała 1 000 000 zł brutto, a Eskom w żaden sposób tego nie udowodnił.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zgodnie z nomenklaturą UKE używaną w postępowaniu i umowie usługa referencyjna obejmowała gwarancję, utrzymanie i serwis Systemu PLI CBD. System PLI CBD składa się z Aplikacji PLI CBD, Infrastruktury Informatycznej PLI CBD oraz Infrastruktury Technicznej PLI CBD. Referencja, na którą powołuje się Eskom dotyczyła zarówno Aplikacji PLI CBD jak i Infrastruktury Informatycznej PLI CBD. Oczekiwaniem zamawiającego było wskazanie realizacji utrzymania rozwiązania aplikacyjnego, rozumianego jako utrzymanie systemu informatycznego, a nie całości wraz z infrastrukturą sprzętową. W kontekście Systemu PLI CBD infrastruktura sprzętowa (zwana Infrastrukturą Informatyczną PLI CBD) obejmowała: serwery, komputery stacjonarne, komputery przenośne (laptop/notebook), macierze dysków, urządzenia sieciowe, takie jak routery, przełączniki, urządzenia równoważenia obciążenia (load balancer), zapory sieciowe (firewall) i inne, urządzenia systemu kopii zapasowych (backup) oraz nośniki przechowujące kopie zapasowe danych (backup), biblioteki taśmowe oraz taśmy wchodzące w ich wyposażenie, skanery, drukarki, aparaty telefoniczne VoIP (Cisco), monitory wchodzące w skład serwerów i komputerów PC, wielkoformatowe monitory LCD, jak i telewizory/monitory LCD. Zatem liczba urządzeń, objętych usługą oraz zakres tej usługi opisany w przedmiocie zamówienia, powoduje, że koszty wykonania usługi serwisu i utrzymania infrastruktury, która składała się również na usługę, na którą w postępowaniu powołuje się Eskom, pochłaniała większą część budżetu przeznaczanego na wszystkie wskazane w referencjach usługi. Według obliczeń Odwołującego wartość usługi serwisu i utrzymania urządzeń w ramach umowy przekracza 4 000 000,00 zł brutto. Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Wykonawcy, taka jest również wartość rynkowa wskazanych usług. Wykonawca Eskom milczeniem pomija fakt, że zakres usług utrzymania dotyczył również infrastruktury, co prowadzi do wniosku, że w żaden sposób nie wskazał jaka część usługi dotyczyła infrastruktury sprzętowej, a jaka usługi utrzymania systemu. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy (Opis Przedmiotu Zamówienia, strona 11) pomiędzy wykonawcą Eskom, a UKE przedmiotem zamówienia było świadczenie przez Wykonawcę usług utrzymania, usług serwisu oraz usług gwarancji Systemu PLI CBD w obszarze Aplikacji PLI CBD oraz Infrastruktury informatycznej PLI CBD. W ramach umowy Wykonawca był zobowiązany do zakupu, dostarczenia, wymiany i konfiguracji komponentów systemu PLI CBD na które musiał udzielić gwarancji i świadczył usługi utrzymania i serwisu. Szczegółowy spis sprzętu serwerowego znajduje się w Załączniku nr 15.3 do umowy. Mając na względzie powyższe i wskazane koszty

świadczonych usług, wbrew twierdzeniom Eskom, należy przyjąć, iż wynagrodzenie za świadczenie usługi rozwoju systemu informatycznego nie mogło przekraczać 1 000 000 zł brutto oraz wynagrodzenie za usługi utrzymania systemu informatycznego nie mogło przekraczać 1 000 000 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego Pentacomp tak przedstawione informacje nie potwierdzają jaka była faktyczna wartość usług utrzymania i rozwoju systemu w ramach całej umowy zrealizowanej dla UKE, tym bardziej, że przedmiot zamówienia realizowany był w ramach konsorcjum i nie jest jasne za realizację których zadań odpowiadał wykonawca Eskom, ani jakie było wynagrodzenie przypadające na prace tego wykonawcy. Zamawiający zaniechał podjęcia jakichkolwiek działań zmierzających w kierunku weryfikacji przedstawionych przez wykonawcę wykonawcy Eskom informacji, mimo wskazywania przez Odwołującego na nieprawidłowości w ofercie wykonawcy Eskom w oficjalnym piśmie skierowanym do Zamawiającego. Wobec nieprecyzyjnych informacji przedstawionych przez wykonawcę Eskom, Odwołujący wystąpił bezpośrednio do UKE z wnioskami o dostęp do informacji publicznej w celu ustalenia, jaka była faktycznie wartość zrealizowanych przez Eskom usług. W odpowiedzi na wnioski o udzielenie informacji publicznej UKE, udostępnił Odwołującemu szereg dokumentów, w tym umowę na zrealizowany przedmiot zamówienia oraz umowy na dodatkowe usługi rozwoju świadczone przez wykonawcę Eskom. UKE udzielił również odpowiedzi na zadane przez wykonawcę Pentacomp pytania, z których wynikało, że zamawiający ten nie jest w stanie określić jaka w ramach zrealizowanej umowy była faktyczna wartość usług utrzymania i rozwoju. Z dokumentów przekazanych przez UKE, w tym okresowych protokołów odbioru, wynika, że wynagrodzenie wykonawcy Eskom było wypłacane co kwartał w stałej kwocie 493 320 zł brutto przez cały okres obowiązywania umowy, zgodnie z opisem zawartym w Raporcie okresowym za usługi: utrzymania, serwisu, gwarancji, rozwoju. We wskazanych protokołach odbioru, ani na żadnych innych dokumentach kwota ta nie była dzielona i przypisywana do konkretnych usług świadczonych w ramach umowy z UKE. Zatem na podstawie tych dokumentów nie jest możliwe określenie jaka była faktyczna wartość poszczególnych usług. Oświadczenie Eskom w tym zakresie należy traktować jedynie jako twierdzenie, nie poparte żadnymi dowodami. Jeżeli UKE, jako zamawiający, który przygotował opis przedmiotu zamówienia w ramach prowadzonego postępowania oraz zlecał konkretne zadania w ramach usługi rozwoju nie jest w stanie stwierdzić, jak była wartość tych usług świadczonych przez wykonawcę Eskom, to w jaki sposób i na jakiej podstawie, wykonawca Eskom mógł złożyć oświadczenie o wartości tych usług w ramach całej umowy. Kwestia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, Eskom nie sprostą temu obowiązkowi wskazując dane, których nie jest w stanie poprzeć żadnymi dowodami. Zatem

jest to równoznaczne z brakiem możliwości wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W umowie zawartej z UKE, zostały określone zasady w zakresie świadczenia usług rozwoju: §13

1. Usługa rozwoju Aplikacji PLI CBD realizowana będzie w wymiarze maksymalnie 220 roboczodni po uprzednim uzgodnieniu terminów, Usługa rozwoju realizowana będzie w okresie trwania umowy.
2. Usługi rozwoju Aplikacji PU CBD będą wykonywane na podstawie zleceń Zamawiającego na wykonanie usług z podaniem uzgodnionych pomiędzy Stronami roboczodni.
3. W ramach usługi rozwoju Aplikacji PLI CBD Zamawiający będzie określał Wykonawcy zadanie do wykonania - modyfikacje - Aplikacji PLI CBD, o czym będzie Informował Wykonawcę za pośrednictwem adresu email, wskazanego w Umowie.

Z powyższego wynika, że usługi rozwoju były świadczone przez Eskom maksymalnie przez 220 dni roboczych w ramach całej umowy. Zatem, aby wartość tych usług wyniosła powyżej 1 000 000 zł brutto, wartość jednego roboczodnia musiałaby wynieść 4 600 zł brutto, co przy standardowym, stosowanym w branży podejściu, zakładającym, że roboczodzień to 8h, oznaczałoby, że jedna roboczogodzina miałaby wartość 575 zł brutto. Jest to sprzeczne chociażby z tym, że wykonawca Eskom twierdzi, że jest w stanie zrealizować usługi rozwoju za wynagrodzenie w wysokości 147,60 zł brutto za roboczogodzinę, więc ponad 3 razy mniej niż w przypadku usług rozwojowych na rzecz UKE. Zdaniem Odwołującego taka rozbieżność w wynagrodzeniu nie jest możliwa. Ponadto stawka 575 zł brutto za roboczogodzinę w ramach usług rozwojowych jest stawką niespotykaną na rynku, co dodatkowo potwierdza, że wartość usług rozwojowych zrealizowana przez wykonawcę Eskom w ramach umowy z UKE, nie mogła przekraczać 1 000 000 zł brutto. Wytyczną dla określenia wartości usług rozwoju w ramach zawartej z UKE umowy, są dodatkowo umowy na usługi dodatkowe realizowane przez Eskom. Wartość tych umów w każdym przypadku nie przekraczała 20 000 zł (a sumaryczna wartość tych usług dodatkowych to 37 023,00 zł brutto), co w obliczu zakresu zadań zrealizowanych w ramach umowy głównej, potwierdza, że ich wartość nie mogła przekraczać 1 000 000 zł brutto. UKE w odpowiedzi na wnioski o dostęp do informacji publicznej przesłał Odwołującemu Pentacomp zestawienie umów i zadań w zakresie usług rozwojowych świadczonych przez Eskom na rzecz UKE. W ramach jednej z dodatkowych usług rozwojowych UKE podało liczbę roboczodni, wartość jednego roboczodnia i roboczogodziny netto. Z informacji tych wynika, że Eskom oferując wykonanie dodatkowych usług rozwojowych UKE, zaoferował kwotę 200 zł netto za roboczogodzinę, tj. 246 zł brutto. Pozwala to na przyjęcie, że pozostałe

usługi rozwojowe świadczone w ramach umowy głównej z UKE, świadczone były również za zbliżoną stawkę. Biorąc pod uwagę, że usługi te były usługami dodatkowymi i były świadczone w mniejszym wymiarze roboczo-dni, niż usługi rozwoju w umowie podstawowej, można przyjąć, że cena za ich świadczenie była o ok. 15% wyższa niż ta za jaką Eskom świadczył usługi rozwoju w ramach umowy podstawowej, oznacza to, iż realna cena za usługi rozwojowe w ramach umowy podstawowej wynosiła ok. 170 zł netto za roboczogodzinę, zatem przy 8h roboczodniu i 220 dniach w ramach usługi rozwoju, wynagrodzenie wykonawcy Eskom nie mogło przekroczyć 299 200 zł netto, czyli 368 016 zł brutto. Zatem przy tym założeniu realna wartość usług rozwojowych w ramach umowy podstawowej nie była nawet zbliżona do wymaganej przez Zamawiającego wartości 1 000 000 zł brutto. Skoro wykonawca Eskom przedstawia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału usługę rozwojową zrealizowaną na rzecz UKE, która jest usługą podobną do usługi rozwoju w postępowaniu, to oferując kwotę 147,60 zł za realizację tych usług, jednocześnie potwierdza, że realizacja usług rozwojowych na rzecz UKE nie mogła przekraczać tej kwoty, a przy 220 roboczodniach przewidzianych w ramach usług rozwojowych ich wartość nie była nawet zbliżona do 1 000 000 zł brutto. Ponadto Odwołujący Pentacom wskazał, że przedstawiony, w ramach umowy z UKE, zakres usług w opisanych w punkcie 10.4.1 „Środowisko aplikacyjne związane z przechowywaniem danych” OPZ w większości jest faktyczną naprawą błędów i powinien być traktowany jako część usługi utrzymania. Usługi te nie są na tyle skomplikowane i rozbudowane, aby do ich realizacji konieczne było wykorzystanie szerokiego zaplecza kadrowego i technicznego. Uwzględniając wszystkie aspekty dotyczące usług rozwoju, w ramach umowy z UKE, na które składają się: część usług opisanych w punkcie 10.4.1 OPZ, 220 roboczodni przewidzianych w ramach usług rozwojowych, umowy dodatkowe całościowa wartość usług rozwoju nie mogła przekraczać kwoty 1 000 000 zł brutto.

Odwołujący Pentacom podniósł także brak wykazania ciągłości usługi rozwoju, zaznaczając, że każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu zobowiązany był wykazać, że świadczył w sposób nieprzerwany przez 12 miesięcy usługi rozwoju systemu informatycznego. Zamawiający definiując wymagania dla usługi rozwoju użył słowa nieprzerwany tylko i wyłącznie przy wymaganiach dla usługi rozwoju. Zamawiający zatem oczekuje, aby usługa ta była realizowana w sposób nieprzerwany tak jak ma to miejsce w innych przetargach publicznych realizowanych przez Zamawiającego - np. na budowę, wdrożenie, utrzymanie i rozwój Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego nr. postępowania BDG.ZPB.230.13.2016, na utrzymanie i rozwój systemu teleinformatycznego Centralna Ewidencja Naruszeń nr postępowania BDG.ZPB.230.15.2017. Przedstawione przez UKE zestawienie wykonanych w ramach

umowy przez Eskom usług rozwoju, jednoznacznie wskazuje, że świadczenie tych usług nie było nieprzerwane. Świadczenie tych usług odbywało się w większości w jednym czasie, co potwierdza liczba roboczości danej usługi oraz moment zakończenia jej realizacji. Istniała znaczna przerwa w świadczeniu przez Eskom usług rozwoju. Część z usług Eskom przestał świadczyć w dniu 22.09.2019 r. Natomiast wykonanie ostatniej, najdłuższej trwającej usługi, zakończyło się w dniu 17.05.2020 r., usługa ta obejmowała 134 roboczości. Natomiast między datą 22.09.2019 r., a datą 17.05.2020 r. zgodnie z wyliczeniami na podstawie kalendarza, było 161 dni roboczych, co oznacza, że między zakończeniem jednej usługi rozwoju, a rozpoczęciem kolejnej Eskom miał przerwę w świadczeniu usług rozwoju, a nieprzerwany czas trwania usługi wynosił co najwyżej 8 miesięcy. Wyliczenia bazują na założeniu, że w/w usługi realizowane były przez jedną osobę, podczas gdy w praktyce jest to najczęściej zespół 2-3 osobowy przy tej skali usług. Przy takim założeniu nieprzerwany czas trwania usługi wynosił co najwyżej 4 miesiące. Nie sposób zatem uznać, że usługa rozwoju w ramach umowy z UKE świadczona była nieprzerwanie przez 12 miesięcy. Z opisu przedmiotu zamówienia przedstawionego przez UKE w punkcie 10.4.1 „Środowisko aplikacyjne związane z przechowywaniem danych” wynika, że usługi miały polegać głównie na usuwaniu błędów, które pojawiły się na początku działania systemu i ich usunięcie było konieczne do dalszego świadczenia usług utrzymania systemu. Usuwanie błędów w działaniu systemu zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w postępowaniu zostało ujęte w ramach usługi utrzymania. Z tych też względów nie można zakwalifikować wykonanych przez Eskom ww. usług jako usług rozwoju, co dodatkowo wskazuje, że Eskom nie świadczył usług rozwoju w sposób nieprzerwany przez 12 miesięcy.

