

WYROK
z dnia 2 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
 Monika Szymanowska
 Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska
 Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 i 27 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2022 r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie przy ul. Szamockiej 3, 5 (01-748 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie przy Al. Jana Pawła II 39a (31-864 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie na rzecz zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS*, znak sprawy: TZ/271/89/19, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 078-184546.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 marca 2022 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- niezgodnej z przepisami Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SIWZ”) czynności oceny i badania ofert;
- niezgodnej z przepisami Pzp oraz SIWZ czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej jako: „Comarch”) z postępowania;
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Comarch.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta Comarch zawiera cenę rażąco niską oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Comarch nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 Pzp;

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Comarch z postępowania, pomimo iż Comarch w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co powoduje, iż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności oceny i badania ofert;
- powtórzenie czynności oceny i badania ofert, zgodnie z przepisami Pzp oraz SIWZ;
- wykluczenie Comarch z postępowania;
- odrzucenie oferty Comarch.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający zaniechał istotnych czynności z naruszeniem przepisów Pzp, na skutek czego odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Zdaniem odwołującego jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Na wstępie odwołujący zaprezentował słowniczek zwrotów sporządzony na potrzeby odwołania. Przedmiotowy słowniczek ma następujący charakter:

- nPzp – Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych;
- Wezwanie – pismo zamawiającego z dnia 28 maja 2021 r. wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp;
- Wyjaśnienia RNC – wyjaśnienia z dnia 23 czerwca 2021 r. złożone przez Comarch w zakresie rażąco niskiej ceny;
- Postępowanie KSI ZUS – prowadzone przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS), znak sprawy: TZ/271/65/19;
- I wybór – czynność zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2021 r.;
- II wybór – czynność zamawiającego z dnia 10 grudnia 2021 r.;
- III wybór - czynność zamawiającego z dnia 15 marca 2022 r.;
- ITS – infrastruktura techniczno-systemowa wykonawcy, niezbędna do realizacji zamówienia przez wykonawcę;
- Umowy Ramowe – umowy ramowe na „Modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS” realizowane od 2013 roku do 15 kwietnia 2021 r., zawarte z Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A.;
- Umowa PUE – umowy na rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS zawarte z Asseco Poland S.A.

Odnośnie pierwszego zarzutu odwołujący wskazał, że odwołanie obejmowało jedynie zarzuty dotyczące treści Wyjaśnień RNC, gdyż była to jedyna nowa okoliczność, jaka zaistniała na etapie czynności III wyboru oferty Comarch jako oferty najkorzystniejszej – okolicznością tą było udostępnienie treści Wyjaśnień RNC. Odwołujący wyjaśnił, że Comarch w toku postępowania KIO 2571/21 – wykorzystując fakt, że Asseco nie miało dostępu do wyjaśnień RNC i zmuszone było podnosić zarzuty „w ciemno” – wielokrotnie powtarzał, że Wyjaśnienia RNC zawierają unikalne know-how: w jaki sposób oferować tak niskie ceny, poniżej cen rynkowych. Odwołujący podkreślił ten aspekt – poniżej cen rynkowych – gdyż w postępowaniu złożono 3 oferty, dwie bardzo cenowo zbliżone do siebie i do szacowania wartości zamówienia przez zamawiającego oraz ofertę Comarch – odbiegającą prawie o 30% od reszty. Odwołujący wskazał, że nie uwierzył w zapewnienia wykonawcy Comarch i dążył do tego, aby te Wyjaśnienia RNC zweryfikować. Nie uwierzył – bo według najlepszej wiedzy Asseco nie istnieje know-how, które pozwalałoby aż tak obniżyć cenę oferty – nie istnieją takie oszczędności. Z prostej przyczyny – ceny ofert w przedmiotowym postępowaniu zależą w 80% od wynagrodzeń pracowników – są ich pochodną. A zgodnie z powszechnie obowiązującymi regułami gospodarki rynkowej wszyscy specjaliści IT w Polsce zarabiają bardzo zbliżone wynagrodzenie. Oczywiście – specjaliści tej samej klasy otrzymują podobne wynagrodzenie. Nie ma regionalizmów, nie ma różnic pomiędzy firmami. Wynika to ze specyfiki rynku IT – jest on otwarty, transparentny, nastawiony na zmianę. Co więcej – rynek pracy IT jest badany przez specjalistyczne instytucje (choćby przez agencję S.&S.), które publikują raporty o wynagrodzeniach dla poszczególnych kategorii specjalistów. Zatem żaden specjalista nie będzie pracował w Comarch za znacznie niższe wynagrodzenie, wiedząc, jakie jest wynagrodzenie rynkowe i ile może zarobić w innej firmie. Zwłaszcza, że specyfika rynku IT jest taka, że praca dla innej firmy nie wiąże się z żadnymi praktycznymi zmianami – ten specjalista większość swojej pracy czy to dla Comarch, czy to dla innej firmy wykonywać będzie w taki sam sposób, tj. siedząc przy własnym biurku we własnym domu. Mając powyższe na uwadze odwołujący wyjaśnił, że dążył do tego, aby zweryfikować Wyjaśnienia RNC. Przypuszczając – co wynikało z doświadczeń z innych postępowań – że niestety ZUS tej weryfikacji zaniechał. Weryfikacji rzetelnej, a nie tylko formalnej. Odwołujący stwierdził, że jego stanowisko oparte do tej pory o zasady doświadczenia życiowego, że nie istnieje know-how umożliwiające uzyskanie 30% oszczędności na projekcie, którego cena jest determinowana wynagrodzeniem personelu – potwierdziło się w 100%. Po zapoznaniu się z treścią Wyjaśnień RNC, zdaniem odwołującego, można było stwierdzić jedno – unikalne know-how Comarch, które pozwala mu oferować tak niskie ceny, polega na jednym: na pomijaniu w cenie oferty wszystkich niezbędnych kosztów w pełnej wysokości. W ocenie odwołującego niska cena oferty Comarch wynikała z:

- a) zniżenia kosztów wynagrodzenia – na 89 osób wskazanych do realizacji zamówienia aż 47 osób zarabia mniej niż 6.000 złotych. Podkreślić należy, że rynkowość wynagrodzenia 8 specjalistów IT należy oceniać z punktu widzenia sytuacji na rynku IT. Niezależnie od tego, jak może to dziwić – faktem jest, że wynagrodzenie 5.000 – 6.000 złotych to wynagrodzenie początkującego informatyka, prosto po studiach. I tego faktu nie unikniemy, niezależnie od tego, ile razy Comarch powtórzy, że informatycy w sektorze Public zarabiają mniej niż w sektorze komercyjnym. Jest to po prostu nieprawda. Nawet w sektorze publicznym, np. w ZUS, informatycy zarabiają istotnie więcej niż 6.000 złotych. Samo tak istotne zniżenie kosztów wynagrodzenia przekłada się na sztuczne obniżenie ceny oferty o 25-30% procent;
- b) zniżania rezerw na wzrost wynagrodzenia – na cały okres realizacji umowy (50 miesięcy) Comarch przewidział rezerwę w średniej wysokości niewiele ponad 5% (od 4,91% do 5,48% w zależności od grupy kompetencyjnej), podczas gdy tylko w 2021 roku podwyżki w Comarch wyniosły 12%. Ta manipulacja niską rezerwą na wzrost wynagrodzenia pozwoliła Comarch „zaoszczędzić” ok. 5,5 mln złotych na cenie oferty;
- c) zniżenia wyliczenia kosztów związanych z nieobecnością pracowników wynikającą z urlopów czy zwolnień lekarskich. Tylko z tytułu nieuwzględnienia pełnych kosztów związanych z nieobecnościami Comarch zniżył łączny koszt realizacji umowy o ponad 2,8 mln zł;
- d) braku ujęcia w cenie oferty rzeczywistych kosztów niezbędnych do realizacji projektu -kosztów ITS czy kosztów szkoleń (innych też – ale te 2 są najbardziej spektakularne i te zostaną omówione w odwołaniu). Koszty te co prawda Comarch wskazuje w Wyjaśnieniach RNC, ale zaledwie w ułamkowej części kosztów rzeczywistych (np. 68 złotych na szkolenia na 1 osobę na rok).

Suma powyższego doprowadziła odwołującego do stwierdzenia, że Comarch formalnie wykazał bardzo niską stawkę za 1 roboczodzień. Nie jest jednak niczym trudnym wykazać niską stawkę za 1 roboczodzień w sytuacji, gdy za punkt wyjścia przyjmie się dane i uwarunkowania tak dalece nierynkowe, niezgodne z sytuacją makroekonomiczną.

Reasumując – w ocenie odwołującego – Comarch nie podał w Wyjaśnieniach RNC żadnego unikalnego know-how, które pozwoliło mu osiągnąć oszczędność rzędu 30%. Comarch po prostu pominął szereg kosztów – w wyniku czego cena jego oferty jest niższa o 30% od cen rynkowych. Jednak nie była to cena rynkowa. Drugim elementem stanu faktycznego, wynikającym z treści Wyjaśnień RNC, wskazującym na nierzetelność Wyjaśnień RNC jest to, że Comarch oparł Wyjaśnienia RNC w zakresie pracochłonności wyłącznie na deklaracjach. Wyjaśnienia RNC nie zawierają nawet próby pokazania przez Comarch, jak obliczył pracochłonność usług, które ma realizować. Są to prostu deklaracje, a właściwie gołosłowne twierdzenia. W ten sposób można wykazać dowolną cenę oferty na usługi. Po prostu np.

powiedzieć – 100 roboczodni. A dlaczego? Bo ja wykonawca tak uznałem. Odwołujący wskazał, że kolejność argumentacji poniżej wynika z treści Wyjaśnień RNC, omówiono po kolei poszczególne wady i braki Wyjaśnień RNC, w kolejności, jak dana kwestia przedstawiana jest w Wyjaśnieniach RNC.

I. Brak przedstawienia sposobu obliczenia pracochłonności 1 Punktu Funkcyjnego
Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w Wezwaniu w pkt 8 wyraźnie wskazał, że wymaga, aby Comarch przedstawił szczegółowe wyjaśnienia w zakresie ceny 1 Punktu Funkcyjnego:

8) sposobu wyceny ceny brutto 1 punktu funkcyjnego mając na uwadze, że jego cena jest znacznie niższa niż podana w Państwa ofercie (złożonej przez Konsorcjum Comarch Polska S.A. oraz Softiq Sp. z o. o.) w postępowaniu znak TZ/271/49/17 pn. „Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS”, w którym otwarcie ofert odbyło się dnia 19.07.2018 r.

W ww. ofercie cenę brutto punktu funkcyjnego określiliście Państwo w wysokości 2 557,17 PLN. Natomiast w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu oferują Państwo ceną brutto 1 CFP w wysokości 1 838,85 PLN.

Złożoność systemu PUE, określona w pkt 5 Załącznika 5 do Umowy z dnia 27.11.2018, zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania nr TZ/271/49/17 określona została na 8 592 punktów funkcyjnych; szacunkowa złożoność Systemu PUE na dzień 27.02.2021 roku została ustalona na poziomie 15 370,3 CFP (Załącznik 8 do SIWZ). Oznacza to, że od poprzedniego postępowania złożoność systemu została podwojona.