W ocenie Odwołującego Pentacomp skoro wykonawca Eskom miał świadomość, że usługi zrealizowane dla UKE mają szerszy zakres i, że wykonawca ten nie jest w stanie udowodnić, że wartość tych usług przekraczała wymaganą przez Zamawiającego kwotę oraz określony czas w zakresie warunku udziału w postępowaniu, to, po pierwsze nie mógł złożyć oświadczenia o wartości zrealizowanych usług, po drugie jako profesjonalista na rynku usług IT, niejednokrotnie składający oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, winien był wykazać się innym doświadczeniem, które potwierdzałoby spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności, mimo jednoznacznych wskazań i informacji przekazanych przez Pentacomp. Ponadto w przypadku, gdy wykonawca Eskom złożył oświadczenie niezgodne z prawdą, nawet w przypadku lekkomyślności w działaniu, to należy uznać, że informacja ta wprowadziła Zamawiającego w błąd i miała istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, zatem nie ma podstaw do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień czy uzupełnienia w tym zakresie.

Ad Zarzut błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej w zakresie potencjału kadrowego

Odwołujący Pentacomp w ramach tego zarzutu podkreślił, że w związku z tym, że projekty wskazane w wykazie usług nie spełniają warunków określonych w SIWZ, to także personel kluczowy wykazany na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w części II lit. A pkt 1.2. SIWZ, ich nie spełnia, gdyż zdaniem Odwołującego doświadczenie tych osób zostało wykazane w oparciu o te same projekty jak w wykazie usług. Ponadto wykonawca Eskom przedstawił na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu tylko jedną usługę, co może świadczyć, że wykonawca ten nie realizował innych usług mogących potwierdzić doświadczenie wskazanych w wykazie osób. Co więcej Eskom, w ofercie nie powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem musiał wykazać się dysponowaniem odpowiednimi osobami bezpośrednio, co dodatkowo może świadczyć, o tym, że w rzeczywistości Eskom nie dysponuje odpowiednim potencjałem kadrowym.

Ad Zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego

W ocenie Odwołującego Pentacomp zarzuty opisane powyżej wskazują, że wykonawca Eskom wprowadził Zamawiającego w błąd składając oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w wykazu usług, z których wynika, że wykonawca Eskom nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Eskom jest profesjonalistą, aktywnie działającym w branży usług IT od wielu lat oraz często ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, co powoduje, że należy wobec tego wykonawcy stosować wyższy miernik staranności, wynikający z zawodowego charakteru jego działalności. Złożony przez wykonawcę Eskom wykaz i referencje stanowią dowód rażącego naruszenia standardu wymaganej staranności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. Podane przez wykonawcę Eskom informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego miały charakter istotny, gdyż wpłynęły na decyzję Zamawiającego, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp nie wymaga uprzedniego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłożenia brakujących dokumentów. Oświadczenia składane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, w sytuacji prowadzenia postępowania z zastosowaniem art. 24aa ustawy Pzp mają niezwykle doniosłe znaczenie dla losów całego postępowania i powinny być szczegółowo badane przez zamawiającego, a każdy przypadek niezgodnego z prawdą oświadczenia powinien być sankcjonowany wykluczeniem z postępowania. Podanie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, niezależnie od przyczyn złożenia takiego oświadczenia, czy to wynikających z celowego działania, czy też

lekkomyślności, ma bez wątpienia wpływ na decyzje zamawiającego. Zamawiający miał zatem obowiązek wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Ad Zarzut złożenia oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego Pentacomp, działanie wykonawcy Eskom polegające na oferowaniu wykonania zamówienia w cenie, która jest ceną rażąco niską, jest działaniem w zamiarze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami i doprowadzenia do nieuprawnionego wyboru oferty w postępowaniu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta wykonawcy Eskom w zakresie wykonania usług rozwoju cenowo jest znacznie zaniżona. Złożenie przez wykonawcę Eskom oferty z tak niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 UZNK. Ukształtowanie przez Eskom ceny oferty na zaoferowanym poziomie wskazuje na celową i niedozwoloną manipulację ceną w postępowaniu i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie wykonawcy Eskom polegające na składaniu oświadczeń niezgodnych z rzeczywistością jest czynem godzącym w podstawowe zasady obrotu, dobre obyczaje w obrocie gospodarczym. Tego typu działanie oznacza dążenie za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego i tym samym do wyeliminowania konkurencji poprzez stosowanie praktyk niezgodnych z uczciwą konkurencją. Za czyn nieuczciwej konkurencji można uznać, nie tylko działania wykonawcy niezgodne z powszechnie obowiązującymi normami prawa. Do tego typu czynów należy również zakwalifikować działania, które są naganne z punktu widzenia praktyk rynkowych. Przedstawianie informacji, które nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, które mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co do właściwości wykonawcy, jego doświadczenia, rzetelności, zasługują na negatywną ocenę z punktu widzenia dobrych obyczajów, czy zasad współżycia społecznego. Działania Eskom polegające zarówno na zaoferowaniu ceny w postępowaniu poniżej kosztów świadczenia usługi, jak również podawanie informacji i składanie oświadczeń niezgodnych ze stanem faktycznym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i w związku z tym oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona.

Ad Zarzut wyboru oferty wykonawcy Eskom jako najkorzystniejszej w postępowaniu

Odwołujący Pentacomp wskazał, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Eskom jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę oraz wykonawca ten podlega wykluczeniu ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a oferta tego wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą.

Ad Zarzut ewentualny zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów

W przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wskazana w uzasadnieniu do zarzutów w ust. 3-6 odwołania argumentacja, nie dawała podstaw do wykluczenia Eskom z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, to zdaniem Odwołującego Pentacomp argumenty przytoczone w uzasadnieniu zarzutów dotyczących niespełniania warunków udziału w postępowaniu, określone w pkt 3 i 4 odwołania, świadczą o tym, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający mimo to, zaniechał wezwania Eskom do uzupełnienia wykazu usług i dostaw zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 667/21

Odwołujący Asseco zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12, ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy składaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- 5) art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez:
 - a) Eskom IT Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa: Wyjaśnień rażąco niskiej ceny (dalej: „RNC”) wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - b) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- 6) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy z treści złożonych

wyjaśnień wynika, że oferty Eskom IT Sp. z o.o. oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A zawierają cenę rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś ww. Wykonawcy nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, ze szczególnym uwzględnieniem okoliczności, że wyjaśnienia Eskom IT Sp. z o.o. już w części jawnej są sprzeczne z oświadczeniem stanowiącym element złożonej przez tego wykonawcę oferty;

- 7) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Eskom IT Sp. z o.o, oraz oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 8) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Eskom IT Sp. z o.o.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Asseco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 3) odtajnienia i udostępnienia złożonych przez Eskom IT Sp. o.o. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji;
- 4) odtajnienia i udostępnienia złożonych przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji;
- 5) wykluczenia wykonawcy Eskom IT Sp. z o.o., odrzucenia oferty wykonawcy Eskom IT Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.

W uzasadnieniu Odwołujący Asseco wskazał m.in.:

Ad Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Eskom IT Sp. o.o. z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził zamawiającego w błąd w tym zakresie

Odwołujący Asseco przytoczył fragment SIWZ zawierający opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia i podał, że Eskom IT Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15.01.2021 roku do złożenia dokumentów określonych w części II SIWZ lit. A ust. 7 pkt 7.1.-7.7, w zakresie dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia przedstawił Wykaz usług oraz listy referencyjne potwierdzające należyte wykonanie usługi polegającej na: Świadczeniu usług utrzymania, gwarancji, serwisu i usług rozwoju systemu Platforma Lokalizacyjno - Informacyjna z Centralną Bazą Danych (PLI CBD) oraz dostawy sprzętu i oprogramowania

wraz z instalacją, skonfigurowaniem, uruchomieniem i integracją sprzętu i oprogramowania z aplikacją PLI CBD i infrastrukturą informatyczną PLI CBD wykonanej na rzecz UKE, Wykonawca na wezwanie przedłożył dwie referencje potwierdzające powyższe: jedna świadcząca, że usługa jest w trakcie realizacji, druga już po jej ukończeniu. Usługa ta była realizowana przez konsorcjum firm: Advatech Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz Eskom IT Sp. z o.o. (uczestnik konsorcjum). Wartość usług zrealizowanych przez Eskom IT Sp. z o.o., zgodnie z przedstawioną referencją wystawioną 15.01.2021 roku wynosiła 4.812.000,00 zł netto, czyli 5.918.760,00 zł brutto. Przedmiotem zamówienia, zgodnie z przedłożoną referencją, było świadczenie przez Wykonawcę usług: usługi utrzymania systemu PLI CBD (m. in. zapewnienie poprawnego działania, wsparcie Zamawiającego w korzystaniu z systemu, naprawy i usuwanie błędów systemu oraz sprzętu wchodzącego w skład infrastruktury informatycznej PLI CBD), usługi rozwoju systemu (m. in. zapewnienie modyfikacji i rozbudowy systemu, zarówno aplikacji jak i infrastruktury, zadania wynikające ze zmian prawnych, dodatkowe funkcjonalności), usługi serwisu całego systemu (m. in. okresowe przeglądy, wymiana elementów eksploatacyjnych). Obowiązkiem Zamawiającego było sprawdzenie: Jaka była rzeczywista wartość usług utrzymania i rozwoju systemu informatycznego realizowanej przez Uczestnika konsorcjum Eskom bez usług gwarancji, serwisu i rozwoju systemu Platforma Lokalizacyjnej - Informacyjna z Centralną Bazą Danych (PLI CBD) oraz bez dostawy i utrzymania sprzętu, oprogramowania COTS, instalacji, konfiguracji, uruchomienia, integracji sprzętu i oprogramowania z aplikacją PLI CBD i infrastrukturą informatyczną PLI CBD oraz czy przedstawiona usługa rozwoju systemu informatycznego była świadczona nieprzerwanie przez 12 miesięcy. Zgodnie z udostępnioną Odwołującemu korespondencją można wnioskować, że Zamawiający nie wykazał należytej staranności i nie sprawdził czy ww. usługa spełnia warunki minimalne postawione w SIWZ.

Z dostępnej publicznie umowy zawartej pomiędzy konsorcjum firm: Advatech Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz Eskom IT Sp. z o.o. (uczestnik konsorcjum) a Urzędem Komunikacji Elektronicznej (Umowa nr BFE.26.2.2017.26 z 27 grudnia 2017r., par.13, pkt.1) wynika, że „Usługa rozwoju Aplikacji PLI CBD realizowana będzie w wymiarze maksymalnie 220 roboczodni po uprzednim uzgodnieniu terminów.” Zakładając, że do referencji należy wliczyć jeszcze prace wykonane w ramach umów uzupełniających (przy czym prace w ramach umów uzupełniających nie muszą ograniczać się tylko do usług rozwoju) do ww. Umowy, mowa jest o dodatkowych kwotach w łącznej wysokości 37.023,00 zł, w tym umowa nr BA.WZP.26.2.158.2019.1 - 15.744,00 zł, umowa nr BA.WZP.26.2.162.2020.1 - 16.482,00 zł, umowa nr BA.WZP.26.2.176.2020.1 - 4.797,00 zł. Z raportów do ww. umowy wynika, że UKE wykorzystał całą pulę usług rozwoju, czyli 220 roboczodni. Dodatkowo z raportów wynika, że przynajmniej jedno zlecenie realizowane w ramach umowy uzupełniającej -

umowa nr BA.WZP.26.2.158.2019.1 było realizowane po stawce 1.600 zł netto, czyli 1.968 zł brutto za roboczodzień. Przyjmując tę stawkę do oszacowania wartości usług rozwoju w umowie nr BFE.26.2.2017.26 z 27 grudnia 2017 roku otrzymujemy: 220 roboczodni x 1.968 zł za roboczodzień = 432.960,00 zł brutto, z umów uzupełniających - 37.023,00 zł brutto, co daje łącznie wartość usług rozwoju - 469.983.00 zł brutto. Przy zakresie prac obejmującym 220 roboczodni dla usług rozwoju jest niemożliwe, aby wskazana przez Eskom IT usługa osiągnęła wartość 1 mln zł brutto. Jeśli usługa rozwoju w umowie podstawowej nr BFE.26.2.2017.26 miałyby obejmować maksymalnie 220 roboczodni a jednocześnie wartość usługi miałyby wynosić min. 1 000 000,00 zł brutto to w takim razie wartość jednego roboczodnia świadczonej usługi rozwoju musiałyby wynosić ok. 4 545,45 zł brutto. Nawet jeśli wartość usług rozwoju, na które powołuje się Eskom, miałyby obejmować umowę podstawową i umowy uzupełniające, to odliczając wartość umów uzupełniających od wymaganej kwoty 1 000 000,00 zł brutto, zostaje 962 977,00 zł brutto na realizację usługi rozwoju z umowy podstawowej, a więc w dalszym ciągu wartość jednego roboczodnia usługi rozwoju realizowanej w ramach umowy podstawowej nr BFE.26.2.2017.26 musiałyby być astronomicznie wysoka i wynosiłyby ok. 4 377,17 zł brutto. Powszechna na polskim rynku informatycznym stawka za roboczodzień usług rozwoju systemu informatycznego kształtuje się w przedziale 1.200 - 2.500 zł brutto. Przedstawiona przez wykonawcę Eskom IT Sp. o.o. usługa zrealizowana na rzecz UAE nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego co do wartości świadczonych przez Wykonawcę usług rozwoju, a złożony przez Eskom IT Sp. z o.o. Wykaz usług wraz z załączonymi referencjami nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w części II SIWZ Warunki Szczególne (WSZ) pkt A 1.1.2 a). Tym samym Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Nadto analizowana usługa była świadczona przez wykonawcę Eskom jako członka konsorcjum - była to zatem referencja własna. Zatem wykonawca miał pełną świadomość co do przedmiotu i wartości realizowanych usług oraz faktu, że nie odpowiadają one wymogom zamawiającego. Oparcie się na takiej referencji dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać za celowe lub przynajmniej wynikające z rażącego niedbalstwa wprowadzenie w błąd. W ocenie Odwołującego nie ma tu podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy do uzupełnienia złożonych dokumentów. Można to bowiem robić w sytuacji gdy wykonawca dokumentu nie dołączył lub dokument zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości. W sytuacji natomiast gdy z dokumentu wynika brak spełnienia warunku - nie ma podstaw do dokonywania wyjaśnień lub uzupełnień.

Wobec powyższego Odwołujący Asseco wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Eskom IT Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 ustawy Pzp.

Ad Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Eskom IT Sp. z o.o. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa: Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia

Odwołujący Asseco podał m.in., że na jego wystąpienie Zamawiający udostępnił Wyjaśnienia RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia złożone 12 lutego 2021 roku przez Eskom IT Sp. z o.o. oraz przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w ograniczonym zakresie. Odwołujący nie miał możliwości oceny zasadności i poprawności utajnienia ww. dokumentów. Zamawiający rażąco naruszył zasadę jawności postępowania. Każde odejście od tej zasady powinno być bowiem traktowane bardzo wąsko. Wymaga ono wykazania łącznego spełnienia przesłanek zastrzeżenia, a ww. wykonawcy nie wykazali spełnienia wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ad Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę Wyjaśnień RNC

W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący Asseco wskazał, iż analiza samego jawnego fragmentu wyjaśnień RNC złożonych przez Eskom IT Sp. z o.o. prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia te nie mogą być uznane za wykazujące, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca Eskom przedstawił bowiem wyjaśnienia RNC powołując się na ofertę podwykonawczą. Skoro jednak w formularzu ofertowym napisał, że na etapie składania oferty nie zna podwykonawców, z których będzie korzystał w zakresie usług rozwoju, to nie mógł dokonać kalkulacji ceny oferty w oparciu o ofertę nieznanego, czyli na ten moment nieskonkretyzowanego podwykonawcy. Taki stan rzeczy wskazuje, że wyjaśnienia RNC nie odzwierciedlają faktycznego sposobu kalkulacji ceny, a jedynie stworzoną na potrzeby żądania Zamawiającego fikcję. Ich treść jest więc zupełnie niewiarygodna, a wręcz, na skutek niezgodności z oświadczeniem z oferty, należy je uznać za próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd, względnie przyjąć, że w tych okolicznościach w praktyce nie zostały wcale złożone. W związku z tym Odwołujący wniósł o wykluczenie wykonawcy Eskom IT Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, względnie odrzucenie oferty Eskom IT Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z part. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp postawiony, jako ewentualny, jak wynika z uzasadnienia odwołania

Odwołujący Asseco na wstępie podał, iż na wypadek nieuwzględnienia rozumowania przytoczonego powyżej odnośnie zaniechania odtajnienia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawców Eskom i Pentacomp, wskazuje, że zarzut złożenia nieprawidłowych Wyjaśnień RNC oraz zarzut nieprawidłowej oceny Wyjaśnień RNC przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Eskom IT Sp. z o.o., powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości Wyjaśnień RNC. W związku z powyższym niniejszy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien bowiem brać swój początek w treści Wyjaśnień RNC.

Następnie Odwołujący Asseco zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofertach Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Eskom IT Sp. z o.o., co wynika z porównania ceny tych ofert z wartością zamówienia. Zgodnie z udostępnionym w dniu 19 lutego 2021 roku Protokołem postępowania, pkt 2, ppkt. 4 i 5 wartość zamówienia została określona na kwotę 11 535 000,00 zł netto co stanowi równowartość 2 701 848,08 euro. Wartość zamówienia została ustalona 9 czerwca 2020 roku oraz dokonano aktualizacji szacowania 27 października 2020 roku w wyniku zamieszczenia zapytania o wycenę na stronie internetowej 6ITD i zapytania do Wykonawców. Biorąc pod uwagę powyższe wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 14,188 050,00 zł brutto. 18 grudnia 2020 roku Zamawiający dokonał otwarcia ofert i ogłosił kwotę na sfinansowanie zamówienia wynoszącą 13.081.050,00 PLN brutto. Odwołujący w układzie tabelarycznym przedstawił ceny i warunki zaoferowane przez wykonawców w postępowaniu, z której wynika, m.in., że łączne ceny wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu kształtują się następująco: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. - 7 298 605,98 zł, Asseco Poland S.A. - 19 483 200,00 zł, ESKOM IT Sp. z o.o. - 6 181 488,00 zł, zaś ceny brutto za 1 RBH usługi rozwoju wynoszą odpowiednio: 220,17 zł, 282,90 zł, 147,60 zł, jak też, że każdy z wykonawców zaoferował wydłużenie okresu utrzymania i rozwoju do 42 miesięcy oraz skrócenie czasu rozwiązania zgłoszenia kategorii „krytyczne” do 6 h. Średnia arytmetyczna cen brutto wszystkich złożonych ofert wskazuje na domniemanie, że oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Eskom IT Sp. z o.o. zawierają ceny rażąco niskie zarówno w stosunku do wartości zamówienia jak i do średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert. Skutkuje to tym, że tak długo, jak nie zostanie ono obalone przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Eskom IT Sp. z o.o. oferty tych wykonawców podlegają odrzuceniu. Obalenie tego domniemania powinno obejmować wszystkie elementy wskazane w wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Złożone wyjaśnienia powinny przede wszystkim zawierać odniesienie do wynikającej z zakresu zamówienia pracochłonności i uwzględniać koszty pracy Wykonawcy. Wyjaśnienia powinny jednoznacznie wskazywać założoną przez Wykonawcę pracochłonność dla danych usług wraz ze wskazaniem podstaw dla przyjęcia tej pracochłonności (np. szacowania przez analogię, na podstawie algorytmów, eksperckie z uzasadnieniem itp.), dobór pracowników uwzględniający ich specjalizację, przypisane im stawki wynagrodzenia oraz kalkulację całkowitą kosztów wynagrodzenia w oparciu o dane wyjściowe. Pracochłonność musi zostać „założona” (oszacowana), gdyż w sposób oczywisty nie wynika ona z postanowień SIWZ czy przepisów prawa. Niemniej jednak oszacowanie to ma być dokonane w oparciu o racjonalne i uzasadnione założenia wynikające z SIWZ.

W ocenie Odwołującego Asseco w wyjaśnieniach RNC ww. wykonawców brak jest wskazania założeń i podstaw dla oszacowania pracochłonności. Odwołujący zauważył m.in., że metody szacowania pracochłonności mogą być różne, w zależności od przyjętej przez Wykonawcę metody wykonania zamówienia, ale zawsze powinny być wskazane w wyjaśnieniach. Zgodnie z dobrą praktyką na rynku IT podstawami dla przyjęcia pracochłonności są: Wskazanie zakresu każdej z usług zdefiniowanych w SIWZ, który determinuje rodzaj specjalistów oraz wymiar ich zaangażowania niezbędny do prawidłowego świadczenia usług; Wskazanie dostępnych Wykonawcy informacji umożliwiających wymiarowanie pracochłonności ww. zakresu usług; Wskazanie założeń, które Wykonawca powinien przyjąć, a które uwzględniają specyficzne dla jego organizacji uwarunkowania pracochłonności świadczenia ww. usług wraz ze wskazaniem ich podstaw. Ww. podstawy powinny być wskazane osobno dla każdej z usług wchodzących w skład zamówienia. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca powinien uwzględnić dobór pracowników - rodzajów specjalistów kierowanych do świadczenia każdej z usług, wynikających z ich złożoności i warunkujących poprawną realizację usługi. Nie jest wystarczające ogólne opisanie zespołu realizacyjnego poprzez delegowanie np. 5 osób do realizacji zadań dla Usługi 1, 10 osób do realizacji zadań dla Usługi 2 itd., bez wyraźnego przyporządkowania tych osób do poszczególnych kategorii specjalistów dla każdego rodzaju usługi. Każda z wchodzących w przedmiot zamówienia usług wymaga różnego rodzaju, ściśle określonych a nie przypadkowych, specjalistów (np. architekta, programisty, administratora, specjalisty ds. utrzymania, specjalisty ds. bezpieczeństwa). Specjaliści Ci natomiast, w zależności od rodzaju pełnionej roli w projekcie charakteryzują się zróżnicowanymi stawkami. Nie jest akceptowalne wskazanie jednej uśrednionej stawki czy nawet dwóch lub trzech uśrednionych stawek, ale stawek ogólnych, bez wyraźnego przyporządkowania do poszczególnych kategorii specjalistów i uwzględnienia konkretnych cen rynkowych danego

specjalisty. Zatem kalkulacja całkowita kosztów wynagrodzenia Wykonawcy za realizację usług objętych zamówieniem powinna nastąpić w oparciu o wyżej opisane dane wyjściowe.

Następnie Odwołujący Asseco wskazał na opis przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu i przedstawił swoje wyliczenia dla objętego zamówieniem zakresu usług. W posumowaniu stwierdził, że oferty ww. wykonawców zawierają rażąco niskie ceny, są efektem świadomego działania tych wykonawców, podejmowanego w celu wyeliminowania innego wykonawcy z rynku poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i w związku z tym stanowi równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców Pentacomp i Eskom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp.

Pismami z 13 kwietnia 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na odwołania wnosząc o ich oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w sprawie KIO 663/21 Zamawiający wskazał m.in.

Ad Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy UZNK

Zamawiający stwierdził, że zarzut ten jest bezzasadny i nie ma oparcia zarówno w przepisach ustawy Pzp jak również w przedmiotowym stanie faktycznym. Przedłożone przez wykonawcę Eskom pismo z 18 grudnia 2020 r., w ocenie Zamawiającego, w sposób kompleksowy wyjaśnia dlaczego tajemnica przedsiębiorstwa powinna zostać utrzymana w zakresie formularza OF.1. - wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz formularza DP.3. - wykaz doświadczenia członków zespołu wykonawców, którzy będą oddelegowani do realizacji zamówienia.

Wykonawca wskazał, że przedmiotowe zastrzeżenia posiadają dla niego wartość gospodarczą, bowiem są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa m.in. wskazują na jego potencjał osobowy tj. specjalistów jakimi dysponuje. Dodatkowo wykonawca Eskom wskazał, że wszyscy przez niego zatrudnieni pracownicy są zobowiązani do przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz tajemnic chronionych, zawiera odpowiednie zapisy w umowach, przy sporządzaniu ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, każdorazowo co do tych informacji zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedsiębiorstwie Eskom obowiązują ponadto wymagania Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001:2015 oraz Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji ISO 27001. W przedsiębiorstwie wykonawcy zadbano o bezpieczeństwo fizyczne przetwarzanych danych. Eskom wykazał, iż przekazane informacje: mają charakter handlowy - zawierają informacje organizacyjne przedsiębiorstwa obrazujące potencjał osobowy Wykonawcy, posiadają dla

Wykonawcy wartość gospodarczą - umożliwiają Wykonawcy pozyskanie zamówień, których realizacja przyniesie mu korzyści gospodarcze, nie są powszechnie znane - jako całość ani w szczególnym zestawieniu, ani też nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej, podjęto wobec nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera wszystkie kluczowe elementy wymagane dla uznania zastrzeżenia za skuteczne. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 92/19 „(...) dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa koniecznym jest, by posiadała ona wartość gospodarczą. Zastrzeżenie informacji dotyczących pracowników ESKOM uzasadnia obawą przed „podbieraniem” pracowników przez konkurencję (ang. employee poaching), z pozyskaniem których poniósł wysokie koszty, a osłabienie tego zespołu pogorszyłoby jego pozycję na rynku. Niewątpliwie, mając na uwadze sytuację na rynku pracowników IT, należy uznać, że takie zagrożenie istnieje. Jednakże, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne ww. osób, ryzyko takie zostanie wyeliminowane”.

Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 12 stycznia 2021 r.) Zamawiający wskazał, że one również spełniają wyżej wskazane cechy. W części jawnej wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Eskom wskazał, że informacje o wypracowanych kontaktach biznesowych, sposobie kalkulacji ceny ofertowej oraz osiąganym zysku posiadają wysoką wartość gospodarczą. Ujawnienie tych informacji może ujemnie wpłynąć na poziom konkurencyjności prezentowany przez wykonawcę. Wykonawca Eskom wskazał na rozwiązania organizacyjne i prawne jakie zastosował w celu zachowania informacji w poufności. Ponadto Wykonawca do wyjaśnień dołączył kopie ofert podmiotów z nim współpracujących. Z dokumentów tych wynika, iż podmioty współpracujące zastrzegły poufność informacji zawartych w tych ofertach. Powyższe potwierdza, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Załączenie przez wykonawcę Eskom do oferty kopii ofert podmiotów współpracujących nie pozostaje w sprzeczności z brakiem skonkretyzowania w ofercie podwykonawcy. Na etapie składania oferty Wykonawca mógł jeszcze nie podjąć decyzji, z którym z podwykonawców, którzy złożyli mu oferty, chce współpracować w ramach realizacji przedmiotowego postępowania. Zastrzeżone informacje posiadają istotną wartość gospodarczą ponieważ odnoszą się do sposobu wykonania konkretnego zamówienia i podejścia Eskom do realizacji zamówień, w tym zamówień publicznych podobnego rodzaju. Z uwagi na funkcjonowanie Wykonawcy na konkurencyjnym rynku ujawnienie informacji zastrzeżonych mogłoby wpłynąć niekorzystnie na sytuację wykonawcy Eskom w ubieganiu się o kolejne zamówienia o analogicznym lub zbliżonym przedmiotowo zakresie.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący Pentacomp nie uprawdopodobnił, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę Eskom są powszechnie znane lub, że nie mają wartości gospodarczej albo, że wykonawca Eskom nie zachował należytej ostrożności w celu zachowania poufności informacji. Natomiast z orzecznictwa Izby jasno wynika, że to na wykonawcy podważającym prawidłowość zastrzeżenia przez innego wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ciąży obowiązek wykazania, braku spełnienia w stosunku do konkretnych danych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać za wykazanie przez Odwołującego nieprawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przytoczonych przez Odwołującego w treści odwołania przypuszczeń, co do zawartości treści utajnionych wyjaśnień wraz z ogólnym twierdzeniem, że tego rodzaju informacji w żadnym wypadku nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż wykonawca Eskom nie mógł zastrzec składu personalnego zespołu, bowiem poszczególni członkowie zespołu mogą upubliczniać swój udział w określonych projektach. Wykonawca Eskom objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje dotyczące sposobu dobrania uzupełniającego się zespołu, który spełnia wymagania Zamawiającego i który będzie mógł wykonywać zadania w sposób efektywny. Zamawiający zauważył, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty. Każdy z wykonawców zastrzegł, iż informacje zawarte w załączniku do oferty: Wykaz doświadczenia Formularz OF.1 stanowiący wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, wskazywali na częste „podkupywanie” pracowników na rynku i okoliczność, iż zdekompletowanie zespołu i utrata poszczególnych specjalistów wpłynęłaby niekorzystnie na ich sytuację na rynku.

Ad zarzut dotyczący oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2021 r., przekazanych przez wykonawcę Eskom, zawarte zostało wyliczenie i wskazanie w jaki sposób oferta Wykonawcy została skalkulowana w zakresie usługi utrzymania, jak i w zakresie usługi rozwoju. Podane informacje w ocenie Zamawiającego są kompletne i w sposób wystarczający wskazują składowe kalkulacji usługi utrzymania. Wykonawca określił m.in. szacowane zaangażowanie zespołu skierowanego do świadczenia usług utrzymania. Odnosząc się do stawki za 1 roboczogodzinę wyjaśniono skąd pochodzi zaproponowana przez Wykonawcę cena. W innym postępowaniu zamówieniowym prowadzonym przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego, którego przedmiotem jest świadczenie usług wytworzenia, rozwoju i utrzymania Systemu iBTM zgodnie z ofertami składanymi na dzień 22 lutego 2021 r. (7 ofert) stawka za 1 roboczogodzinę usługi rozwoju wahała się od 86,10 zł do 150,06 zł brutto. Zaoferowana przez wykonawcę Eskom stawka za roboczogodzinę nie

odbiega zatem od stawek oferowanych przez wykonawców w podobnych postępowaniach. W konsekwencji trudno uznać wskazaną stawkę za rażąco niską. Zaoferowane ceny zarówno w zakresie usługi utrzymania jak i usługi rozwoju są cenami rynkowymi, dlatego zdaniem Zamawiającego twierdzenie Odwołującego, iż doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji jest bezpodstawne.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia przekazane przez wykonawcę Eskom zawierają informacje w zakresie określonym w wezwaniu z dnia 30 grudnia 2020 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi w przedmiocie wyliczenia każdej ze wskazanych przez Zamawiającego w ww. wezwaniu cen, jak również we wskazanych przez Zamawiającego kategoriach mogących mieć wpływ na wysokość zaoferowanych cen i wykazał, iż zaoferowane ceny nie są cenami rażąco niskimi. Nie doszło tym samym do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy składaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ad zarzuty dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odnosząc się do zarzutu związanego z kryterium spełnienia warunku wskazanego w części II pkt 1.1. pp. 2) lit. a SIWZ tj. wykazaniu jednego zamówienia o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł brutto, polegającego na świadczeniu minimum 12-miesięcznej nieprzerwanej usługi rozwoju systemu informatycznego o architekturze min. 3-warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych, dla co najmniej 500 użytkowników, Zamawiający wskazał, że dokonał analizy informacji przekazanych przez Eskom i uznał je za wiarygodne w zakresie złożonych dokumentów. W toku postępowania wykonawca Eskom przekazał wypełniony formularz DP.2. oraz referencje z dnia 24 listopada 2020 r. oraz z dnia 15 stycznia 2021 r., z których wynikało spełnienie warunków wskazanych w części II pkt 1.1 SIWZ. Referencje zostały wystawione na Wykonawcę tj. Eskom, kwota wskazana w referencjach przekraczała wartość 1 mln zł w zakresie utrzymania jak i usług rozwoju. W konsekwencji brak było podstaw do zanegowania przekazanych dokumentów oraz oświadczeń w toku prowadzonego postępowania przetargowego. Dodatkowo Zamawiający zbadał informację w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej, z której również wynika, że wartość zamówienia wynosiła więcej niż 1 mln zł w zakresie usług utrzymania jak i usług rozwoju.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący Pentacomp niewłaściwie interpretuje termin „nieprzerwana usługa rozwoju”. Z treści odwołania wynika, iż zdaniem Odwołującego usługa jest nieprzerwana wówczas gdy jest wykonywana ciągle (tak jak ma to miejsce w przypadku usługi utrzymania). Usługa rozwoju ma jednak inny charakter. Zasadą jest, iż jest ona wykonywana w zależności od potrzeb Zamawiającego. Przez „nieprzerwane” jej świadczenie należy rozumieć sytuację, w której wyłącznie jeden wykonawca wykonuje zadania

rozwojowe, pozostaje on w gotowości do wykonywania tych zadań. Odpowiada on wówczas za wprowadzanie w oprogramowaniu kolejnych rozwiązań, w sposób niezakłócający działanie całości systemu. W przypadku natomiast wykonywania zadań rozwojowych przez różnych wykonawców, np. naprzemiennie nie występowałaby usługa nieprzerwana. W takim wypadku poszczególni wykonawcy byłiby zainteresowani wyłącznie poprawnym działaniem zrealizowanych przez nich zadań rozwojowych. W konsekwencji zarzut jak i żądanie należy uznać za nieuzasadnione. Wykonawca Eskom nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie wykazywania doświadczenia. W ocenie Zamawiającego zawarty w formularzu OF.1. - wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia zawiera wszystkie niezbędne dane w zakresie osób i personelu wskazanego do realizacji zamówienia. Przedstawiony przez Eskom dokument nie budzi wątpliwości Zamawiającego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w sprawie KIO 667/21 Zamawiający odnośnie zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty Eskom, jak też zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Pentacomp z uwagi na rażąco niską cenę, przedstawił argumentację jak w ww. odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 663/21.

Dodatkowo odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Pentacomp Zamawiający wskazał m.in., iż nie jest prawdą, że wykonawca ten zastrzegł także jej uzasadnienie. Uzasadnienie to został udostępnione Odwołującemu Asseco. Zamawiający wskazał, że jego zdaniem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera wszystkie kluczowe elementy wymagane dla uznania zastrzeżenia za skuteczne.

Fakt, iż Odwołujący Asseco przygotowując wyliczenia na potrzeby odwołania nie przedstawił metody jaką sam wykorzystał dla dokonania wyceny swojej oferty, potwierdza, iż informacje dotyczące sposobu wyceny ofert i rozwiązania służące zmniejszaniu kosztów ponoszonych przez wykonawców stanowią istotną, wartościową pod względem gospodarczym informację, której ujawnienie jest niekorzystne dla wykonawców. W przeciwnym razie Odwołujący, który dąży do ujawnienia tych informacji przedstawiłby metodę w oparciu, o którą sam dokonał wyceny. Okoliczność, iż Odwołujący Asseco nie przedstawia mechanizmów, jakie wykorzystał przy wycenie własnej oferty, a jedynie wskazuje, jak jego zdaniem wycenę powinni przeprowadzić pozostali wykonawcy, świadczy o dużym walorze tej informacji i potwierdza zdaniem Zamawiającego słuszność uznania w przedmiotowym postępowaniu tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nadto Zamawiający stwierdził, że wyliczenia przedstawione w odwołaniu wskazywać mogą jedynie na proponowany przez Odwołującego Asseco sposób wyceniania, przy czym sam Odwołujący przygotowując ofertę nie zastosował się do tej metodyki szacowania oferty.

Gdyby Odwołujący zastosował metodykę obliczania ceny oferty określoną w odwołaniu wówczas jego oferta byłaby droższa, a stawka łączna za usługę utrzymania wyniosłaby 16 254 302.40 zł.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz załączone do złożonych w postępowaniu pism, a także złożone przez Odwołującego Pentacomp na rozprawie w postaci: zestawienia stawek rynkowych (bez podpisu) z dopiskiem, że zawiera informacje uzyskane podczas otwarcia ww. ofert, wyciągu specyfikacji istotnych warunków zamówienia Ministerstwa Finansów na rozwój, modernizację i utrzymanie komponentów SISC w obszarze Obrotu Towarowego z Krajami Trzecimi i Przemieszczeń Akcyzowych, wyciągu z SIWZ z innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego - wymienionego w odpowiedzi na odwołanie, opinii Izby Rzecznawców PTI z 18.03.2021 r., wniosków o udostępnienie informacji publicznych kierowanych do UKE, kalkulacji własnej kosztów utrzymania infrastruktury, Informacji UKE o wyborze najkorzystniejszej oferty, korespondencji z T4B, wyciągu z zaproszenia Zamawiającego na budowę, wdrożenie, utrzymanie i rozwój Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego, wyciągu SIWZ w postępowaniu na rozwój systemu teleinformatycznego Centralnej Ewidencji Naruszeń.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Uczestników postępowania, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art.*

89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący Pentacomp wskazał, że czynności i zaniechania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem mogą uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia, wskutek czego może ponieść realną szkodę, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Podjęte przez Zamawiającego z naruszeniem ustawy Pzp czynności oraz jego zaniechania, spowodowały, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Eskom, tj. z poszanowaniem Prawa zamówień publicznych, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący Asseco wskazał m.in., że jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności i zaniechań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie Izby Odwołujący Pentacomp i Odwołujący Asseco legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący są zainteresowani pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożyli oferty w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów ich odwołania, zwiększyłyby się ich szanse na realizację zamówienia.

Wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Asseco Poland S.A. i Eskom IT Sp. z o.o. skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. – w sprawie KIO 667/21 po stronie Zamawiającego, Asseco Poland S.A. - w sprawie KIO 663/ 21 po stronie Odwołującego, Eskom IT Sp. z o.o. - w sprawach KIO 663/21 i KIO 667/21 po stronie Zamawiającego. W związku z tym stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2021 r. Przystępujący Eskom przedstawił swoje stanowisko w sprawie, z którego wynika, że uznaje zarzuty obydwu odwołań za niezasadne.