Zdaniem odwołującego Comarch nie zrealizował wezwania zamawiającego i nie wykazał sposobu wyceny ceny brutto 1 punktu funkcyjnego. Celem wyjaśnienia tej kwestii odwołujący argumentację rozpoczął od wyjaśnienia, czym jest Punkt Funkcyjny i jak ustala się jego cenę. Punkt funkcyjny jest jednostką miary złożoności oprogramowania. Dzięki temu możliwe jest ustalenie ceny wytworzenia oprogramowania, dla którego nie zdefiniowano jeszcze wymagań funkcjonalnych. Odpowiednikiem takiej jednostki w budownictwie mogłoby być wymurowanie metra kwadratowego ściany lub ułożenie metra kwadratowego glazury. Oczywiście jest, że pracochłonność murowania lub układania glazury będzie różna w zależności od projektu, zależy bowiem od wielu czynników np.: wykorzystanego materiału (mała cegła czy płyta betonowa, mozaika czy duże kafelki), grubości ściany, rodzaju spoiwa, sposobu wykończenia krawędzi itp. Analogicznie jest z oprogramowaniem – pracochłonność wytworzenia oprogramowania zależy od wielu czynników – o czym dalej. Istotą zarzutu jest to, że Wyjaśnienia RNC nie zawierają wyliczenia pracochłonności wykonania 1 Punktu Funkcyjnego (PF) w godzinach, a jedynie oświadczenie Comarch w tym zakresie, niepoparte żadnymi dowodami ani wyliczeniami. Całość wyjaśnień złożonych przez Comarch w zakresie

pracochłonności wykonania 1 PF zawarta jest w jednym akapicie zawartym w rozdziale I pkt I.6.1 *Oszacowanie pracochłonności wykonania Modyfikacji i Usług dodatkowych:*

Łączna maksymalna szacowana pracochłonność realizacji Modyfikacji oraz Usług dodatkowych, wynosząca 51 956,25 MD, została wyznaczona w oparciu o zapisy art. 4 ust. 9 pkt 2 Umowy. Wykonawca przyjął, że zgodnie z zapisami SIWZ (art. 4 ust.8 Umowy, art. 4 ust. 9 pkt 2) Umowy) jedna Osobogodzina pracy jest równa 1/15 Punktu Funkcyjnego dla Modyfikacji oraz Usług dodatkowych co pozwala wyznaczyć pracochłonność wytworzenia jednego Punktu Funkcyjnego wynoszącą 1,875 osobodnia (1 CFP = 15 Osobogodzin).

A całe uzasadnienie tej pracochłonności zawarte jest w ostatnim akapicie tego rozdziału:

Doświadczenie własne Wykonawcy z realizacji projektów o podobnej skali i złożoności oraz analizy dokumentacji dołączonej do SIWZ daje podstawy do przyjęcia założenia, że pracochłonność wytworzenia 1 Punktu Funkcyjnego (CFP) wynosząca 1,875 osobodnia jest wystarczająca dla Modyfikacji i Usług dodatkowych realizowanych w ramach rozwoju Platformy Usług Elektronicznych ZUS.

Oprócz tych 2 akapitów w całych Wyjaśnieniach RNC nie ma żadnych innych treści, które dotyczą pracochłonności wykonania Punktu Funkcyjnego. W szczególności – wbrew twierdzeniom Comarch podnoszonym w toku postępowania KIO 2571/21 – pracochłonność 1 PF nie jest omawiana ani w Rozdziale V, ani w Rozdziale VIII. Zatem oczywistym jest, że Comarch w ogóle nie opisał sposobu ustalenia pracochłonności wytworzenia 1 Punktu Funkcyjnego. Całość wyjaśnień w tym zakresie ogranicza się do deklaracji Comarch, nieopartych na rzetelnym szacowaniu. A należy podkreślić, że cena za 1 PF to podstawowy i zasadniczy element oferty cenowej – praktycznie całe wynagrodzenie wykonawcy jest pochodną ceny Punktu Funkcyjnego. Wynika to z konstrukcji formularza cenowego opracowanego przez zamawiającego. Cena jednego (1) punktu funkcyjnego to iloczyn dwóch wartości:

a) pracochłonność wykonania 1 punktu funkcyjnego w godzinach

b) średni koszt godziny pracy

według wzoru:

Cena 1 Punktu Funkcyjnego (PF) = pracochłonność wykonania 1 punktu funkcyjnego w godzinach x średni koszt godziny pracy

Średni koszt godziny pracy zależy głównie od wynagrodzeń specjalistów, a te w przypadku zarówno Comarch, jak i Asseco nie mogą znacząco odbiegać od wynagrodzeń rynkowych. Niezgodne z elementarnymi zasadami gospodarki rynkowej i doświadczeniem życiowym byłoby, gdyby dany specjalista, zaangażowany w kilkuletni bardzo wymagający projekt otrzymywał w Comarch wynagrodzenie istotnie niższe niż to, jakie mógłby otrzymać w innej firmie. Przy dzisiejszym otwartym i dynamicznym rynku pracy oraz dużej łatwości zmiany

pracodawcy wysokość wynagrodzeń specjalistów podobnej klasy podlega bardzo szybkiej weryfikacji i wyrównaniu – swoistej samoregulacji. W firmach krajowych podobnej skali, wynagrodzenia określonych specjalistów w danej branży nie różnią się więcej niż 10%. Z tego względu rzeczywiste koszty osobowe¹, a tym samym rzeczywisty średni koszt godziny pracy specjalisty danej klasy w Comarch czy w Asseco może różnić się od siebie i może odbiegać od stawek rynkowych – ale maksymalnie o 10%. W efekcie wpływ tego czynnika na różnicę ceny 1 Punktu Funkcyjnego w złożonych ofertach jest bardzo ograniczony. Oznacza to, że czynnikiem decydującym o cenie 1 Punktu Funkcyjnego jest pracochłonność wykonania 1 Punktu Funkcyjnego. Pracochłonność wytworzenia 1 PF wynika z szeregu elementów, ale przede wszystkim z:

- a) zakresu prac oraz produktów, jakie wykonawca zgodnie z umową jest zobowiązany wykonać i dostarczyć zamawiającemu,
- b) standardów, w jakich te produkty muszą zostać przygotowane,
- c) doświadczenia zespołu realizacyjnego, który produkty wykonuje.

Ad. a) zakres prac oraz produktów, jakie wykonawca zgodnie z umową jest zobowiązany wykonać i dostarczyć zamawiającemu.

Zgodnie z zapisami SIWZ (Załącznik 2 Wzór Umowy, Artykuł 4 – Zlecenie Modyfikacji, Usług dodatkowych i instruktaży oraz Załącznik 4, pkt II Procedury dla realizacji Umowy) zakres prac, których pracochłonność powinna być uwzględniona w cenie 1 PF, jest następująca:

- a. potwierdzenie przyjęcia Zapotrzebowania na Modyfikację lub Usługę Dodatkową,
- b. przeprowadzenie wraz z zamawiającym uzgodnień projektowych mających na celu określenie zakresu Modyfikacji,
- c. przygotowanie dokumentu Uzgodnienie projektowe,
- d. uwzględnienie uwag zamawiającego do przedstawionego mu Uzgodnienia projektowego,
- e. przygotowanie i przedstawienie zamawiającemu oferty na podstawie zaakceptowanego Uzgodnienia projektowego,
- f. negocjacje z zamawiającym dotyczące przedstawionej oferty,
- g. przeprowadzenie analizy i projektowania,
- h. wykonanie dokumentacji analitycznej (Analityczny Opis Modyfikacji – AOM),
- i. wykonanie planu testów (Plan Testów Akceptacyjnych – PTA),
- j. wykonanie projektu szczegółowego (Dokumentacja Techniczna – DT),
- k. wykonanie oprogramowania dedykowanego,
- l. wykonanie dokumentacji użytkownika (DU),
- m. wykonanie dokumentacji administratora (DA),
- n. przeprowadzenie testów akceptacyjnych wraz z zamawiającym,
- o. wykonanie planu testów wydajnościowych (PTW),

- p. przeprowadzenie testów wydajnościowych wraz z zamawiającym,
- q. wykonanie planu testów bezpieczeństwa (PTB),
- r. przeprowadzenie testów bezpieczeństwa wraz z zamawiającym,
- s. powykonawcza aktualizacja dokumentacji analitycznej wraz z Wymiarowaniem pełnym (Ujednolicona Dokumentacja Analityczny – UAOM i WP),
- t. powykonawcza aktualizacja dokumentacji technicznej (Ujednolicona POWYKONAWCZA Dokumentacja Techniczna - UPDT),
- u. wykonanie pakietu instalacyjnego,
- v. wsparcie Wdrożenia Modyfikacji.

Ad. b) standardy, w jakich te produkty muszą zostać przygotowane.

Zamawiający opisał szczegółowo w SIWZ standardy, w jakich muszą zostać wykonane poszczególne produkty:

- a. Uzgodnienie projektowe (Załącznik 4.2 do Umowy),
- b. Oferta, na bazie której zawierane jest każdorazowo Zlecenie dla Modyfikacji (Art. 4 pkt 7 Umowy),
- c. produkty umowy AOM, PTA, DT, DU, DA, PTB, PTW, UAOM, UPDT, WP (Załącznik 4.2 oraz Załączniki „Standardy produkcyjne”).

Porównując zakres (zwłaszcza dokumentacji) oraz standardy opisane i wymagane przez ZUS (szczególnie dot. jakości i bezpieczeństwa) do zakresu produktów i standardów w innych projektach w sektorze publicznym należy podkreślić zdecydowanie większą złożoność i pracochłonność wykonania produktów w ramach 1 PF dla ZUS.

Ad c) doświadczenie zespołu realizacyjnego, który produkty wykonuje.

Biegłość zespołu realizacyjnego w wykorzystywaniu dostępnych na rynku standardów i narzędzi informatycznych (tj. umiejętność prowadzenia prac analitycznych czy programistycznych) jest istotnym elementem wpływającym na wynikową pracochłonność, ale jeszcze istotniejszy wpływ ma znajomość specyfiki danego projektu i systemu informatycznego. Znajomość ta dotyczy przynajmniej trzech obszarów:

- a) merytoryczno-biznesowego – znajomość procesów realizowanych u Klienta, interakcji z podmiotami zewnętrznymi, oczekiwań użytkowników wewnętrznych i zewnętrznych,
- b) specyfiki technicznej systemu informatycznego – znajomość kodu źródłowego oprogramowania, identyfikacja zależności pomiędzy różnymi częściami systemu i tego jak zmiana w jednej części wpływa na pozostałe, znajomość architektury danych i sposobu ich przetwarzania,
- c) standardów wykonania produktów zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Comarch nie wykonał dotąd żadnej modyfikacji w zakresie Systemu PUE, nie ma więc żadnej wiedzy opisanej w dwóch podpunktach a) i b) powyżej.