W sprawie KIO 667/21 Przystępujący Eskom podał m.in., że w umowie z nr BFE.26.2.2017.26 z dnia 27 grudnia 2017 r. zawartej przez UKE z konsorcjum wykonawców Advatech Sp. z o. o. (Lider konsorcjum) oraz ESKOM IT Sp. z o.o. (uczestnik konsorcjum) przedmiotem usługi utrzymania i rozwoju był cały system informatyczny, to jest infrastruktura, oprogramowanie standardowe oraz aplikacja PLI_CBD. Pojęcie Usług Rozwoju zdefiniowane jest w pkt. 1.1. OPZ. Zadanie rozwoju systemu nie było ograniczone do puli 220 roboczodni, o których pisze Odwołujący (zadanie o identyfikatorze Apl_R 01.001), lecz obejmowało również inne zadania, przewidziane w OPZ w rozdziałach: 10.3 „Apl_U 01.003 - zmiany prawne”; 10.4 „Usługi rozwoju w zakresie - Aplikacja PLI CBD” (jedynie niektóre zadania z grupy Apl_01.001 były realizowane z puli 220 roboczodni); 10.7 „Usługi wymiany w zakresie - Infrastruktura Informatyczna”. Podobnie do powyższego zagadnienia podchodzi zresztą sam Zamawiający w niniejszym zamówieniu na utrzymanie systemu KREPTD. Opisane w OPZ zadania dotyczą rekonfiguracji infrastruktury, aktualizacji oprogramowania standardowego oraz zmian w aplikacji - to wszystko jest nazywane rozwojem systemu. W warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wymaga potwierdzenia realizacji zadań utrzymania systemu informatycznego oraz rozwoju lub budowy systemu informatycznego. Zamawiający nie stosuje przy tym ograniczenia, aby wartość powyższych usług dotyczyła wyłącznie dostarczenia aplikacji lub rozwoju aplikacji, bez dostawy sprzętu i oprogramowania standardowego. W ramach umowy na utrzymanie i modernizację systemu PLI_CBD były zatem wykonane następujące prace rozwojowe:

- 1) Pula 220 roboczodni, w ramach których Przystępujący zrealizował zmiany zamówione przez UKE oraz, nierealizowane z puli 220 Roboczodni tylko objęte wynagrodzeniem ryczałtowym:
- 2) Rozwój aplikacji PU CBD opisany w OPZ (pkty: Apl_R 01.001, Apl_R 01 002, Apl_R 01.003),
- 3) Analiza zmian prawnych oraz przygotowanie opisu zmian Systemu PU CBD wynikających ze zmian prawnych (OPZ, pkt Apl_U 01 003), co obejmie:
 - dodawanie nowych funkcjonalności
 - modyfikację istniejących funkcjonalności
 - skasowanie nieaktualnych funkcjonalności
- 4) Wdrożenie nowych elementów infrastruktury (serwery, urządzenia sieciowe, biblioteki taśmowe), migracja systemu na nowe serwery, wdrożenie nowej wersji oprogramowania IBM Guardium, wdrożenie nowej wersji systemu backupu BackupExec,(pkty. 11nf_R 01.001, 11nf_R 01.002, 11nf_R 01.003, 11nf_R 01.004, 11nf_R 01.005, 11nf_R 01.006, 11nf_R 02.001, 11nf_R 02.002, 11nf_R 02.003, 11nf_R 03.001, 11nf_R 04.001, 11nf_R 05.001,

lInf_R 06.001, lInf_R 07.001, lInf_R 07.002, lInf_R 08.001, lInUR 09.001, lInf_R 10.001, lInf_R 10.002)

- 5) Aktualizacja oprogramowania bazy danych MS SQL na serwerach w środowisku testowym oraz produkcyjnym usługi E112 (pkty: lInf_R 11 001, lInf_R 11.002), które wymagały dostosowania aplikacji oraz przeprowadzenia testów.

Następnie wykonawca Eskom przedstawił w układzie tabelarycznym rzeczowe i finansowe podsumowanie wartości usług rozwoju zrealizowanych przez ESKOM IT (w ramach podziału zadań wewnątrz konsorcjum wykonawców) na podstawie umowy z UKE, z którego wynika łączna wartość tych usług w wysokości 1 229 600,00 zł netto i 1 512 408,00 zł brutto.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK wykonawca Eskom wskazał, że zarzut ma charakter ogólnikowy, nie odnosi się do istniejącego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie przytacza kilka znanych orzeczeń KIO, podczas, gdy to po stronie Odwołującego leży ciężar dowodu, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego Eskom nie wykazuje spełnienia przesłanek definicji legalnej oraz nie jest poparte odpowiednimi dowodami. Prawdą jest, że wykazanie istnienia przesłanek objęcia określonych informacji ochroną należy do wykonawcy zastrzegającego poufność takich informacji, a zasada jawności i transparentności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje Zamawiającemu dokonanie wnikliwej oceny przedstawionych przez wykonawców argumentów i dowodów. Zarazem wskazać należy, że podmiot zastrzegający informacje powinien dołożyć starań, ażeby wiarygodnie wyjaśnić, dlaczego zastrzeżone informacje zasługują na ochronę należną tajemnicy przedsiębiorstwa. Twierdzenia w tym zakresie powinny zostać uprawdopodobnione - i jakkolwiek nie jest koniecznym składanie dowodów - to sam wywód powinien być przekonujący, spójny, logiczny, uwzględniający charakterystykę postępowania i zastrzeganych informacji (tak KIO w wyroku z 13 lipca 2018 r., KIO 1281/18). Przesłanki wartości gospodarczej wyjaśnień dotyczą każdorazowo sposobu kalkulacji ceny oferty, a więc elementu kluczowego z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie były łatwo dostępne dla takich osób. Charakter takich informacji powoduje, że trudno jest w tej mierze przedstawić dowody inne niż oświadczenia wykonawcy, którym można dać wiarę jeśli są logiczne, spójne i wiarygodne w świetle doświadczenia życiowego a także nie przeczą im inne zaoferowane dowody lub posiadane przez Zamawiającego informacje. Trudno bowiem przedstawić dowody na nieistnienie określonych informacji w obiegu publicznym, twierdzenia wykonawcy można jednak w powyższym zakresie łatwo

falsyfikować, podając dowody przeciwne. Takich jednakże Odwołujący nie zaoferował. Kalkulacja ceny dla potrzeb konkretnego postępowania stanowi szczególne zestawienie (zbiór) elementów, takich jak jednostkowe lub uśrednione stawki wynagrodzeń, zakresy obowiązków oraz szacowany nakład pracy w ramach danego projektu. Przystępujący przedstawił konkretne postanowienia Polityki bezpieczeństwa informacji oraz klauzul zamieszczanych w umowach, których zadaniem jest utrzymanie w poufności informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę Wyjaśnień RNC, gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że powinny one zostać uznane za sprzeczne z ofertą i wprowadzające w błąd albo nieistniejące, a ESKOM IT Sp. z o.o. wykluczony z postępowania, względnie jego oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie złożył wyjaśnień, Przystępujący Eskom podniósł, że w procesie szacowania wartości zamówienia uczestniczyło dwóch wykonawców tj. Asseco i Pentacomp, z czego za usługę utrzymania Asseco zaoferował cenę 3-krotnie wyższą niż Pentacomp oraz o 40% wyższą stawkę za roboczogodzinę. Wycenę wartości całości zamówienia istotnie zaburzyła bardzo wysoka wycena dokonana przez Asseco. Rezultaty szacowania wskazują ponadto na okoliczność powszechnie znaną w branży IT, że rozmiar wykonawcy i skala prowadzonej przezeń działalności wpływają na wysokość oferowanych cen. Nie jest tajemnicą, że najwięksi wykonawcy ponoszą znaczne koszty ogólnozakładowe, wydatki na badania i rozwój, amortyzują znaczne inwestycje oraz ponoszą koszty dokonywanych przejęć. Nie bez znaczenia są też oczekiwania akcjonariuszy odnośnie do wyników spółki, oraz stopy realizowanego zysku. Wykonawca Asseco, jako jeden z liderów rynku zatrudnia 2.324 pracowników (stan na koniec roku 2019) zaś wykonawca Pentacomp, oferujący, jak wynika z szacowania i złożonej oferty, znacznie niższe ceny, zatrudnia 350 pracowników i współpracowników, również jest więc firmą dużą. Specyfiką polskiego sektora IT jest, że oprócz firm dużych działają na nim również firmy średnie i małe, łączące potencjały w przypadku ubiegania się o zamówienia. Firmy te ponoszą znacznie mniejsze koszty bieżącej działalności. Co prawda stawki programistów o podobnych kompetencjach w różnych firmach są zbliżone, znaczący wpływ na ceny usług mają jednak narzuty na koszty ogólne i koszty zarządu (im większa firma, tym wyższe) oraz oczekiwana marża (tu największy wpływ na cenę ma oczekiwana w postępowaniu konkurencja). Dowodem na możliwe zaoferowanie przez tego samego wykonawcę znacząco różnych cen w różnych postępowaniach są informacje z otwarcia ofert u tego samego Zamawiającego - GITD w postępowaniu na budowę, utrzymanie i usługi rozwoju systemu iBTM (otwarcie ofert w dniu 22 lutego tego

roku). W postępowaniu tym średnia cen za 1 roboczogodzinę to 138,53 zł brutto (o 7% niżej niż stawka Przystępującego w niniejszym postępowaniu), przy czym Asseco zaoferowało za roboczogodzinę usługi rozwoju stawkę 150,06 zł brutto tj. stawkę, której poziom w niniejszym postępowaniu wykazuje jako rażąco niski. W niniejszym postępowaniu Asseco zaoferowało stawkę 282,90 zł za roboczogodzinę usługi rozwoju, co wskazuje, jak ogromną marżę ma zamiar zrealizować. Przystępujący Eskom w obu postępowaniach zaoferował tę samą stawkę za roboczogodzinę usługi rozwoju - 147,60 zł, wynikającą z realnych kalkulacji opartych na ofertach podwykonawczych, powiększonych o narzuty i marżę zysku. Szczegółowe kalkulacje przedstawiono w wyjaśnieniach RNC przedstawionych Zamawiającemu.

Przystępujący Eskom zauważył, że Odwołujący Asseco nie przedstawia żadnych dowodów swoich twierdzeń, a jedynie dywagacje i oparte na nich szacunki, które, w sytuacji, gdy nie są oparte na realiach, są bezwartościowe. Nadto Odwołujący Asseco wskazał, że brak wskazania podwykonawcy w ofercie wyklucza uwzględnienie jego oferty w kalkulacji ceny. Twierdzenie powyższe nie jest jednak prawdziwe. Ponadto w niniejszym postępowaniu Opis Przedmiotu Zamówienia nie precyzował jakie konkretnie prace rozwojowe będą zamówione oraz kiedy to nastąpi. Wskazano jedynie pulę 15.000 godzin przeznaczonych na ten cel. Przygotowując się do złożenia oferty Przystępujący Eskom zebrał oferty od podwykonawców, z którymi współpracuje w realizacji podobnych zamówień, nie przesądzając jednakże na tym etapie o zatrudnieniu konkretnego podwykonawcy ani o formule, czy zakresie jego zatrudnienia (zlecenie, udostępnienie zasobów etc.) - te bowiem będą ustalone dopiero gdy pojawią się potrzeby w zakresie świadczenia usług rozwoju na rzecz Zamawiającego. Oferty te jednak powodują związanie podwykonawców zaoferowanymi cenami oraz umożliwiają Przystępującemu dokonanie kalkulacji zaoferowanej w postępowaniu ceny. Dla potrzeb kalkulacji ceny zostały zatem przyjęte ceny, umożliwiające podjęcie ostatecznych decyzji w tym zakresie już po rozstrzygnięciu postępowania, nie zostało natomiast sprecyzowane czy i w jakim zakresie Przystępujący będzie korzystał ze wsparcia podwykonawców. W tej sytuacji Przystępujący nie miał obowiązku przedstawienia w ofercie nazw podwykonawców, mimo, że posiadał złożone przez nich oferty oraz uwzględniał wynikające z nich kwoty w zaoferowanej Zamawiającemu cenie. Powyższe w żaden sposób nie prowadzi jednak do wniosku, że kalkulacja ta jest fikcją stworzoną dla potrzeb wyjaśnień RNC - wręcz przeciwnie, oferty podwykonawcze zostały złożone przed dniem składania ofert i zostały uwzględnione w kalkulacji ceny.

Ustosunkowując się do zarzutu ewentualnego zaniechania odrzucenia oferty Eskom IT Sp. z o.o. pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ww. Wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w

art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp Przystępujący stwierdził, że jego wyjaśnienia są wystarczające dla uznania, że cena przezeń zaoferowana nie jest rażąco niska, co prawidłowo ocenił Zamawiający. Szczegółowe wyliczenia przedstawione przez Odwołującego są w oczywisty sposób błędne, prowadzą bowiem do wniosku, że obie oferty konkurencyjne, Asseco i Pentacomp nie mieszczą się w budżecie przeznaczonym na realizację zamówienia. Zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego metodologią, zaoferowana cena za usługi utrzymania powinna bowiem wynosić: Eskom: 8 480 505,60 zł zamiast 3 967 488,00 zł; Asseco: 16 254 301,25 zł zamiast 15 239 700,00 zł; Pentacomp: 12 650 087,52 zł zamiast 3 996 055,98 zł - tj. powinna być 3 x droższa i tym samym stanowić kwotę przekraczającą budżet Zamawiającego o 22%. Powyższe wyliczenia pozostają w rażącej sprzeczności ze zdrowym rozsądkiem, ponieważ Pentacomp już obecnie realizuje podobne usługi za kwotę zbliżoną do kwoty złożonej przez Eskom oferty. Brak jest więc podstaw do uznania, że cena ta jest kilkukrotnie zaniżona. Co więcej, zgodnie z przedstawioną metodologią trzeba byłoby uznać ofertę Asseco za również zbyt niską, bo nie odzwierciedla wszystkich kosztów, które zgodnie z wyliczeniami Asseco powinny wynosić 16,2 mln zł (za same usługi utrzymania).