Należy zaprzeczyć także twierdzeniom Comarch z Wyjaśnień RNC, jakoby nabrał biegłości w realizacji modyfikacji oprogramowania zgodnie ze standardami narzuconymi przez ZUS w ramach Umowy Ramowej na rozwój KSI - podkreślić bowiem należy, że do chwili złożenia ofert w niniejszym postępowaniu Comarch wykonał tylko 3 modyfikacje w ramach Umów Ramowych. Ponadto, te 3 modyfikacje zrealizowane przez Comarch w ramach Umowy Ramowej są mało reprezentatywne ze względu na niewielką skalę oraz fakt, że żadna z nich nie dotyczyła dostosowania KSI do pilnych zmian legislacyjnych. Co istotne - największa z nich została zrealizowana przez Comarch ponad pół roku po pierwotnym terminie przewidzianym w zleceniu. Odwołujący zaznaczył, że Comarch w swoich wyjaśnieniach nawet w najmniejszym stopniu nie odniósł się do żadnego z ww. trzech elementów wpływających na rzeczywistą pracochłonność 1 PF.

Odwołujący dodał, że przyjęta i zadeklarowana w Wyjaśnieniach RNC przez Comarch liczba 15 roboczogodzin na 1 PF, choć rzeczywiście znajduje się w SIWZ (art. 4 ust.8 Umowy, art. 4 ust. 9 pkt 2), to dotyczy pobocznego zakresu prac, tj. Usług dodatkowych i nie dotyczy Modyfikacji. Podstawowym celem Umowy jest rozwój PUE (na zadania w tym zakresie zgodnie z SIWZ przypada 77% wartości Umowy). W ramach tej części głównym zadaniem wykonawcy będzie wykonywanie Modyfikacji, a pobocznym realizacja Usług dodatkowych (jak sama nazwa wskazuje). Wielkość Modyfikacji obliczana jest w punktach funkcyjnych COSMIC zgodnie z podręcznikiem szacowania. W tych niewielu przypadkach, gdy zadania wykonawcy nie dotyczą opracowania oprogramowania i nie ma w związku z tym możliwości oszacowania ich złożoności i wyceny w PF wg standardu COSMIC, stosuje się Usługi dodatkowe. W całej aktualnie realizowanej Umowie PUE kwota przeznaczona na realizację wszystkich Usług dodatkowych stanowiła niecałe 13 % wartości umowy (4 884 438,24 zł z kwoty 38 870 586,12 zł, która jest wartością całej umowy). I to właśnie dla tych Usług dodatkowych, ze względu na brak możliwości oszacowania ich złożoności zgodnie ze standardem COSMIC zamawiający w SIWZ arbitralnie zastosował przelicznik 1 PF = 15 roboczogodzin. Przelicznik ten został wprowadzony jedynie po to, aby dla całego zakresu prac w Umowie można było stosować jedną jednostkę rozliczeniową - 1 PF. Co istotne w odpowiedzi zamawiającego z dnia 16 grudnia 2021 r. na skargę Asseco, sygnatura akt XXIII Zs 133/21, dotyczącą tego postępowania w punkcie 34 czytamy:

34. W tym stanie rzeczy uzasadnione było skorzystanie z przelicznika przyjętego przez Zamawiającego w art. 4 ust. 9 wzoru umowy dla Usług dodatkowych, to jest 15 roboczogodzin na 1 PF.

Oznacza to, że sam zamawiający przyznał, że Comarch nie przedstawił wyliczenia pracochłonności 1 punktu funkcyjnego, a jedynie przyjął wartość wskazaną przez

zamawiającego w SIWZ, ale dla zupełnie nieadekwatnych i obejmujących niecałe 13% zakresu projektu Usług dodatkowych.

W tym samym punkcie odpowiedzi na skargę zamawiający pisze:

Skarżący ma rację, że pracochołność Usług dodatkowych nie może być szacowana z zastosowaniem metodyki Cosmic, a przelicznik został wprowadzony po to, aby dla całego zakresu prac w Umowie można było stosować jedną jednostkę przeliczeniową.

Tym samym zamawiający przyznał, że przelicznik 1 PF = 15 roboczogodzin to wprowadzony przez niego sztuczny i uznaniowy, niepoparty żadnymi wyliczeniami techniczny wskaźnik, mający jedynie ułatwić rozliczenia dla pobocznych (a nie podstawowych) zleceń na Usługi dodatkowe. Jak już wykazano powyżej Comarch w swoich Wyjaśnieniach RNC nie przedstawił wyliczenia pracochołności wykonania 1 PF, a istnieje wiele metod aby to zrobić. Odwołujący wskazał, że w toku postępowania odwoławczego KIO 2571/21 wystąpił do pani profesor dr hab. B. C. - C., prof. SGH, wiceprezes Polskiego Stowarzyszenia Miar Oprogramowania, jednego z najlepszych specjalistów w obszarze punktów funkcyjnych w Polsce o opinię w tym zakresie. Jak wynika z przedłożonej opinii wraz z suplementem, zgodnie ze wskazanym w Suplemencie Podsumowaniu:

przy rzetelnym i prawidłowym stosowaniu metod wymiarowania funkcjonalnego systemów oprogramowania istnieje nie tylko możliwość, ale wręcz konieczność oszacowania takiej pracochołności

i dalej

Co więcej, oszacowanie pracochołności jednostkowej mierzonej w odniesieniu do 1 PF COSMIC/IFPUG dla konkretnego przedsięwzięcia bez wątplenia wymaga uzasadnienia w przeciwnym razie trudno tak oszacowaną pracochołność uznać za wiarygodną.

Brak uzasadnienia w postaci takich wyliczeń i/lub podania odpowiednich benchmarkingowych danych referencyjnych należy uznać za nierzetelne postępowanie nie tylko z metodycznego punktu widzenia, ale także za niedochowanie należytej staranności przy szacowaniu pracochołności jednostkowej w odniesieniu do 1 PF COSMIC/IFPUG. Rzetelne i właściwe podejście wymaga dowodu w zakresie wyliczenia/oszacowania pracochołności jednostkowej, tj. wskazania:

- (1) sposobu przyjętego do oszacowania pracochołności jednostkowej,*
- (2) źródeł danych benchmarkingowych,*
- (3) kryteriów selekcji danych benchmarkingowych, które uwzględniono w wyliczeniu/oszacowaniu.*

Uzasadnienie (dowód) powinno być jak najbardziej szczegółowe i powinno uwzględniać jak najwięcej czynników mających wpływ na pracochołność jednostkową - tak aby nie pozostawiało wątpliwości co do prawidłowego, bezbłędnego jej wyliczenia. Bez tego wartość

pracochłonności jednostkowej mierzonej w odniesieniu do 1 PF COSMIC/IFPUG należy uznać za niewiarygodną. Poprzestanie na oświadczeniu własnym wykonawcy co do określonej wartości pracochłonności jednostkowej jest zatem niewystarczające.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z ekspertyzy, a w szczególności ze znajdującego się w Suplemencie podsumowania wprost wynika, że przyjęcie określonej pracochłonności 1 punktu funkcyjnego (np.: 1 PF = 15 roboczogodzin) bez szczegółowego jej uzasadnienia jest nie tylko działaniem nieprawidłowym, ale też nierzetelnym. Podsumowując:

- a) zamawiający w taki sposób skonstruował formularz ofertowy, że na podstawie tylko jednej wartości – ceny punktu funkcyjnego – wyliczana jest cena całej oferty,
- b) głównym czynnikiem wpływającym na tę cenę jest pracochłonność wykonania 1 punktu funkcyjnego podana w godzinach,
- c) Comarch nie wyliczył tej pracochłonności, a jedynie ją zadeklarował,
- d) Deklaracja została dokonana w oparciu o zupełnie nieadekwatny wskaźnik zastosowany przez zamawiającego w SIWZ w celu uproszczenia rozliczeń, co jest z punktu widzenia wyjaśnień ceny oferty niewiarygodnym i nierzetelnym działaniem Comarch.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, w jak znaczący sposób nawet niewielkie różnice w pracochłonności 1 Punktu Funkcyjnego wpływają na cenę całej oferty. Gdyby rzetelnie wyliczona przez Comarch pracochłonność wykonania 1 Punktu Funkcyjnego wynosiła tylko o jedną roboczogodzinę więcej (16 zamiast 15), cena oferty Comarch byłaby wyższa o blisko 7%. Gdyby wyliczona rzetelnie pracochłonność realizacji 1 Punktu Funkcyjnego wynosiła 25 godzin (a biorąc pod uwagę brak doświadczenia Comarch w modyfikowaniu PUE jest to pracochłonność bardzo prawdopodobna) wartość oferty Comarch wyniosłaby: cena oferty Comarch / 15 * 25 czyli 71 mln zł / 15 * 25 = 118,3 mln i byłaby wyższa o ponad 47 milionów złotych (118,3-71). Z powyższego wynika, że Comarch nie przedstawił sposobu szacowania ceny 1 PF, a zatem - nie zrealizował wezwania zamawiającego w pkt 8. W szczególności Comarch nie przedstawił żadnych dowodów ani na pracochłonność wytworzenia 1 PF ani też na ewentualne zaistnienie jakichś okoliczności wskazanych w Rozdziale VIII, które wpływają na wyjątkową niską cenę 1 PF. Brak udzielenia odpowiedzi na konkretne pytanie zawarte w wezwaniu realizuje przesłanki art. 90 ust. 3 Pzp – Comarch po prostu nie udzielił wyjaśnień w zakresie pytania 8, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny 1 PF.

II. Brak przedstawienia dowodów na pracochłonność 1 PF, będącą podstawą szacowania ceny oferty.

Dodatkowo odwołujący jeszcze raz podkreśla, że Comarch nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność pracochłonności 1 PF. Sama ta okoliczność, czyli sam brak dowodów w tym zakresie powinien skutkować odrzuceniem oferty. W tym zakresie odwołujący wskazał na argumentację Krajowej Izby Odwoławczej przedstawioną w wyroku z

dnia 26 lipca 2019 roku, sygn. akt KIO 1323/19. Sprawa ta toczyła się z odwołania Comarch Polska S.A. w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. Comarch domagał się odrzucenia oferty Asseco Poland S.A. między innymi wobec złożenia niewystarczających wyjaśnień w zakresie ceny, zarzucając właśnie nieprawidłowe szacowanie pracochłonności 1 Punktu Funkcyjnego. Spośród wielu zarzutów Izba uwzględniła właśnie zarzut dotyczący braku dowodów w zakresie szacowania pracochłonności. Co prawda Asseco przedłożyło dowody w odpowiedzi na kolejne wezwania ARiMR, jednak Izba uznała, że skoro dowody takie wykonawca był zobowiązany złożyć już w odpowiedzi na wcześniejsze wezwania, to brak takiego złożenia dowodów nie może być uzupełniony w kolejnych wyjaśnieniach. Analogiczna sytuacja zachodziła w niniejszym postępowaniu – zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje dowodów na potwierdzenie zasadności ceny w każdym z punktów wezwania. Tymczasem w zakresie pkt 8 wezwania, dotyczącego ceny 1 PF, Comarch nie przedstawił żadnych dowodów. W ocenie odwołującego, skoro Comarch nie dołączył do Wyjaśnień RNC żadnych symulacji ani analiz, które uzasadniałyby tak niską cenę 1 PF – to zgodnie z wyrokiem KIO 1323/19 i argumentacją podnoszoną przez Comarch Polska SA w sprawie KIO 1323/19 – oferta Comarch powinna zostać odrzucona. Zwłaszcza wobec faktu, że zamawiający w pkt 8 wezwania wyraźnie wymagał wykazania argumentacji i dowodów dla zaoferowania ceny znacząco niższej niż w poprzednim postępowaniu.