Z kolei odnosząc się do zarzutów odwołania w sprawie KIO 663/21 Przystępujący Eskom odwołał się w zasadniczej części do swojej argumentacji przedstawionej w sprawie KIO 667/21. Ponadto zauważył, że Odwołujący Pentacomp powołuje się na fakt, że jest twórcą systemu, co daje mu szczególną wiedzę, która pozwoli przedstawić korzystną ofertę. Odwołujący jednak nie może posiadać wiedzy o systemie, która umożliwiłaby mu znaczące obniżenie ceny. Zamawiający określa wymagania, co do dokumentowania zmian w systemie, co pozwala domniemywać, że system już w chwili obecnej posiada dokumentację bazową pozwalającą sprawnie przejąć zadania związane z utrzymaniem systemu, serwisem aplikacji i realizacją zmian rozwojowych. Zamawiający w OPZ i Umowie jasno określa zadania Wykonawcy i fakt wcześniejszej znajomości systemu z tych obowiązków nie zwalnia. Brak jest więc przesłanek, żeby uznać, że obecny wykonawca może realizować usługę taniej od innych wykonawców, o ile w systemie nie zostały przezeń pozostawione nieudokumentowane „pułapki”. Przystępujący posiada doświadczenie związane z przejęciem usług rozwoju i utrzymania systemu informatycznego stworzonego przez innego wykonawcę - dla przykładu zrealizował z sukcesem umowę na „Zapewnienie usług utrzymania, gwarancji, serwisu oraz usług rozwoju systemu Platforma Lokalizacyjno-Informacyjna z Centralną Bazą Danych (PLI CBD) wraz z dostawą sprzętu i oprogramowania” w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej, gdzie również złożył ofertę korzystniejszą od twórcy systemu, firmy T4B Sp. z o.o. (obecnie IPP Sp. z o. o.). Zwiększona pracochłonność i koszty związane z koniecznością zapoznania się pracowników z dokumentacją systemu w czasie 3 pierwszych miesięcy realizacji umowy zostały założone w kalkulacji ceny, ale niższe koszty

ogólne Eskom pozwalają zrealizować to zadanie w ramach planowanej marży. W kolejnych miesiącach koszty związane z zapoznaniem się personelu z systemem będą już minimalne i można je pominąć, a firma będzie osiągała planowaną marżę w pełnej wysokości. Dodatkowym elementem dającym możliwość zaoferowania korzystnej ceny, jest kryterium oceny pozwalające na wydłużenie trwania umowy o dodatkowe 6 miesięcy, co pozwala na amortyzację kosztu zapoznania się personelu z systemem i jego dokumentacją w dłuższym okresie. Ponadto Odwołujący Pentacomp mylnie ogranicza zakres usługi rozwoju wyłącznie do puli 220 roboczodni, podczas, gdy w rzeczywistości usługi rozwoju obejmują znacznie szerszy zakres działań, realizowanych w całym okresie obowiązywania umowy. Cykl zlecenia, wykonawstwa i odbioru poszczególnych zadań posiada własną dynamikę, toteż „świadczanie minimum 12-miesięcznej nieprzerwanej usługi rozwoju systemu informatycznego” można rozumieć jako realizowanie przez wykonawcę umowy, w wyniku której w okresie co najmniej 12 miesięcy nieprzerwanie pozostaje on zobowiązany do realizacji oraz realizuje większe lub mniejsze zadania rozwojowe. Usługę taką odróżnić należy od usługi, w ramach której wykonawca świadczy zadania rozwojowe, ale jej horyzont czasowy jest krótszy albo umowy, w ramach której zadania rozwojowe są świadczone jedynie w pewnym okresie realizacji umowy, nie spełniającym wymogu trwania co najmniej 12 miesięcy. Usługa realizowana przez Eskom IT sp. z o.o. na rzecz UKE spełnia wymagania Zamawiającego, albowiem jej okres trwania był dłuższy niż 12 miesięcy. W całym tym okresie Eskom zobowiązany był realizować zlecane przez UKE zadania w zakresie rozwoju systemu PLI_CBD oraz faktycznie, zadania te były w tym okresie realizowane.

Odnosząc się do zarzutu błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie potencjału kadrowego Przystępujący Eskom stwierdził m.in., że zarzut ten opiera się na mylnym przekonaniu Odwołującego Pentacomp, że projekty wskazane w wykazie usług nie spełniają wymagań Zamawiającego, co nie odpowiada prawdzie.

Odnosząc się do zarzutu wprowadzenia w błąd Zamawiającego Przystępujący Eskom wskazał, że Odwołujący przedstawił rozbudowaną analizę przepisów dotyczących skutków złożenia przez wykonawcę oświadczeń i przedstawienia informacji niezgodnych ze stanem faktycznym oraz wynikającej z tego możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego, która jednak nie pozostaje w związku z niniejszym postępowaniem z tej przyczyny, że Odwołujący nie wykazał, aby informacje przedstawione przez Przystępującego w złożonej ofercie były nieprawdziwe. Przystępujący prawidłowo wykazał usługi świadczone na rzecz UKE jako usługi spełniające wymagania SIWZ.

Przedstawiając swoje stanowisko co do zarzutu złożenia oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji Przystępujący Eskom podniósł, że Odwołujący nie wykazał, aby cena zaoferowana przez Przystępującego była rażąco niska, nie ma zatem mowy o tym, by złożona przez niego oferta była czynem nieuczciwej konkurencji. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są gołosłowne.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Pismami z dnia 30 grudnia 2020 r. wykonawcy Eskom i Pentacomp zostali wezwani przez Zamawiającego, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp, do udzielenia: „wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, 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.*

Z uwagi, iż cena całkowita oferty jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jak również od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, do każdej pozycji cenowej w ofercie, pod rygorem odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4).

W określonym terminie wykonawcy złożyli wyjaśnienia, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z postanowieniami części II lit. A pkt 1.1. dotyczącymi warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej odnośnie wiedzy i doświadczenia: *„Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaze, że w ciągu ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy*

to w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej:

1) 1 (jedno) zamówienie o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł brutto, polegające na świadczeniu usługi utrzymania systemu informatycznego o architekturze min. 3 warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych; dla co najmniej 500 użytkowników trwającej nie krócej niż 12 miesięcy; oraz

2) a) 1 (jedno) zamówienie o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł brutto, polegające na świadczeniu minimum 12-miesięcznej nieprzerwanej usługi rozwoju systemu informatycznego o architekturze min. 3 warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych, dla co najmniej 500 użytkowników;

Lub

b) 1 (jedno) zamówienie o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł brutto, polegające na zaprojektowaniu, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego o architekturze min. 3 warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych, dla co najmniej 500 użytkowników;

Uwaga !!! Te same zamówienia mogą stanowić potwierdzenie spełniania więcej niż jednego warunku określonego w niniejszym punkcie. Uwaga !!! Przez jedno zamówienie rozumie się zamówienie w ramach jednej umowy, przy czym, jeśli: - Wykonawca wykonywał zamówienie wspólnie z innym wykonawcą (np. jako konsorcjum) uprawniony jest wykazać jedynie swoje własne doświadczenie, - Wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno - doświadczenie wykonawców się nie sumuje".

Izba zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie jedynie w części.

W pierwszej kolejności omówienia wymaga rozstrzygnięcie w części dotyczącej uwzględnienia odwołań.

Ad zarzuty zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wykazu osób

Stosownie do art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp: 1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.* 3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert (...) zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...).*

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.* Z przepisu tego wynika zatem, iż informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić informacja, która łącznie spełnia trzy przesłanki, tj.:

- a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Na wstępie zauważenia wymaga, iż przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy ochronę informacji poufnych, przewidując wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ciężar wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który je zastrzega. Zamawiający jest zobowiązany do wnikliwego zbadania, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane skutecznie. Odwołujący, który kwestionuje prawidłowość przeprowadzonego przez Zamawiającego badania w tym zakresie powinien wykazać, że przedłożone przez wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało wadliwie ocenione przez Zamawiającego, bowiem w rzeczywistości nie spełnia wymogów skuteczności takiego zastrzeżenia. Rozpoznając zarzuty odwołania w powyższym zakresie Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności Zamawiającego.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może dotyczyć informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. W związku z tym zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa określonych informacji wykonawca jest obowiązany jednocześnie wykazać, że zastrzeżenie dotyczy informacji, które wypełniają wskazane w ww. przepisie przesłanki, oraz, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, odpowiednie działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Izby w sprawie zostało wykazane, że Zamawiający zaniedbał wnikliwej oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Eskom w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie w związku z podejrzeniem istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny, w tym treści złożonych wyjaśnień tj. nie zbadał w szczególności, czy w całości zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa podlegają bowiem nie całe

dokumenty, lecz zawarte w nich informacje, przy czym nie są objęte tajemnicą informacje, które są ogólnodostępne, np. wskazany w wyjaśnieniach z powołaniem adresu strony internetowej, powoływany na rozprawie przez Przystępującego Eskom, raport wynagrodzeń. W związku tym Izba uznała, iż w tym zakresie wyjaśnienia powinny zostać ujawnione.

W analizowanej sprawie nie jest kwestionowane, że informacje dotyczące indywidualnej kalkulacji ceny mają wartość gospodarczą i jeżeli są utrzymywane w poufności przez wykonawcę mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie uzasadnienie wykonawcy Eskom zastrzeżenia tajemnicy koresponduje z takimi informacjami, których dotyczy, nie ma charakteru ogólnikowego, wykonawca wskazał na wypełnienie przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK oraz działania, jakie podejmuje w celu utrzymania poufności tych informacji, załączając faktury podwykonawców wskazujące na potrzebę zachowania ich poufności oraz stosowane klauzule poufności, zamieszczając w treści pisma skan klauzuli.

Wykonawca Eskom podał m.in., że zastrzegane w poufności informacje wpływają na przewagę konkurencyjną wykonawcy, dane o partnerach handlowych oraz warunki zawieranych umów, ceny i marże umożliwiają skuteczne konkutowanie na rynku z innymi wykonawcami oferującymi podobne produkty czy usługi. Ponadto został zobowiązany do zachowania w poufności otrzymanych od podwykonawców ofert, na co przedstawił dowody w postaci tych ofert. Zastrzeżone informacje wskazują na sposób kalkulowania przez niego ceny, są kluczowe dla prowadzonej przez niego działalności, a pozyskanie ich przez podmioty konkurencyjne może spowodować negatywne dla niego konsekwencje. Zbiór prezentowanych informacji i dokumentów jako całość odpowiada na postawione przez Zamawiającego pytania, stanowi niepowtarzalne zestawienie, nie funkcjonuje jako informacja powszechnie dostępna. Informacje zawarte w treści zastrzeżonych dokumentów nie są upublicznione, a dostęp do nich mają wyłącznie pracownicy realizujący przedmiotowe zamówienie. W celu dochowania należytej staranności zakomunikowania swojej woli ochrony informacji, już na etapie przygotowywania oferty czy składanych pism wykonawca odpowiednio przygotowuje i oznacza dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Komunikacja e-mail zawierająca takie informacje jest chroniona i szyfrowana. Zgodnie z obowiązującą w przedsiębiorstwie Polityką Bezpieczeństwa Informacji wszyscy pracownicy są zobowiązani m.in. do przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranych umów z pracownikami oraz współpracującymi w ramach umów cywilnoprawnych. Wykonawca Eskom przedstawił przykładowe standardowe postanowienia o zachowaniu w poufności. Z ich treści wynika, że za informacje o poufnym charakterze uznawane są przez niego m.in. informacje dotyczące projektów, specyfikacji dokumentów oraz danych handlowych, finansowych, organizacyjnych, technicznych,

technologicznych, personalnych, ekonomicznych, prawnych, wszelkich informacji, które nie zostały podane do wiadomości publicznych. Podał także, że obowiązują w jego przedsiębiorstwie, i są stosowane, wymagania Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001:2015 oraz Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji ISO 27001.

W wyniku dokonanej analizy treści wyjaśnień zaoferowanej ceny, Izba doszła do przekonania, iż informacje tam przedstawione w zakresie, w jakim nie dotyczą informacji ogólnodostępnych, mają charakter, o którym mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie Izby w świetle przedstawionej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, która jest logiczna i wiarygodna, a złożone wraz z wyjaśnieniami dowody potwierdzają okoliczności dla potwierdzenia których zostały złożone, należy uznać, iż informacje dotyczące kalkulacji ceny, zostały skutecznie zastrzeżone. Tym bardziej, że Odwołujący nie przedstawili przeciwdowodów w tym zakresie i nie wykazali, że wskazane Zamawiającemu środki nie stanowią realnej gwarancji utrzymania tych informacji w poufności.

Z tych względów Izba uznała, że ujawnieniu wykonawcom podlega tylko część wyjaśnień ceny w zakresie w jakim dotyczy ogólnodostępnego raportu płacowego.

Wykonawca Eskom wraz z ofertą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykaz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, który jest kwestionowany w odwołaniu przez wykonawcę Pentacomp. W uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca Eskom wskazał m.in., że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, są informacjami organizacyjnymi i handlowymi przedsiębiorstwa. Zachowanie poufności tych informacji wpływa na przewagę konkurencyjną wykonawcy. Osoby wskazane w tych dokumentach są specjalistami poszukiwanymi na rynku IT, a ujawnienie danych pozwalających na zidentyfikowanie tych osób może prowadzić do zachwiania pozycji Wykonawcy na rynku poprzez zmaterializowanie się ryzyka podkupienia przez inne podmioty działające w branży IT. Może to stanowić potencjalną szkodę. Chronienie bazy osobowej przed dostępem podmiotów trzecich pozwala także zmniejszyć koszty ciągłego poszukiwania specjalistów. Dysponowanie wykwalifikowaną kadrą specjalistów i jej ochrona jest w branży IT kluczowa dla utrzymania przewagi konkurencyjnej. Wykonawca Eskom wskazał także na pozostałe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym na podejmowane działania w celu ochrony tych informacji odwołując się m.in. do obowiązującej Polityki Bezpieczeństwa Informacji oraz Systemu Kontroli Dostępu czy Systemu Zarządzania Bezpieczeństwa Informacji ISO 27001. Zastrzeżeniu w tym zakresie nie towarzyszą dowody.

Jak zauważył sam Odwołujący Pentacomp w swoim odwołaniu, a także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przywołując w tym zakresie wyrok Izby z dnia 8 lutego 2019 r. w sprawie KIO 92/19 w którym Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo uznał za

prawidłowe utajnienie jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, podkreślając w cytowanym fragmencie uzasadnienia m.in. treść wskazującą, iż ryzyko przejmowania pracowników występujące na rynku IT zostanie wyeliminowane, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne wymienionych w wykazie osób.

Mając na uwadze powyższe oraz treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wykonawcy Eskom Izba uznała, iż zasadne jest ujawnienie części danych zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą, z pominięciem danych personalnych i sposobu dysponowania tymi osobami. Pozwoli to na zachowanie równowagi pomiędzy jawnością postępowania, a zabezpieczeniem interesów wykonawcy.