III. Brak oszacowania pracochłonności Usług utrzymania – pkt I.6.3 Wyjaśnień RNC

W zakresie przedmiotowej części zarzutu odwołujący wskazał, że w Rozdziale I.6.3 Wyjaśnień RNC Comarch umieścił tabelę, w której jedynie zadeklarował pracochłonność świadczenia poszczególnych usług i nie wykazał, w jaki sposób wyliczył pracochłonności dla każdej z usług Utrzymania osobno. Tym samym przedstawione przez Comarch w Wyjaśnieniach RNC wartości nie były wynikiem szacowania pracochłonności, a jedynie zadeklarowaniem pracochłonności usług. W związku z tym Wyjaśnienia RNC w ogóle nie zawierają szacowania pracochłonności Usług utrzymania. Dodatkowo uwagę zwraca fakt, że dla wszystkich czterech usług aplikacyjnych, Comarch zadeklarował identyczną miesięczną pracochłonność. Dyskwalifikuje to przedstawiane Wyjaśnienia RNC, gdyż przedmiotowe usługi aplikacyjne znacznie różnią się między sobą. Dowodzi tego zarówno zakres usług, jak również takie warunki świadczenia usług jak: liczba gwarantowanych parametrów w ramach poszczególnych usług czy liczba zgłoszeń do obsługi. Dla przykładu odwołujący wskazał, że 52% wszystkich Zgłoszeń dot. PUE skierowanych było tylko do jednej (z czterech tak samo wycenionych przez Comarch), tj. do usługi - SYS_AVN#00!). Oczywistym zatem jest, że ta usługa ma znacznie większą pracochłonność niż 3 pozostałe. Taka sama sytuacja – różnego zakresu usług i ich pracochłonności – zachodziła w przypadku liczby gwarantowanych

parametrów. Pracochłonność świadczenia poszczególnych usług aplikacyjnych musi być istotnie różna. Powyższe dowodzi, że Comarch nie podjął nawet próby szacowania pracochłonności usług Utrzymania – w Wyjaśnieniach RNC przedstawił jedynie nierzetelne, oderwane od rzeczywistości i niczym nieoparte deklaracje pracochłonności poszczególnych usług aplikacyjnych. Jest to wbrew wezwaniu zamawiającego, który wymagał przedstawienia kalkulacji wraz z opisem metod przyjętych dla ich sporządzenia oraz dowodów na potwierdzenie kalkulacji. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że w Wyjaśnieniach RNC pod tabelą, w której zadeklarowano pracochłonność, Comarch wskazał:

Dla pozycji 6-13 pracochłonność wykazana w kolumnie 9 została wyznaczona jako iloczyn łącznej pracochłonności (suma kolumn 6, 7, 8) oraz liczby dni w miesiącu wynoszącej 21 (...)

Ta deklaracja jest błędna, bo zupełnie nieadekwatna do charakterystyki Systemu PUE. System ten bowiem funkcjonuje w trybie ciągłym w reżimie 24/7/365. Założenie zatem, że:

- a) wsparcie techniczne,
- b) utrzymanie środowisk produkcyjnych,
- c) zarządzanie bezpieczeństwem systemu,
- d) utrzymanie infrastruktury,

odbywa się tylko przez 21 dni w miesiącu jest po prostu kardynalnym błędem. Ewidentnie przy takich założeniach Comarch nie doszacował pracochłonności usług utrzymania. Zadanie wskazane powyżej również powinny być świadczone w reżimie 24/7/365, czyli przez wszystkie dni kalendarzowe w każdym miesiącu danego roku. W Wyjaśnieniach RNC w celu oszacowania pracochłonności usług Utrzymania Comarch (w ramach własnej metody szacowania) powinien dodatkowo wykazać (w postaci identyfikowalnych szczegółowych pozycji wyceny) co najmniej pracochłonność wynikającą z takich istotnych elementów cenotwórczych jak:

1) W odniesieniu do grupy zadań Zapewnienia działania Usługi na zdefiniowanym w metryce poziomie:

- a) szacowania wytworzenia narzędzi monitorujących bieżący poziom wartości parametrów usług,
- b) szacowania prac dotyczących monitorowania wartości parametrów usług,
- c) szacowania prac dotyczących monitorowania charakterystyki poszczególnych usług,
- d) szacowania prac dotyczących rozliczania metryk usług aplikacyjnych, w tym formułowania zastrzeżeń do raportów zamawiającego.

2) W odniesieniu do grupy zadań Realizacja zadań administrowania na poziomie aplikacyjnym:

- a) szacowania prac związanych z monitorowaniem procesów przetwarzania, w obszarze dostępności oraz wydajności) z uwzględnieniem reżimu 24/7/365,

- b) szacowania prac związanych z utworzeniem i uruchomieniem mechanizmów monitorujących procesy przetwarzania produkcyjnego,
- c) szacowania prac związanych z dostosowaniem istniejących mechanizmów monitorujących przetwarzanie produkcyjne do zmian zachodzących w Systemie,
- d) szacowania miesięcznego wolumenu analiz wpływu wprowadzanych zmian w Systemie na procesy przetwarzania i wartości parametrów określonych w metrykach Usług,
- e) szacowania miesięcznego wolumenu analiz związanych z analizą wpływu zmian funkcjonalnych w warstwie aplikacyjnej w kontekście zapewnienia określonego parametrami poziomu przetwarzania.

3) W odniesieniu do grupy zadań dotyczących obsługi Incydentów i Konsultacji utrzymaniowych:

- a) szacowanego miesięcznego wolumenu Zgłoszeń, które należy przyjąć i zdiagnozować dla każdej usługi utrzymania osobno,
- b) szacowanego miesięcznego wolumenu Błędów, które należy naprawić dla każdej usługi utrzymania osobno,
- c) szacowanego miesięcznego wolumenu Konsultacji utrzymaniowych, które należy obsłużyć dla każdej usługi utrzymania osobno,
- d) szacowanego miesięcznego wolumenu poprawek do instalacji,
- e) założonego narzutu na pracochłonność obsługi zgłoszeń z uwagi na bardzo restrykcyjny proces obsługi określony przez zamawiającego w SIWZ, gdzie z uwagi na możliwość zadania tylko jednego wstrzymującego czas SLA pytania, wykonawca zmuszony będzie do przeprowadzania pracochłonnych prób odtworzenia błędu bez możliwości uzyskania efektywnego wsparcia od zgłaszającego problem.

4) W odniesieniu do zadań wynikających z Usług utrzymania zdefiniowanych w art. 11. ust. 1 pkt 2-8, ust. 3 oraz ust. 4:

- a) szacowanego miesięcznego wolumenu zapytań zapotrzebowania na wsparcie techniczne do obsłużenia,
- b) szacowanego miesięcznego wolumenu żądań poprawy błędów w dokumentacji do korekty do obsłużenia,
- c) szacowanego miesięcznego wolumenu żądań aktualizacji procedur administracyjnych do obsłużenia,
- d) szacowanego miesięcznego wolumenu żądań aktualizacji dokumentacji do obsłużenia,
- e) szacowanego miesięcznego wolumenu żądań konfiguracji oraz parametryzacji Oprogramowania standardowego do obsłużenia,
- f) szacowanej miesięcznej liczby aktualizacji środowisk preprodukcyjnych oraz produkcyjnych do realizacji,

- g) szacowanej miesięcznej liczby podatności do usunięcia,
- h) szacowanej miesięcznej liczby optymalizacji poprawiających wydajność Systemu do wykonania,
- i) szacowanej miesięcznej liczby przekazywanych rekomendacji w zakresie optymalizacji wydajności do wykonania,
- j) szacowanych miesięcznie prac związanych z opracowaniem i dostarczeniem informacji o prognozowanym zapotrzebowaniu na zasoby Środowiska produkcyjnego i nieprodukcyjnego,
- k) szacowanej miesięcznej liczbie poprawek, które będą dostarczane do Zamawiającego dla Oprogramowania standardowego wchodzącego w skład systemu,
- l) szacowanej miesięcznej liczby żądań instalacji na środowisku produkcyjnym i nieprodukcyjnym do obsłużenia,
- m) szacowanej miesięcznej liczby asyst przy pracach instalacyjnych do zrealizowania.

Odwołujący stwierdził, że próby szacowania wymienionych wyżej pozycji, istotnych z perspektywy świadczenia usług Utrzymania, próżno szukać w wyjaśnieniach RNC Comarch. Pokazuje to dobitnie, że Comarch nie dokonał żadnego szacowania pracochłonności usług Utrzymania, a jedynie ją zadeklarował! Tak przedstawione Wyjaśnienia RNC nie dają żadnej możliwości weryfikacji i prześledzenia prawidłowości obliczenia ceny ofertowej Comarch. Dodatkowo w ramach świadczenia usług serwisowych określonych w Załączniku 9 Comarch zobowiązany był oszacować pracochłonność świadczenia usługi telefonicznej pomocy technicznej 365 dni w roku od godziny 06:00 do 22:00. – zgodnie z brzmieniem Załącznika 9 do SIWZ:

11. Wykonawca zapewni przez cały okres obowiązywania Umowy telefoniczną pomoc techniczną 356 dni w roku od godz. 6 do godz.22.

W ramach tej pozycji na Comarch ciążył obowiązek wykazania pracochłonności niezbędnej do zapewnienia profesjonalnego wsparcia w ramach telefonicznej pomocy technicznej, dostępnej w trybie ciągłym w godzinach 06:00-22:00, pracochłonność należało oszacować i wykazać w ramach odrębnej pozycji tabeli. Odwołujący wskazał, że w obecnie realizowanej umowie na PUE w ramach tej usługi obsługuje około 700 kontaktów miesięcznie, o średniej miesięcznej pracochłonności samej tylko obsługi tych kontaktów ok. 150 roboczogodzin, co stanowi blisko 10% zadeklarowanej przez Comarch pracochłonności Usług utrzymania dla inicjalnej złożoności Systemu. Biorąc pod uwagę okres realizacji umowy oraz wymaganą praktycznie natychmiastową reakcję w trybie 24/7 (godziny nocne i dni wolne od pracy) niedoszacowanie ceny oferty przez Comarch tylko z tego tytułu wynosi ponad milion złotych. W swoich Wyjaśnieniach RNC Comarch pominął oszacowanie określonej w Załączniku 9 usługi telefonicznej pomocy technicznej. W związku z tym Wyjaśnienia RNC w zakresie pracochłonności Usług utrzymania są niekompletne a przez to nieprawidłowe.

IV. Nieprawidłowa struktura Personelu, co skutkuje zaniżoną kalkulacją kosztów wynagrodzenia Personelu.

W kontekście przedmiotowego zarzutu odwołujący wskazał, że kluczową kwestią, którą należało wykazać w Wyjaśnieniach RNC były koszty osobowe, czyli koszty wynagrodzenia personelu, który będzie realizował przedmiot zamówienia. W celu wykazania kosztów osobowych konieczne było:

- a. wskazanie w Wyjaśnieniach RNC w sposób jednoznaczny liczby osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia,
- b. dołączenie dowodów wykazujących koszty zatrudnienia każdej z tych osób.

Jak wyjaśnił odwołujący, Comarch wyznaczył do realizacji umowy zespół złożony z 89 specjalistów, przy czym zostali oni podzieleni na 3 grupy kompetencyjne. Dodatkowo w Tabeli 7 Wyjaśnień RNC Comarch wskazał udział poszczególnych grup kompetencji w realizacji poszczególnych usług. Comarch założył, że 70% prac w zakresie wszystkich usług będzie wykonywanych przez pracowników z najniższej grupy kompetencyjnej C, których średnie wynagrodzenie brutto z umów o pracę (bez kosztów pracodawcy) wynosi 4 729,43 zł (kwota została wyliczona na podstawie danych przedstawionych w Załączniku 1 do Wyjaśnień RNC w kolumnie *placa zasadnicza brutto z umowy o pracę / wynagrodzenie z umowy cywilnoprawnej na dzień 15.04.2021 [PLN]*” dla osób z grupy C). W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje szereg usług: od bardzo skomplikowanych i specjalistycznych, przez usługi standardowe dla tego typu systemów, do usług prostych. Tymczasem w ocenie odwołującego Comarch przedstawił niedostosowany do zakresu i struktury usług skład zespołu. Było to spowodowane wyłącznie jedną przyczyną – koniecznością sztucznego zniżenia przez Comarch ceny 1 osobodnia, będącego podstawą kalkulacji zaniżonej ceny oferty Comarch. Konieczność taka pojawiła się wobec wezwania do złożenia Wyjaśnień RNC, którego to wezwania Comarch się nie spodziewał, zakładał bowiem, że oferta z ceną na poziomie 71% budżetu postępowania uchroni go od składania Wyjaśnień.

Dodatkowo Comarch nie tylko sztucznie zawiążył udział osób z (najtańszej) kategorii C w realizacji zamówienia, ale też wyliczając średnią stawkę dla osób o najwyższych kwalifikacjach (*Grupa kompetencyjna A – Eksperci, Architekci*), zaniżył ją, poprzez dodanie do tej grupy trzech osób, które z pewnością nie posiadają kompetencji eksperckich i nie są też architektami. Zgodnie z podziałem personelu na grupy kompetencyjne przedstawionym w pkt. III.1 Wyjaśnień RNC, te trzy osoby zatrudnione na stanowisku Młodszy Programista lub Programista, powinny zostać uwzględnione w *Grupie C – Administratorzy, specjaliści, diagności, programiści*. Po skorygowaniu składu Grupy A poprzez odjęcie tych trzech osób oraz po odpowiednim uwzględnieniu w Grupie A osób, z którymi zawarto umowy o

współpracy (Załącznik 3b do Wyjaśnień), średnie wynagrodzenie brutto z kosztami pracodawcy dla pozostałych w tej grupie 17 osób wynosi 20 244,26 zł, a nie jak wskazał Comarch w pkt. III.1 Wyjaśnień RNC 18 028,89 zł. Właściwa stawka, po przeliczeniu na osobodzień daje wartość 964,01 zł, a po uwzględnieniu założonej przez Comarch rezerwy w wysokości 5,35% daje wartość 1 015,59 zł i to taka stawka powinna być użyta w obliczeniach kosztów realizacji zamówienia.

Dalej odwołujący wskazał, że Comarch załączył umowy dla całego zespołu, liczącego 89 osób. Przedstawienie tych umów spowodowało, że Wyjaśnienia RNC na pierwszy rzut oka wydają się rzeczowe, zaś stawki stosowane przez Comarch wydają się udowodnione. Jednakże dążąc do wykazania jak najniższej średniej stawki Comarch przedstawił nieprawidłowy skład zespołu – umieszczając w tym składzie głównie (aż 70%) młodszych specjalistów (Grupa kompetencyjna C), nie posiadających wystarczającej wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym – nie dających rękojmi należytego wykonania zamówienia polegającego na utrzymaniu i rozwoju jednego z najbardziej krytycznych systemów informatycznych w Polsce. Oczywiście w skład zespołu realizującego przedmiot umowy mogą i wręcz powinni wchodzić też młodszy i mniej wykwalifikowani specjaliści, ale w odpowiedniej proporcji do osób bardziej doświadczonych, tym bardziej, że większość prostych i powtarzalnych czynności utrzymaniowych wykonywanych jest bezpośrednio przez zespoły zamawiającego (Centra Wsparcia Informatyki).

Dodatkowo nawet w grupie eksperckiej, zostały wykazane osoby, które z pewnością nie powinny się tu znaleźć, a jedynym powodem takiej sytuacji jest chęć zaniżenia stawki za roboczodzień pracy eksperta/architekta. Zdaniem odwołującego, zamawiający w ogóle nie zbadał tej kwestii. Zaskakujące było dla odwołującego, że dla zamawiającego zespół przedstawiony przez Comarch, składający się w przeważającej większości (70%) z młodszych specjalistów jest zespołem, który daje rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia. Przedmiotowa kwestia powinna być dokładnie zbadana. Przede wszystkim zamawiający – znając dokładnie proporcje składu zespołu wskazane w Wyjaśnieniach RNC – powinien zająć jednoznaczne stanowisko, czy jego zdaniem dopuszczalna jest realizacja przedmiotu zamówienia w 70% młodszymi specjalistami. Zdaniem odwołującego jest to niemożliwe. Jeśli jednak zamawiający potwierdzi prawidłowość takiego składu zespołu, jest to informacja dla wszystkich podmiotów świadczących usługi na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, że możliwe jest obniżenie kosztów świadczonych usług poprzez realizację usług zespołem składającym się w 70% z młodszych specjalistów, których wynagrodzenie jest znacząco niższe od wynagrodzenia pracowników IT w ZUS. A przecież personel wykonawcy ma wspierać i uzupełniać kompetencje zespołów Zakładu. Zamawiający

powinien wziąć pod uwagę skutki oświadczeń procesowych, jakie złoży w niniejszej sprawie, aby nie powtarzać błędów wcześniejszych³. Oddalenie odwołania nie może być bowiem dla zamawiającego celem samym w sobie, zamawiający zawsze powinien mieć na uwadze skutki swoich oświadczeń dla funkcjonowania całości jego organizacji. Jednocześnie nie sposób dalej pomijać faktu, że zamawiający posiada własny zespół administrujący i utrzymujący samodzielnie System PUE w bazowym zakresie. Dlatego obsługa prostych, powtarzalnych zadań administratorskich, realizacja procedur czy też diagnostyka prostych przypadków realizowana jest przez ten zespół ZUS. Wykonawca w ramach tego postępowania ma uzupełnić swoimi kompetencjami działania związane z utrzymaniem i rozwojem PUE. Dlatego kompetencje zespołu dedykowane przez wykonawcę do realizacji tego zadania muszą być na odpowiednio wysokim poziomie, co nie może być zagwarantowane, jeżeli ponad 2/3 personelu Comarch stanowią osoby o kompetencjach młodszych specjalistów. Struktura zespołu specjalistów wskazanych do realizacji przedmiotu zamówienia przez Comarch nie wynikała z potrzeb zamawiającego – jedyną przesłanką takiej struktury było sztuczne zaniżenie ceny oferty.

V. Nieadekwatna liczba specjalistów w poszczególnych grupach w stosunku do wyliczonej pracochłonności na daną grupę.

W pkt. I.2 Wyjaśnień RNC Comarch wskazał:

Do realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zamierza przeznaczyć maksymalnie zespół składający się z ok. 89 osób.

Jednocześnie w pkt. III.1 Wyjaśnień Comarch wskazał, że osoby do realizacji umowy zostały podzielone na grupy kompetencyjne i do każdej grupy została przypisana konkretna liczba osób, dla których załączono jako dowody umowy o pracę lub o współpracy. Comarch przewidział do realizacji umowy następującą liczbę osób w poszczególnych grupach:

- Grupa kompetencyjna A – 20 osób,
- Grupa kompetencyjna B – 29 osób,
- Grupa kompetencyjna C – 40 osób.

Jednocześnie w Tabeli 6 Wyjaśnień RNC Comarch przedstawił łączną pracochłonność realizacji poszczególnych usług w trakcie 47 miesięcy realizacji umowy, natomiast w Tabeli 7 przedstawił udział poszczególnych grup specjalistów w realizacji poszczególnych usług.

Jak wyliczył odwołujący, aby było możliwe świadczenie usług będących przedmiotem umowy w 70% pracochłonności przez specjalistów z Grupy kompetencyjnej C, minimalna liczba etatów w tej Grupie wynosić powinna 50 osób (49,52 po zaokrągleniu do pełnych etatów). Tymczasem Comarch przeznaczył do realizacji zamówienia jedynie 40 osób w tej Grupie kompetencyjnej. To oznaczało, że przedstawione w Wyjaśnieniach RNC założenia były wewnętrznie sprzeczne i nie było możliwości wykonania umowy przewidzianym do realizacji

umowy zespołem osób, przy założonym udziale w całkowitej pracochłonności poszczególnych grup specjalistów.

Dodatkowo w wyliczeniach należało jeszcze uwzględnić współczynnik efektywności, który uwzględnia nieobecność w pracy związaną z urlopami lub chorobą oraz brak udziału w realizacji projektu w związku z udziałem w szkoleniach i innych pracach na rzecz spółki, co oznacza, że liczba osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia powinna być odpowiednio wyższa, w stosunku do liczby wynikającej jedynie wprost z pracochłonności. Jeżeli któraś z tych 50 osób będzie chora lub będzie na urlopie to jej prace przecież ktoś musi wykonać. Zgodnie z założeniami przyjętymi w pkt. VII.2, Comarch wyliczył wpływ ww. nieobecności na wzrost kosztów każdego osobodnia w projekcie. Zgodnie z tymi wyliczeniami nieobecności te spowodują wzrost kosztów każdego osobodnia o 0,11 czyli o 11%. Oznacza to, że 11 % nominalnego czasu pracy każdej osoby nie zostanie przeznaczone na realizację projektu w związku z urlopami, zwolnieniami lekarskim i udziałem w szkoleniach. To oznacza, że minimalna liczba osób w Grupie kompetencyjnej C, która byłaby w stanie zrealizować założony 70% udział w całkowitej pracochłonności realizacji zamówienia z uwzględnieniem przepisowych nieobecności wynosi ok. 56 osób.