Ad zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Eskom i Pentacomp (KIO 663/21 i KIO 667/21).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Jeżeli zaofferowana 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.*

Z art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp wynika, że zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień odnośnie zaofferowanej ceny, między innymi sytuacje, gdy cena oferty wykonawcy jest

niższa o 30% od: a) średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, b) wartości zamówienia. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Eskom został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp. W wezwaniu Zamawiający przytoczył fragment przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podkreślając, iż oczekuje nie tylko wyjaśnień do każdej pozycji cenowej w ofercie, ale też dowodów dotyczących wyliczenia cen. W wezwaniu Zamawiający przywołał art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Eskom był zatem zobowiązany do obalenia domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, powstałego na skutek ww. wezwania do wyjaśnień.

W ocenie Izby złożone przez wykonawcę Eskom wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są ogólnikowe, wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu w odpowiedzi na odwołanie, nie są kompletne, nie zawierają w szczególności wykazania w jakim aspekcie i z jakiego tytułu wykonawca jest w stanie poczynić oszczędności, które pozwolą mu na należyte wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Do wyjaśnień, poza dwoma ofertami podwykonawców dotyczącymi prac rozwojowych, nie zostały załączone inne dowody potwierdzające zawarte w wyjaśnieniach informacje.

Nie jest sporne, że wykonawcy byli zobowiązani wycenić w ramach zamówienia podstawowego usługi utrzymania oraz usługi rozwoju.

Jak wynika z treści odwołania wykonawcy Pentacomp cena oferty wykonawcy Eskom w zakresie utrzymania, jakkolwiek jest zbliżona do ceny zaoferowanej przez tego Odwołującego, to jednak jest rażąco niska, ponieważ tylko wykonawca Pentacomp jako twórca systemu, który go wdrażał i serwisuje jest w stanie poczynić oszczędności. Wykonawca, który nie wdrażał systemu musi uwzględnić w kalkulacji dodatkowe koszty, które są związane z koniecznością sprostania wymaganiom Zamawiającego, musi zrobić po swojej stronie kopię środowiska, nie wystarczy bowiem dostęp na serwerze Zamawiającego.

Wyjaśnienia Eskom nie zawierają w tym zakresie argumentacji wskazującej, że uwzględnił w swojej kalkulacji ceny oferty koszty związane z zapoznawaniem się w początkowym okresie z działaniem systemu. Jak stwierdził na rozprawie jest w stanie się utrzymać z tym czasie z przyjętej marży, jak też przyjął na to rezerwę. Nie wynika to jednak ze złożonych przez niego wyjaśnień.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że wykonawca Eskom określił m.in. szacowane zaangażowanie zespołu skierowanego do świadczenia usług utrzymania, jednak pominął w swojej ocenie stwierdzenie, czy tak szacowane zaangażowanie jest wystarczające dla stwierdzenia należytego wykonania zamówienia, jak też pominął brak oczekiwanych przez niego dowodów w tym zakresie, w szczególności potwierdzających wskazane koszty zatrudnienia pracowników, a w konsekwencji koszty związane z podanym w wyjaśnieniach ich zaangażowaniem.

Braki wyjaśnień dotyczą także kalkulacji stawki za roboczogodzinę usługi rozwoju. Okoliczność, iż w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego została zaoferowana przez Eskom taka sama stawka nie oznacza automatycznie, że w obecnym postępowaniu wykonawca był zwolniony z wykazania jej realności w wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego. Oceny rzetelności kalkulacji ceny oferty dokonuje się bowiem z uwzględnieniem okoliczności związanych z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz indywidualnych kalkulacji wykonawcy, uwzględniających zarówno przedmiot zamówienia, jak i charakterystyczne dla niego możliwości i uwarunkowania w tym zakresie.

Na rozprawie wykonawca Eskom akcentował kwestie związane z tym, iż na kalkulację ceny oferty w znaczącym stopniu wpływają tzw. koszty ogólne, które z racji m.in. tego, że jest mniejszym przedsiębiorcą, niż pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w analizowanym postępowaniu, są niższe i związku z tym mógł zaoferować niższą stawkę za roboczogodzinę. Jednakże okoliczności tych nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach.

W związku z tym ocena wyjaśnień złożonych przez Eskom, przeprowadzona przez Zamawiającego, zdaniem Izby, była powierzchowna. Zamawiający niezasadnie uznał, że wyjaśnienia złożone przez Eskom są wystarczające dla uznania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest realistyczna, że pozwala na należyte wykonanie zamówienia, bez ponoszenia strat przez wykonawcę na tym zamówieniu.

W związku z tym potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem oferta wykonawcy Eskom podlegała odrzuceniu z uwagi na brak złożenia przez tego wykonawcę pełnych, adekwatnych do wezwania Zamawiającego, wyjaśnień ceny oferty, co zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem jest traktowane jako brak złożenia wyjaśnień.

Jedynie zatem ubocznie zauważenia wymaga, iż podnoszona przez Odwołujących okoliczność powoływania się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Eskom na oferty podwykonawców, bez wskazania nazw tych podwykonawców w JEDZ nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby okoliczność, iż wykonawca Eskom, nie wiedział,

któremu z nich na etapie realizacji zamówienia powierzy wykonanie określonego zakresu usług, nie wykluczała możliwości uwzględniania cen pozyskanych ofert przy kalkulacji swojej ceny oferty. Powinny jednak także w tym zakresie zostać złożone szczegółowe wyjaśnienia, w tym wskazujące na to, że zaoferowana przez wykonawców stawka będzie obowiązywała przez cały okres obowiązywania umowy. Tym bardziej, że z wyjaśnień nie wynika, aby wykonawca uwzględniał w tym zakresie rezerwę na wzrost cen.

W ocenie Izby nie znalazła potwierdzenia argumentacja Odwołującego Asseco dotycząca metody szacowania pracochłonności. Odwołujący Asseco nie wykazał, że była to jedyna metoda szacowania pracochłonności w tym postępowaniu, jak też, że sam ją zastosował. Jak zostało wskazane na rozprawie przez Przystępującego Eskom, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, jej zastosowanie wiązałoby się w przypadku każdego z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, z koniecznością złożenia oferty ze zdecydowanie wyższą ceną. Jak stwierdził m.in. wykonawca Eskom, sam wykonawca Asseco nie zastosował tej metody przy kalkulacji swojej oferty, na co wskazuje cena jego oferty, która jest niższa niż ta, która by była określona przy zastosowaniu tej metody. Nadto wykonawca Pentacomp obecnie realizuje podobne usługi za kwotę zdecydowanie niższą, niż wynikająca z takich wyliczeń.

Ad zarzut dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty.

W konsekwencji uznania, iż oferta wykonawcy Eskom podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, za potwierdzony należy uznać zarzut dotyczący wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniach, które nie zostały wykazane przez Odwołujących i w konsekwencji nie zostały uwzględnione, Izba wskazuje, co następuje:

Ad zarzuty błędnej oceny spełnienia warunku udział w postępowaniu przez wykonawcę Eskom (sygn. akt KIO 663/21 i 667/21)

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Nie jest sporne, że wykonawca Eskom na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazał usługę zrealizowaną dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej wraz z innym podmiotem w ramach konsorcjum. W wykazie usług wskazał, że usługa ta obejmowała świadczenie usług utrzymania, gwarancji, serwisu i usług rozwoju systemu Platforma Lokalizacyjno - Informacyjna z Centralną Bazą Danych (PLI CBD) oraz dostawy sprzętu i oprogramowania wraz z instalacją, skonfigurowaniem,

uruchomieniem i integracją sprzętu i oprogramowania z aplikacją PLI CBD i infrastrukturą informatyczną PLI CBD. Nadto w zakresie wymaganej usługi utrzymania podał: zamówienie o wartości ponad 1 mln zł brutto, polegające na świadczeniu usługi utrzymania systemu informatycznego o architekturze min. 3 warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych; dla ponad 1000 użytkowników trwające 36 miesięcy. W zakresie wymaganej usługi rozwoju podał: zamówienie o wartości ponad 1 mln zł brutto, polegające na świadczeniu ponad 12-miesięcznej nieprzerwanej usługi rozwoju systemu informatycznego o architekturze min. 3 warstwowej, opartego na technologii Microsoft.NET, wykorzystującego relacyjną bazę danych, dla ponad 1000 użytkowników.

Do wykazu zostały załączone dwie referencje wystawione dla Eskom IT Sp. z o.o. Pierwsza z nich została wystawiona 24 listopada 2020 r. w trakcie realizacji usług i potwierdza realizowanie usług należyście i terminowo. Druga natomiast, wystawiona 15 stycznia 2021 r. po zakończeniu ich wykonywania, potwierdza terminowe i należyte wykonanie usług. Jak wynika z treści drugiej z ww. referencji wartość zrealizowanych przez Wykonawcę usług wyniosła 4 812 000,00 zł netto.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby wykonawca Estom za sprawą złożonego wykazu usług oraz referencji, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Okoliczność, iż z przedstawionych na potwierdzenie należytego wykonania w/w usług referencji wynika, że na realizację przedmiotu zamówienia składały się nie tylko usługi utrzymania systemu (m. in. zapewnienie poprawnego działania, wsparcie Zamawiającego w korzystaniu z systemu, naprawy i usuwanie błędów systemu oraz sprzętu wchodzącego w skład infrastruktury informatycznej PLI CBD) i usługa rozwoju systemu (m.in. zapewnienie modyfikacji i rozbudowy systemu, zarówno aplikacji jak i infrastruktury, zadania wynikające ze zmian prawnych, dodatkowe funkcjonalności), ale też usługi serwisu całego systemu (m.in. okresowe przeglądy, wymiana elementów eksploatacyjnych), a także to, że zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Eskom na usługi w ramach przedmiotu zamówienia składała się również usługa gwarancji, wbrew stanowisku Odwołujących nie oznacza, że warunek w zakresie wartościowym nie został spełniony.

Jak wynika ze stanowisk stron, Odwołujący Pentacomp i Odwołujący Asseco swoje zarzuty dotyczące braku spełnienia ww. warunku w aspekcie wartościowym budują w oparciu o inne rozumienie usług rozwoju, niż prezentuje Zamawiający i wykonawca Eskom. Przyjmują bowiem za usługę rozwoju wyłącznie usługi wykonane w ramach określonej w umowie z UKE puli maksymalnie 220 roboczogodzin przewidzianej dla Aplikacji PLI CBD oraz ewentualne usługi uzupełniające. Tymczasem jak wskazał Przystępujący Eskom

przedmiotem usługi utrzymania i rozwoju objętych ww. umową był cały system informatyczny, tj. infrastruktura, oprogramowanie standardowe oraz aplikacja PLI CBD, co wynika z przytoczonego przez niego pkt 1.1 OPZ postępowania prowadzonego przez UKE, a zatem usługa rozwoju nie była ograniczona do puli 220 roboczogodzin. Podobnie do tego podchodzi Zamawiający w niniejszym postępowaniu na utrzymanie systemu KREPTD, stwierdzając, że opisane w OPZ zadania nazwane rozwojem systemu dotyczą rekonfiguracji infrastruktury, aktualizacji oprogramowania standardowego oraz zmian w aplikacji rekonfiguracji infrastruktury. Zamawiający nie stosuje przy tym ograniczenia aby wartość powyższych usług dotyczyła wyłącznie dostarczenia aplikacji lub rozwoju aplikacji, bez dostawy sprzętu i oprogramowania standardowego.

Jak słusznie zauważył Odwołujący Pentacomp UKE w referencjach podał łączną kwotę za zrealizowane przez wykonawcę Eskom usługi tj. kwotę 4 812 000 zł netto, kwota ta nie została w żaden sposób rozbita przez UKE w zakresie realizacji poszczególnych usług w ramach przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Wystawca referencji nie ma obowiązku każdorazowego przedstawiania w nich szczegółowych kalkulacji na potrzeby innych postępowań o udzielenie zamówienia, w których wykonawca ewentualnie będzie brał udział. Powyższa cena została podana przez wykonawcę Eskom w sporządzonym przez niego wykazie z uwzględnieniem ujętej w niej wartości usług utrzymania i rozwoju. Odwołujący nie wykazali, że wykaz zawiera nieprawdziwe informacje.

Złożone na rozprawie przez Odwołującego Pentacomp dowody, w tym w postaci opinii rzeczoznawcy Polskiego Towarzystwa Informatycznego, czy korespondencji e-mail z UKE, jak też wyliczenia kosztów utrzymania infrastruktury nie potwierdzają, że któraś z wymaganych usług była o wartości mniejszej, niż wymagana dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W szczególności zauważenia wymaga, że ze złożonej korespondencji z UKE wprost wynika, że podmiot ten nie jest w stanie określić wartości usług utrzymania i rozwoju w ramach zrealizowanej umowy. Oznacza to, że korespondencja ta nie potwierdza, ani nie zaprzecza stanowisku żadnej ze stron. Tym samym nie potwierdza, że wymóg dotyczący wartości poszczególnych usług nie został spełniony.

Również złożona opinia prywatna rzeczoznawcy PTI, będąca stanowiskiem strony, w sytuacji, gdy jej autor rozumie usługi rozwoju, tak jak Odwołujący, tj. w sposób odmienny, od sposobu rozumienia Zamawiającego w analizowanym postępowaniu opisanego w pkt 4.5.5.1 OPZ, z którego wynika, co może być objęte usługą rozwoju i jest wskazanie, że może to być np. zmiana oprogramowania związana ze zmianą przepisów prawa i jego aktualizacje, nie

może być wyznacznikiem dla sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Eskom. Tym bardziej, że nie wskazuje ona istnienia jedynej możliwej definicji usług rozwoju, lecz opiera się na wybranych sformułowaniach umowy z UKE i przyjętych przez autora opinii założeniach.