Wprowadzie w pkt.I.2 Wyjaśnień RNC Comarch pisze:

Wykonawca zwraca uwagę na fakt, iż liczebność zespołu wyznaczonego do realizacji Umowy (89 osób) przekracza średnią liczbę osób/etatów jaka wynika z przeliczenia pracochłonności, wykazanej w kolumnie 3 Tabeli 6. Pracochłonność, w odniesieniu do czasu trwania projektu:

69 822,75 MD / 47 miesięcy / 21 dni = 70,7 etatów.

Dodatkowe osoby zostały uwzględnione w składzie zespołu z powodu konieczności obsłużenia sytuacji, w której osoby delegowane do wykonywania postanowień Umowy będą musiały pogodzić te zadania z ewentualnymi zadaniami w innych projektach. Wprowadzie nie jest to sytuacja celowa, ale Wykonawca zakłada, że może do niej sporadycznie dochodzić i zapewnia w tym względzie odpowiednie zastępstwo. Również ryzyko niedoszacowania liczebności zespołu czy zbyt mała rezerwa z tytułu nieobecności pracowników może skutkować tym, że zespół będzie musiał być powiększony o dodatkowe osoby. Osoby takie będą dobierane do realizacji zadań spośród wymienionych w składzie zespołu liczącego ok. 89 osób.

Odwołujący wyjaśnił, że Comarch wskazał w Wyjaśnieniach RNC, że zastępstwa podczas nieobecności będą zapewniały osoby wymienione w składzie zespołu liczącego ok. 89 osób. Comarch zakłada więc, iż podczas nieobecności osoby z Grupy kompetencyjnej C, część zadań będą wykonywały osoby z grupy A lub B, gdyż jak wykazano powyżej, osób w Grupie C jest zbyt mało osób. To oznacza, że koszty przewidziane na zastępstwo powinny być

policzone po wyższych stawkach (dla droższych specjalistów z grup A i B) – czego Comarch nie zrobił i w efekcie zaniżył koszty wykonania zamówienia. Udział w całkowitej pracochłonności realizacji umowy osób z najtańszej grupy kompetencyjnej (70%) został w Wyjaśnieniach RNC zawyżony. W rzeczywistości – biorąc pod uwagę liczby specjalistów w poszczególnych grupach – istotną część tych prac będą realizowały osoby z wyższych grup kompetencyjnych, które mają wyższe wynagrodzenie, a tym samym rzeczywisty koszt realizacji umowy będzie wyższy, a w Wyjaśnieniach RNC Comarch został on sztucznie zaniżony. VI. *Tabela 3 „Wynagrodzenia z umów” kolumna 13 oraz Tabela 4 „Rezerwa wynagrodzenia” - zbyt niska wysokość rezerwy m.in. na wzrost wynagrodzeń, przy uwzględnieniu aktualnych danych GUS i innych czynników wynikających z reżimu eksploatacyjnego Systemu PUE*

Zaniżona cena oferty Comarch wynikała również z przeznaczenia do realizacji umowy bardzo dużej liczby osób o bardzo niskim - jak na sektor IT - wynagrodzeniu. Z wycień odwołującego wynikało, że 70% prac w ramach realizacji przedmiotu umowy będzie wykonywana przez osoby o średnim wynagrodzeniu na umowie o pracę lub umowie cywilnoprawnej w wysokości 4 729,43 zł. Jest to bardzo niskie wynagrodzenie w branży IT, co jest oczywiste również dla ZUS, który próbuje utrzymać obecnych (podkupowanych m.in. przez Comarch) lub pozyskać nowych pracowników do departamentów informatycznych i Centrów Wsparcia Informatyki. Zgodnie z danymi GUS w marcu 2021 r. (czyli w miesiącu poprzedzającym złożenie oferty w tym postępowaniu) przeciętne miesięczne wynagrodzenie z umowy o pracę brutto, bez kosztów pracodawcy wynosiło:

- a. w sektorze przedsiębiorstw 5 929 zł,
- b. w sektorze informacja i komunikacja (do którego zalicza się IT) 10 544 zł.

Biorąc pod uwagę architekturę Systemu Platforma Usług Elektronicznych ZUS, krytyczny poziom usług dzięki niej udostępnianych oraz znaczenie tych usług dla funkcjonowania państwa oraz że gros podstawowych zadań administracyjnych jest wykonywana przez zespół zamawiającego zdecydowana większość osób przeznaczonych do realizacji zamówienia powinna mieć przynajmniej kilkuletnie doświadczenie w branży IT i kompetencje na poziomie przynajmniej doświadczonego specjalisty.

Odwołujący stwierdził, że średnie wynagrodzenie wskazane w Wyjaśnieniach RNC przez Comarch dla Grupy kompetencyjnej C bez kosztów pracodawcy w wysokości 4 729,43 zł jest pomiędzy dolnym kwartylem a medianą wynagrodzenia zasadniczego dla Specjalisty młodszego, zgodnie z danymi płacowymi z marca 2021 roku dla branży IT. To oznaczało według odwołującego, że jego twierdzenie, iż do Grupy kompetencyjnej C zostały wyznaczone osoby o kompetencjach Specjalisty młodszego było jak najbardziej uprawnione.

Pomijając ryzyko dla zamawiającego związane z przeznaczeniem do realizacji zamówienia zbyt dużej liczby osób o niskich kwalifikacjach (co potwierdza wysokość ich wynagrodzenia), konieczne jest uwzględnienie odpowiednio wysokiej rezerwy na koszty związane ze wzrostem wynagrodzeń w kolejnych latach realizacji umowy. A biorąc pod uwagę, że Comarch tą samą rezerwą (Tabela 3 kolumna 13) objął również inne koszty, co wynika zarówno z opisu kolumny 13 w Tabeli 3:

Rezerwa na zwiększenie wynagrodzeń, premie uznaniowe, system motywacyjny, nadgodziny, pracę w porze nocnej i zatrudnianie specjalistów z zewnątrz (umowy o pracę) jak i z treści zawartej w pkt. III.1 Wyjaśnień RNC:

W Tabela 3 kolumna 13 pokazano jaką rezerwę przyjął Wykonawca dla każdej z usług na wzrost wynagrodzeń, premie uznaniowe, system motywacyjny dla zespołu, pokrycie kosztów fluktuacji kadr, pracę w porze nocnej, niedziele i święta, w godzinach nadliczbowych rezerwa ta powinna być istotną składową wyceny oferty (20-30%).

Zgodnie z danymi GUS, w skali jednego roku (marzec 2021 r. do marca 2020 r.) przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw wzrosło o 8,0%, a tempo wzrostu było szybsze niż obserwowane w poprzednich miesiącach. Dotyczy to zwłaszcza ludzi młodych, bez doświadczenia, których zatrudnienie z początkowym wynagrodzeniem poniżej przeciętnego wynagrodzenia na rynku, powoduje konieczność (jeżeli chce się takiego pracownika zatrzymać w organizacji) uwzględnienia w krótkim czasie budżetu na podwyżki w dużo większym wymiarze niż dla osób z kilkuletnim już stażem i znacznie wyższą pensją. Należy też zauważyć, że obecnie wzrost wynagrodzeń przyspieszył i roczny wskaźnik wzrostu wynagrodzeń za okres grudzień 2021 r. do grudzień 2020 r. w sektorze przedsiębiorstw wyniósł 11,2%, natomiast w sektorze informacja i komunikacja wyniósł 15,3% co pokazuje jak duża jest dynamika wzrostu wynagrodzeń w ostatnim czasie. Przy założeniu, że po 12 miesiącach wykonywania umowy wskaźnik wzrostu wynagrodzeń utrzyma się na poziomie z dnia składania ofert, czyli wyniesie 8% i w kolejnych latach realizacji umowy wyniesie tyle samo, wysokość rezerwy na sam wzrost wynagrodzeń w trakcie trwania całej umowy w stosunku do wynagrodzenia wyjściowego powinna wynieść co najmniej 12,65%. Oznacza to konieczność uwzględnienia w kosztach rezerwy na sam tylko wzrost wynagrodzeń w wysokości co najmniej 12,65% w stosunku do wykazanego na umowach o pracę wynagrodzenia. Trzeba też uwzględnić podobny wzrost narzutów na wynagrodzenia (kosztów pracodawcy), gdyż koszty te liczone są proporcjonalnie do wysokości wynagrodzenia. W obecnych warunkach rynkowych, brak przyjęcia takiego poziomu rezerw na wzrost wynagrodzeń przez oferenta (w szczególności dla kontraktu trwającego kilka lat) świadczy o próbie sztucznego zaniżenia rzeczywistych kosztów osobowych projektu, a tym samym jest przesłanką do uznania ceny jako rażąco niskiej.

Jak odwołujący wskazał powyżej, w rezerwie, o której mowa w punkcie III.1 oraz w Tabeli 3 kolumna 13 Wyjaśnień RNC, Comarch określił cel tej rezerwy nie tylko na pokrycie wzrostu wynagrodzeń, ale również innych czynników, takich jak: *premie uznaniowe, system motywacyjny dla zespołu, pokrycie kosztów fluktuacji kadr, pracę w porze nocnej, niedziele i święta, w godzinach nadliczbowych*. To bardzo znaczący składnik wyceny oferty biorąc pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży IT, który jest i w najbliższych latach będzie zdecydowanie rynkiem pracownika. Oznacza to większą niż standardowa na rynku fluktuację kadr (odejścia i zatrudnienia nowych pracowników) oraz silną presję na wzrost płac. Chcąc uchronić się przed negatywnymi skutkami tej sytuacji należy dbać o właściwy – nieodbiegający od rynkowego poziomu wynagrodzeń. Koszty fluktuacji, czyli wprowadzania do zespołu nowych pracowników są wysokie i zwłaszcza w wieloletnich projektach należy ich zdecydowanie unikać. A ponieważ dynamika wzrostu płac w branży IT, a co za tym idzie presja na wzrost wynagrodzeń jest i będzie w najbliższych kilku latach bardzo wysoka (skutek inflacji i deficytu kadr informatycznych) trzeba regularnie dostosowywać wynagrodzenia do poziomu rynkowego, żeby uniknąć jeszcze wyższych kosztów odejść pracowników oraz kosztów pozyskiwania i przystosowania nowych pracowników. Należy też stosownie premiować pracowników i dbać o skuteczne i siłą rzeczy kosztowne systemy motywacyjne.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że ze względu na reżim eksploatacji systemu PUE ZUS – tryb ciągły (24 godziny na dobę / 7 dni w tygodniu / 365 dni w roku) i wysoką krytyczność usług udostępnianych dzięki Platformie Usług Elektronicznych (np. elektroniczne zwolnienia lekarskie), rezerwa w tak szerokim zakresie jak wskazany w Wyjaśnieniach RNC przez Comarch jest bardzo istotnym składnikiem kosztów osobowych, a w efekcie ceny oferty. W takim reżimie eksploatacyjnym (dostępność 24/7/365) znacząca część prac utrzymaniowych, w szczególności administratorskich i konserwacyjnych odbywa się w godzinach najmniejszego obciążenia systemu, czyli w godzinach nocnych, w weekendy i święta. Również wdrożenia zmian i nowych funkcjonalności realizowane są w tzw. „oknach wdrożeniowych” (1-2 w miesiącu), w nocy z piątku na sobotę ew. z soboty na niedzielę. Naturalnym zjawiskiem jest, że bezpośrednio po „oknie wdrożeniowym” pojawiają się incydenty serwisowe do naprawy lub zagadnienia do rozwiązania jeszcze przed zwiększeniem natężenia korzystania z systemu PUE, czyli przed poniedziałkowym porankiem. Oznacza to wzmożoną i często ciągłą pracę nawet kilkudziesięciu osób (administratorów, technologów, analityków i programistów) w sobotę i niedzielę. Comarch opisał te koszty w pkt. III.2 Wyjaśnień RNC, wskazując, że w tej samej rezerwie wynagrodzeniowej zostały uwzględnione również koszty związane ze specjalnym trybem utrzymania dostępności systemu PUE:

Na etapie wyceny wzięto pod uwagę wynikające z prawa pracy uwarunkowania związane z świadczeniem usług zgodnie z kalendarzem 24/7/365, takie jak:

- 1. wymiar czasu pracy;*
- 2. okresy odpoczynku;*
- 3. rozkłady czasu pracy;*
- 4. praca w godzinach nadliczbowych;*
- 5. praca w porze nocnej;*
- 6. praca w niedzielę i święta.”*

wskazując, że:

Koszt ten jest uwzględniony w stawkach przedstawionych w Tabeli nr 4 Rezerwa wynagrodzenia.

W bezpośrednim okresie przed terminami, w których wchodzi w życie zmiana legislacyjna wymagająca dostosowania systemu PUE, również prace w zakresie rozwoju oprogramowania realizowane są w trybie nadzwyczajnym i ponadnormatywnym czasie pracy. W efekcie można przyjąć, że 10-15% całkowitej pracochłonności związanej z realizacją umowy realizowana jest poza standardowymi godzinami pracy i zgodnie z Kodeksem Pracy musi być odpowiednio rekompensowana poprzez dodatkowe wynagrodzenie lub dodatkowe dni wolne.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący przygotował oszacowanie wielkości rezerwy, jaką należałoby przyjąć w rzetelnej wycenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. W celu lepszego zobrazowania posłużył się w tym celu przykładem pracownika, którego wynagrodzenie w dniu złożenia oferty wynosiło 5 tys. zł brutto (bez kosztów pracodawcy). Sądząc po cenie oferty większość pracochłonności związanej z realizacją umowy Comarch zamierza zrealizować pracownikami z bardzo niskim jak na branżę IT wynagrodzeniem, stąd taki poziom wynagrodzenia przyjęto w przykładzie. Dla uproszczenia odwołujący przyjął też, że realizacja umowy będzie trwała 4 lata (zamiast 47 + 3 miesiące). W przykładzie założył też, że w pierwszym roku realizacji umowy, wynagrodzenie dla przykładowego pracownika wynosić będzie tyle, ile wykazano w umowie załączonej do Wyjaśnień RNC. Dopiero w kolejnych latach, tj. drugim, trzecim i czwartym roku realizacji umowy, zastosował wskaźnik wzrostu wynagrodzeń w sektorze przedsiębiorstw, rok do roku wg GUS tj. 8%. Dodatkowo uwzględnił koszt premii uznaniowej na bardzo niskim, bo zaledwie 8% rocznie poziomie – w praktyce niemającym zastosowania w branży IT, gdzie premia roczna, szczególnie w przypadku tak niskich poziomów wynagrodzenia podstawowego to najczęściej 15-25% jego rocznej wysokości. Nie przyjął też dla uproszczenia żadnych kosztów systemu motywacyjnego, pomimo iż sam Comarch wskazał, że koszty takie są zawarte w tej rezerwie. W związku z trybem realizacji usług w ramach umowy (duży udział pracy w weekendy)

założył też koszty na wynagrodzenie za pracę w niedzielę i święta, przy czym przyjmujemy je na niewielkim poziomie wobec rzeczywistych potrzeb – 3%, co odpowiada ok. 5 godzinom miesięcznie (przyjął normatyw 168h w miesiącu) oraz średnio 1,5h nadgodzin w miesiącu (1%). Pomiął koszty nieuniknionej przy tak niskim w stosunku do rynku poziomie płac fluktuacji pracowników, pomimo iż ten wskaźnik Comarch wskazał w opisie – nie znał założeń, dla uproszczenia pominięto. Ale z pewnością te koszty są niezerowe.

Według wyliczeń odwołującego wielkość rzeczony rezerwy powinna wynosić ok. 25% wynagrodzenia podstawowego, czyli w kwotach bezwzględnych, biorąc pod uwagę cenę oferty Comarch, powinno to być ok. 7 mln zł. Tymczasem Comarch przewidział na ten cel łączną kwotę na okres ponad 4 lat w wysokości 1,5 mln zł. Brakujący koszt wynosi ok.:

$7 \text{ mln zł} - 1,5 \text{ mln zł} = 5,5 \text{ mln zł}$

Z powyższych wyliczeń wynika, że tylko z tytułu nieuwzględnienia pełnych kosztów związanych z wynagrodzeniem, Comarch zaniżył łączny koszt realizacji umowy o 5,5 mln zł. Oznacza to, że nie ma możliwości osiągnięcia założonego zysku w wysokości 2 736 633,08 zł, co potwierdza, że projekt jest oczywiście nierentowny, a oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił, że przedmiotowa rezerwa wskazana w Tabeli 3 kolumna 13, która jest wyliczona na podstawie wskaźników przedstawionych w Tabeli 4 kolumna 7, jest wielokrotnie zaniżona w efekcie pełnego abstrahowania przez Comarch od uwarunkowań realizacji przedmiotu umowy i aktualnych realiów rynku pracy i sytuacji makroekonomicznej. Comarch po prostu pominął rzeczywistą sytuację na rynku i dane rynkowe – w tabeli 3 w pozycji 13 wpisał dane zupełnie oderwane od rzeczywistości, wręcz sprzeczne z realną sytuacją rynkową. Przedmiotowa rezerwa jest zadeklarowana, a nie obliczona przy zastosowaniu założeń dotyczących jej istotnych składników. Jej wielkość w Wyjaśnieniach RNC została po prostu przyjęta i wynikała z potrzeby dostosowania jej wielkości do zaniżonej ceny oferty Comarch, a nie rzeczywistych parametrów świadczenia usług w reżimie eksploatacji i rozwoju systemu PUE.

VII. pkt.VII.2 Wyjaśnień RNC „Rezerwa na nieobecność pracowników” i Tabela 5 „Koszty projektu” kolumna 15 „Rezerwa na nieobecność (choroby, urlopy, szkolenia)” - zaniżony koszt związany z nieobecnością pracowników.

Po pierwsze odwołujący podkreślił, że Comarch błędnie przedstawił koszty związane z nieobecnością pracowników w rozdziale *VII. Rezerwy i ryzyka*. Jest to koszt, który na pewno wystąpi i nie może być zaliczany do rezerw. Koszt ten dotyczy nieobecności pracowników w wyniku urlopów, zwolnień lekarskich, w związku z udziałem w szkoleniach, bądź też nieobecności spowodowanych innymi zdarzeniami. Odwołujący wskazał, że koszt ten został policzony przy bardzo niskich założeniach, (np. współczynnik dotyczący zwolnień lekarskich

na poziomie poniżej 1% dni roboczych). W Wyjaśnieniach przyjęto następujące założenia dotyczące nieobecności każdego pracownika w ciągu roku:

a. urlop - 26 dni

b. choroby lub inne zdarzenia – 1% dni roboczych, czyli $1\% * 21 \text{ dni} * 12 \text{ miesięcy} = 2,52 \text{ dni}$

c. liczba dni szkoleniowych: 1 dzień

Łączna liczba nieobecności w ciągu roku: $26 + 2,52 + 1 = 29,52 \text{ dni}$

Liczba dni urlopu wynika z kodeksu pracy, którego respektowanie Comarch podkreśla w Wyjaśnieniach. Wystąpienie takiego kosztu jest pewne, dlatego też nie powinien on być zakwalifikowany do rezerwy, ale powinien zostać uwzględniony w podstawowych kosztach, przy obliczeniu stawki za 1 dzień roboczy (MD). Należy też zauważyć, że oferta była przygotowywana w czasie pandemii, której dalszy scenariusz był i w sumie nadal jest dużą niewiadomą. Tym samym współczynnik związany z nieobecnością spowodowaną chorobami powinien zostać przyjęty na poziomie dostosowanym do stanu faktycznego. Tymczasem został on przyjęty na bardzo niskim poziomie. Trudno też zakładać, że taki poziom kosztów nie wystąpi i przypisać go do rezerwy.

Również 1 dzień na udział w szkoleniach w ciągu roku jest nieadekwatny do utrzymywania odpowiedniego poziomu kwalifikacji pracownika, który powinien uczestniczyć zarówno w szkoleniach zewnętrznych, jak i wewnętrznych. W tak dynamicznej branży jak informatyczna dla profesjonalnej organizacji, za jaką chce uchodzić Comarch 1 dzień szkoleń rocznie to wartość zdecydowanie i świadomie zaniżona. Tym bardziej, że Comarch przewidział do realizacji zamówienia bardzo dużo osób o niskich kwalifikacjach, dlatego niezbędne jest regularne szkolenie tych osób, w celu podwyższenia kompetencji. Comarch zresztą sam przyznaje w rozdziale VII.2, że

używane w niniejszym Rozdziale sformułowanie „Rezerwa” ma znaczenie jedynie porządkowe i nie oznacza, iż nie przewiduje ponoszenia kosztów w opisywanym zakresie tym bardziej niezrozumiałe było dla odwołującego wpisanie tych kosztów w rezerwie, zamiast w kosztach, niezbędnych do realizacji zamówienia.

Istotą zarzutu nie było jednak samo błędne nazwanie tych kosztów, ale nieprawidłowe wyliczenie niezbędnego poziomu tych kosztów. Comarch wylicza współczynnik nieobecności na podstawie danych wskazanych powyżej, zakładając w efekcie, że każdy pracownik będzie nieobecny przez 29,52 dnia w ciągu roku. Daje to następujący współczynnik:

$29,52 \text{ dni w ciągu roku} / (12 * 21) \text{ dni roboczych w roku} = 0,117 \text{ roboczodni}$

Dodatkowo, ze względu na fakt, że 3,37% pracowników wyznaczonych do realizacji umowy to osoby z umowami o współpracy, w przypadku których Comarch nie ponosi dodatkowych kosztów związanych z nieobecnością, ostateczna wartość współczynnika wynosi:

$0,117 * (100\% - 3,37\%) = 0,113 \text{ roboczodni}$

Jest to wymiar dodatkowego kosztu, który ponosi każdy pracodawca i który Comarch musi uwzględnić w wycenie, a który wynika z faktu, że pracodawca płaci pracownikowi wynagrodzenie zarówno w okresie urlopu, krótkotrwałego zwolnienia lekarskiego czy szkolenia. Koszt ten powinien być uwzględniony w kosztach każdego roboczodnia.