Autor opinii oparł się na § 13 umowy z UKE, gdzie jest wskazany maksymalny wymiar roboczodni usługi rozwoju, słusznie podając, że zostało tam użyte określenie „Usługa rozwoju” w odniesieniu do Aplikacji PLI CBD, jednocześnie zauważył, że w innych częściach umowy, załącznikach do niej i dokumentacji z wykonania umowy używane jest określenie w liczbie mnogiej „usługi rozwoju” odnoszące się do kolejnych zadań rozwojowych w trakcie świadczenia usługi rozwoju. Autor wyraził opinię, że może to prowadzić jego zdaniem do błędnej interpretacji zapisów i zaznaczył, że na użytek opinii przyjęto liczbę pojedynczą, jako serię prac wykonywanych w całym okresie trwania umowy, na którą składa się wykonanie wielu zadań rozwojowych w różnym czasie realizacji umowy. Wskazał również na rozdz. 1.1 „Definicje” załącznika nr 1 do ww. umowy: *„Usługi rozwoju. Opisane umową usługi mające na celu zapewnienie modyfikacji i rozbudowy Systemu PLI CBD. Usługi rozwoju w ramach Systemu PLI CBD dotyczą zarówno Aplikacji PLI CBD, jak i Infrastruktury Informatycznej PLI CBD. W ramach usług realizowane będą zadania wynikające np. ze zmian prawnych wpływających na konieczność modyfikacji Aplikacji PLI CBD, dodatkowych funkcjonalności opisanych w OPZ lub modyfikacji funkcjonalności już zrealizowanych w ramach projektów PLI CBD i PLI CBD2. W ramach Usługi Rozwoju dokonywane będą również wymiany Komponentów Infrastruktury Informatycznej PLI CBD. Na wykonane prace w ramach Usług rozwoju Wykonawca udziela gwarancji i usługi utrzymania oraz usługi serwisu.”*

Powyższe wskazuje, że nie potwierdza się stanowisko Odwołującego Pentacomp, który na rozprawie stwierdził, że żadne inne usługi, niż te wymienione w § 13, nie są usługami rozwoju. Z opinii wynika, że jest możliwa odmienna interpretacja usług rozwoju, również na gruncie umowy z UKE, co przy uwzględnieniu, odmiennego rozumienia takich usług na gruncie analizowanego postępowania prezentowanego przez Zamawiającego w oparciu o dokumentację tego postępowania, potwierdza, że nie ma jednej definicji usług rozwoju. Nadto na gruncie umowy z UKE przywoływany maksymalny wymiar roboczodni usługi rozwoju określony w § 13 umowy odnosił się do Aplikacji PLI CBD, a nie także pozostałych usług rozwoju, wymienionych w rozdz. 1.1. załącznika do ww. umowy.

Z tych względów należy uznać, iż twierdzenia Eskom zawarte w piśmie z 13 kwietnia 2021 r., w którym przedstawił rzeczowe i finansowe podsumowanie wartości usług rozwoju zrealizowanych na rzecz UKE na kwotę znacznie przewyższającą 1 000 000 zł, nie zostały skutecznie podważone przez Odwołujących. Jak wskazał wykonawca Eskom zna wartość tych usług, ponieważ dysponuje raportami okresowymi i w oparciu o nie przedstawił

informacje w postępowaniu. Nie jest sporne, że takie raporty istnieją. Nie zostało wykazane, aby twierdzenia w tym zakresie nie mogły zostać uznane za wiarygodne. Ciężar dowodu w tym zakresie leżał po stronie Odwoływających, którzy go nie udźwignęli.

W związku z tym w ocenie Izby, nie zostało wykazane, aby Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że wykonawca Eskom spełnienia ww. warunek udziału w postępowaniu. Podnoszona obecnie przez Odwoływających argumentacja dotycząca sposobu rozumienia usług rozwoju wywodząca się z innego postępowania nie może wpływać na zmianę powyższego stanowiska. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu jest dokonywana z uwzględnieniem jego brzmienia i rozumienia w analizowanym postępowaniu. Jeśli nawet przyjąć, że w zakresie sposobu rozumienia usług rozwoju mogą istnieć wątpliwości, to te nie mogą negatywnie skutkować dla wykonawcy, który przyjął sposób rozumienia tych usług prezentowany w analizowanym postępowaniu przez Zamawiającego i został określony w pkt 4.5.5.1. OPZ.

Powyższe dotyczy także braku wykazania, iż wartość usług utrzymania nie przekraczała wymaganej w SIWZ kwoty 1 000 000 zł. Okoliczność, iż referencja jako wartość usług wykonanych przez wykonawcę Eskom podaje kwotę 4 812 000 zł bez rozbicia tej kwoty na poszczególne usługi, nie oznacza, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający nieprawidłowo zweryfikował otrzymane informacje, bowiem na stronie UKE sprawdził jedynie wyniki postępowania, na co wskazują informacje podane pod adresem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie.

Ze złożonej przez Odwoływającego Pentacomp informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że wartość czterech usług to kwota 5 918 760 zł, zaś cena oferty to kwota 12 394 710 zł. Powyższe w ocenie Izby wskazuje, że w sytuacji, gdy nie zostało wykazane, aby usługi gwarancji i serwisu przekroczyły wartość, która nie pozwala na uznanie, że pozostała kwota odnosząca się do usług utrzymania i rozwoju uniemożliwia przyjęcie, że jest ona wystarczająca dla uznania, iż wymóg SIWZ został spełniony, to należy uznać, że nie zostało wykazane, aby warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie został spełniony przez wykonawcę Eskom.

Nie zostało również wykazane, aby wykonawca Eskom nie spełniał ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie ciągłości usługi rozwoju. Także w tym przypadku występuje różnica sposobu rozumienia sformułowania użytego w określeniu warunku udziału w postępowaniu. Jak wyżej zaznaczono ewentualne wątpliwości co do treści SIWZ, które nie zostały wyjaśnione przed terminem składania ofert, nie mogą negatywnie skutkować dla wykonawcy, zwłaszcza tego, który treść SIWZ rozumie w sposób analogiczny jak Zamawiający w tym postępowaniu.

Jak twierdzi Odwołujący Pentacomp każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu zobowiązany był wykazać, że świadczył w sposób nieprzerwany przez 12 miesięcy usługi rozwoju systemu informatycznego, czyli, jak stwierdził na rozprawie, dzień po dniu, jedynie z przerwą weekendową, a tymczasem wykonawca Eskom miał przerwę wynoszącą 160 dni. Zdaniem Odwołującego sposób rozumienia w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu wynika z wcześniejszego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na budowę, wdrożenie utrzymanie i rozwój Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego oraz postępowania dotyczącego Centralnej Ewidencji Naruszeń. Tymczasem, jak zaznaczył Zamawiający, usługa ta ma charakter umowy o dzieło, z tym, że zarówno w poprzednim postępowaniu jak i w obecnym realizowana jest po wystawieniu odrębnego zlecenia przez Zamawiającego, po uprzednio dokonanej wycenie przez wykonawcę z uwzględnieniem stawek rbh podanych w ofercie oraz przewidywanego czasu i sposobu wykonania. Bez względu na ilość przerw pomiędzy ewentualnymi zleceniami jest traktowana jako usługa ciągła, nieprzerwana.

Ad zarzut dotyczący braku spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego

Powyższe oznacza, iż nie potwierdził się także zarzut Odwołującego Pentacomp dotyczący braku spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego, który został postawiony w związku z założeniem, że wskazane w wykazie osoby legitymują się doświadczeniem zdobytym w ramach umowy z UAE.

Ad zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp *Zamawiający wyklucza 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, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp *Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Dla wystąpienia ww. podstaw wykluczenia z postępowania wymagane jest łączne wystąpienie wymienionych w nich przesłanek. W pierwszej kolejności musi zostać wykazane podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Brak wykazania tej przesłanki zwalnia bowiem z badania zaistnienia pozostałych przesłanek.

Jak wyżej wskazano, nie zostało wykazane aby wykonawca Eskom podał nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie potwierdziły się ww. zarzuty Odwołującego Pentacomp w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz Odwołującego Asseco, który w tym zakresie postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Nie zostało również wykazane aby wykonawca Eskom podał nieprawdziwe informacje w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, czym w odwołaniu Asseco uzasadniany jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Złożenie przez wykonawcę Eskom niekompletnych i ogólnikowych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień ceny, nie oznacza, że zawierają one w swojej treści nieprawdziwe informacje. Za nieprawdziwą informację w rozumieniu ww. przepisu, wbrew stanowisku Asseco, nie można uznać samego powołania się w wyjaśnieniach na oferty podwykonawców, którzy nie zostali wskazani w JEDZ. Nie zostało natomiast wykazane, aby np. podwykonawcy Ci w rzeczywistości nie złożyli wykonawcy Eskom swoich ofert, skutkiem czego cena oferty nie mogła być skalkulowana z ich uwzględnieniem.

Jak słusznie zauważył wykonawca Eskom przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, określając zakres żądania informacji dotyczących podwykonawstwa w realizacji określonego zamówienia, posługuje się sformułowaniem „których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom”, co wskazuje, iż realizacja przez wykonawcę obowiązku informacyjnego na etapie składania ofert może nastąpić wyłącznie w okolicznościach, gdy firmy podwykonawców, z którymi wykonawca zamierza zrealizować określone działania, są mu tym momencie już znane. Dopuszczona jest zatem sytuacja, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców nie jest jeszcze znana i nie musi zostać ujawniona, co nie oznacza, że przy kalkulacji ceny swojej oferty Wykonawca nie mógł uwzględnić ofert potencjalnych podwykonawców.

Ad zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.), dalej „UZNK”, *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W myśl art. 15 ust 1 pkt 1 UZNK 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.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby zostały spełnione przesłanki uznania oferty Eskom za czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z ww. przepisem. W szczególności nie zostało wykazane, aby działanie Eskom naruszało interes innego przedsiębiorcy. Jakkolwiek złożenie ogólnikowych i niekompletnych wyjaśnień ceny, w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty, wskazuje na brak udźwignięcia ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, to jednak nie oznacza, że działanie tego wykonawcy zagrażało interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie oznacza to także, że nastąpiło 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.

Ad zarzut ewentualny w sprawie KIO 663/21 - zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Jak wyżej zostało wskazane, nie zostało wykazane aby Zamawiający dokonał błędnej oceny spełniania przez wykonawcę Eskom warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym również zarzut dotyczący wezwania do uzupełnienia wykazu nie znalazł potwierdzenia.

W wyniku rozpatrzenia zarzutów dotyczących oferty Pentacomp przedstawionych w sprawie sygn. akt KIO 667/21, Izba uznała, że nie znajdują one potwierdzenia.

Ad Zarzut uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny

W ocenie Izby Pentacomp skutecznie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z przeprowadzonej przez Izbę analizy wyjaśnień wynika, że zawierają one informacje, które wypełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK, w tym zostało wykazane, że zostały podjęte działania w celu zachowania ich w poufności oraz zostały przedstawione dowody na potwierdzenie tych twierdzeń.

Zamawiający zasadnie zatem utrzymał w poufności wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Pentacomp.

Ad zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby wykonawca Pentacomp w sposób wystarczający, z powołaniem się na stosowne uwarunkowania i przedstawiając adekwatne dowody, wyjaśnił okoliczności związane ze sposobem kalkulacji ceny jego oferty, w tym wykazał z jakiego tytułu i w jakiej

wysokości jest w stanie poczynić oszczędności skutkujące możliwością zaoferowania niższej ceny, przy zapewnieniu sobie opłacalności realizacji zadania.

Zamawiający zasadnie zatem uznał otrzymane wyjaśnienia za wystarczające do obalenia domniemania istnienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny.

Ad zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Zarzut ten został postawiony w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Pentacomp, który się nie potwierdził. W związku z tym również ten zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia przepisów wskazywanych w odwołaniu przy przytaczaniu poszczególnych okoliczności faktycznych, w szczególności odnoszących się do wykluczenia wykonawcy Eskom z postępowania, w tym zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Skoro nie zostały wykazane podstawy wykluczenia Eskom z postępowania, to tym samym nie zostało wykazane, aby oferta tego Wykonawcy miała być uznana za odrzuconą. Z tego samego powodu za potwierdzone nie może być uznane naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi: *O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu (...).*

Nie zostało wykazane, aby zamówienie zostało udzielone. W związku z tym nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie jedynie w części stwierdzono zarzucane przez Odwołujących Pentacomp i Asseco naruszenia przepisów ustawy NPzp, co musiało skutkować w tej części uwzględnieniem odwołania, natomiast oddaleniem odwołania w zakresie zarzutów, których zasadność nie została wykazana przez ww. Odwołujących.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanych sprawach, biorąc pod uwagę liczbę i wagę zarzutów, Izba uwzględniła

odwołania w 37,5 %, przyjmując, że 3 spośród 8 zarzutów zawartych w rozpatrywanych odwołaniach się potwierdziły. W związku z tym w sprawie KIO 663/21 i w sprawie KIO 667/21 odpowiedzialność za wynik postępowania w 37,5 % ponosi Zamawiający a Odwołujący Pentacomp i Odwołujący Asseco ponoszą odpowiedzialność w 62,6 %.

W sprawie KIO 663/21 Odwołujący Pentacomp poniósł koszty w wysokości 18 600,00 zł z tytułu wpisu w kwocie 15 000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, a ponosił odpowiedzialność do kwoty 11 625 zł (62,5 % z 18 600 zł). W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu zapłatę na rzecz Odwołującego Pentacomp kwoty 6 975 zł (18 600 zł – 11 625 zł). W sprawie KIO 667/21 Odwołujący Asseco poniósł koszty w wysokości 15 000,00 zł z tytułu wpisu, a ponosił odpowiedzialność do kwoty 9 375 zł (62,% z 15 000 zł). W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu zapłatę na rzecz Odwołującego Asseco kwoty 5 625 zł (15 000 zł – 9 375 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) przy uwzględnieniu maksymalnej kwoty wynagrodzenia pełnomocnika strony wynikającej w ww. rozporządzenia.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....