Po pierwsze Comarch błędnie obliczył współczynnik, który należy uwzględnić do wyliczenia dodatkowych kosztów, gdyż policzył stosunek liczby dni nieobecności do liczby wszystkich dni roboczych w ciągu roku, czyli $12 \cdot 21$. Poprawnie współczynnik ten powinien być policzony jako liczba dni nieobecności w ciągu roku do liczby dni, w których dana osoba „efektywnie” może świadczyć pracę na rzecz projektu tj. po pomniejszeniu o wszelkie nieobecności, bo tylko godziny przepracowane, czyli „przychodowe” można obciążać kosztami. W efekcie prawidłowy współczynnik wynosi:

$29,52 \text{ dni nieobecności w ciągu roku} / [(12 \cdot 21) - 29,52] \text{ dni obecności w pracy} = 0,133$ roboczodni

Dodatkowo tak policzony współczynnik powinien zostać pomniejszony o zakładaną przez Comarch liczbę osób zatrudnionych na umowach cywilnoprawnych, których nie dotyczą koszty związane z urlopami czy też chorobami. Comarch przewidział 3,37 % tego typu osób, co daje współczynnik:

$0,132 \text{ roboczodni} \cdot (100\% - 3,37\%) = 0,128 \text{ roboczodni}$

Wyliczony narzut na każdy roboczodzień realizacji projektu dotyczy wszystkich kosztów ponoszonych przez pracodawcę w związku z koniecznością zapewnienia zastępstwa przez innego pracownika osoby, która przebywa na urlopie, na zwolnieniu lekarskim lub z innych powodów czasowo nie uczestniczy w realizacji projektu. Oznacza to, że do każdej średniej stawki za roboczodzień realizacji usługi należy dodać odpowiednią wysokość następujących kosztów:

a. koszty pracy (związane z wynagrodzeniem):

- wynagrodzeniem pracownika
- kosztami pracodawcy związanymi z wynagrodzeniem (wymienione na str.43 Wyjaśnień)

b. pozostałe koszty związane z działalnością firmy:

- koszty lokalizacji
- koszty amortyzacji
- koszty materiałów biurowych i inne
- koszt zapewnienia i utrzymania infrastruktury
- koszt podróży służbowych
- koszt szkoleń
- koszty ogólne i pozostałe

Jak stwierdził odwołujący o ile Comarch uwzględnił w wyliczeniach koszty związane z wynagrodzeniem osób zastępujących nieobecnych pracowników wraz ze standardowymi kosztami pracodawcy, to już pominął dla osób zastępujących wszystkie pozostałe koszty wymienione w punkcie b powyżej. A przecież ten dodatkowy zasób pracowników to nie tylko koszty ich wynagrodzeń wraz z narzutami, ale także miejsce pracy, wyposażenie w sprzęt, itd.

Jak wynikało z przedstawionych w odwołaniu wyliczeń, do każdego roboczodnia należało dodać koszty w wysokości 87,47 zł, tymczasem Comarch w Tabeli 8 kolumna 14 Wyjaśnień, uwzględnił jedynie koszt w wysokości 46,97 zł. Czyli w kosztach każdego roboczodnia Comarch pominął oczywisty koszt w wysokości: $87,47 - 46,97 = 40,50$ zł.

Odwołujący wyliczył, że tylko z tytułu nieuwzględnienia pełnych kosztów związanych z nieobecnościami (urlopy, zwolnienia lekarskie i szkolenia) Comarch zaniżył łączny koszt realizacji umowy o 2 827 821,38 zł. Wyliczona powyżej różnica między kosztami przewidzianymi w Wyjaśnieniach a kosztami, które powinny być skalkulowane, oznacza, że nie ma możliwości osiągnięcia założonego zysku w wysokości 2 736 633,08 zł, co oznacza, że projekt jest oczywiście nierentowny, a oferta zawiera rażąco niską cenę.

VIII. Brak ujęcia w cenie oferty niezbędnych kosztów w zakresie szkolenia personelu

Jak wyjaśnił odwołujący, analogiczny zarzut został podniesiony w odwołaniu KIO 2571/21 – odnośnie którego odwołujący nie znał treści Wyjaśnień RNC. Po zapoznaniu się z Wyjaśnieniami RNC odwołujący przyznał, że zmodyfikował swoje stanowisko – Comarch celowo i świadomie nie ujął w cenie oferty koniecznych kosztów szkolenia personelu w całym 4-letnim okresie realizacji projektu.

Według odwołującego stan faktyczny był następujący – w Tabeli 5 „Koszty projektu” Comarch wskazał pozycję, gdzie rzekomo ujął koszty szkoleń w cenie oferty:

a. w kolumnie 11 „Koszty szkoleń”

Jednocześnie przewidział też rezerwę „Bufor na szkolenia”, stanowi ona część pozycji:

b. w kolumnie 17 „Rezerwa na inne koszty realizacji i ryzyko”.

W Tabeli 5 „Koszty projektu” w kolumnie 11 „Koszty szkoleń” wskazano kwotę 18.852,15zł – na cały okres umowy i na cały zespół. Proste działanie arytmetyczne wskazuje, jakie koszty w tym zakresie przewidział Comarch:

$18.852,15 \text{ zł} / 89 \text{ osób} = 211,82 \text{ złote}$

Zdaniem odwołującego wskazanie takiej kwoty, jako „koszty szkoleń” było co najwyżej kpina z zamawiającego. Za 211 zł nie można pracownika wysłać na żadne szkolenie. Wniosek dla odwołującego był jeden – w kosztach realizacji projektu Comarch po prostu nie ujął kosztów szkoleń. Wyprzedzając argumentację Comarch, że „takie ma koszty” – odwołujący odpowiedział: W załączniku 4 do Wyjaśnień RNC rzeczywiście wskazano, że *Uśredniony*

koszt w przeliczeniu na jeden roboczodzień w GK Comarch dla sektora administracji publicznej na szkolenia wynosi 0,27 zł na 1 roboczodzień.

Według odwołującego wynikały z tego następujące okoliczności. Po pierwsze, że Comarch na szkolenie pracowników przeznacza 5,67 zł miesięcznie (przy założeniu 21 dni roboczych w miesiącu) czyli 68,04 zł rocznie na szkolenie. Po drugie – że Comarch chwali się wręcz, że nie szkoli swoich pracowników. Bo tylko taki może być skutek oświadczenia, że na szkolenia wydaje się około 68 złotych rocznie na 1 osobę. Było to dla odwołującego bardzo zaskakujące i nie wiedział on nawet, jak się odnieść do tej kwestii. Wyjaśnił, że po raz pierwszy spotkał się bowiem z sytuacją, w której jego konkurent oficjalnie stwierdza, że nie szkoli pracowników. Co więcej – zdaje się wywodzić z tego faktu swoją przewagę konkurencyjną. Odwołujący stwierdził, że już teraz rozumie, w jaki sposób Comarch może oferować ceny znacznie poniżej cen rynkowych – po prostu nie ponosi kosztów, jakie ponoszą wszyscy konkurenci Comarch, co skutkuje potem niską jakością dostarczanych przez taki nieszkolony zespół usług. Odwołujący stwierdził, że zamawiający zgadza się na to. Zgadza się – mając jednocześnie świadomość, że większość zespołu przeznaczanego przez Comarch do realizacji projektu to pracownicy mało doświadczeni. Zgadza się - mając również świadomość kosztów szkoleń, ponieważ sam na szkolenia swoich pracowników wydaje znaczące sumy i umie określić wymagany poziom kosztów w tym zakresie, który powinien być uwzględniony w ofercie. Zdaniem odwołującego jest to kolejny przypadek, gdy zamawiający po prostu zamyka oczy i udaje, że nie ma problemu.

Odwołujący uznał, że złożenie przez Comarch oświadczenia, że na szkolenia przewidział kwotę 68 zł na 1 osobę na rok jest równoznaczne z oświadczeniem, że nie będzie szkolił personelu przez 4 lata realizacji projektu. A to wobec niespornego i notoryjnego (nie wymagającego udowodnienia) faktu, że za 68 zł rocznie nie można nikogo z niczego przeszkolić. A już na pewno nie informatyka z zakresu nowoczesnych technologii wykorzystywanych w Systemie PUE. A tym samym – zaktualizowała się przesłanka braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i oferta Comarch powinna zostać odrzucona.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że w Tabeli 5 jest inna pozycja, którą Comarch zapewne wskaże jako pozycję do pokrycia kosztów szkoleń – kolumna 17 „Rezerwa na inne koszty realizacji i ryzyko”, gdzie wskazano kwotę 1.731.728,02 zł. Zgodnie z nazewnictwem Wyjaśnień RNC rezerwa z kolumny 17 obejmuje wszystkie ryzyka wskazane w pkt VII.4 Wyjaśnień RNC – tam wskazano rezerwę o tej samej nazwie. Cała istota zagadnienia w tym, że pkt VII.4 Wyjaśnień RNC zawiera aż 10 pozycji, w tym pozycję VII.4.6 „Ryzyko niedoszacowania kompetencji zespołu – bufor na szkolenia”. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że Comarch nie może skutecznie podnosić, że koszty szkoleń

pracowników ujął w tej rezerwie, a taką zapewne argumentację przeprowadzi Comarch. Ujmowanie kosztów, które na pewno zaistnieją, w pozycji „Rezerwa” jest nadużyciem i kolejnym mechanizmem zaniżania ceny oferty. Gdyby przyjąć za prawidłowe ujmowanie kosztów, których konieczność poniesienia jest oczywista, w rezerwach – to wykonawcy mogliby w wyjaśnieniach ceny w ogóle nie rozpisywać szczegółowo kosztów realizacji projektu, ale całość ceny ofert podać jako – „rezerwa na realizację” projektu. Ponadto, jak Comarch sam pisze w pkt VII.1 Wyjaśnień RNC, istotą rezerwy jest jej wykorzystanie (lub nie) w związku z materializacją tego czy innego ryzyka z szerokiego katalogu ryzyk objętych rezerwą.

Rezerwy wyznaczone zostały w wyniku analizy dokumentacji przetargowej, w połączeniu z analizą doświadczeń własnych Wykonawcy w kontekście doboru ryzyk, prawdopodobieństwa ich materializacji oraz impaktu, tj. wpływu na wysokość buforu przeznaczanego na ryzyko, przekładającego się na koszt oferty.

Koszty szkoleń w takiej umowie w przypadku profesjonalnego wykonawcy są zdarzeniem pewnym, a więc i pewnym kosztem i nie ma co zakładać, że mogą nie wystąpić. Nawet, jeśli przyjąć, że możliwe jest ponoszenie kosztów realizacji projektu, które są oczywiste w dacie składania oferty z rezerwy – to i tak kwota na szkolenia jest za mała. Skoro jest 10 różnych rezerw w pkt VII.4 i wszystkie omówione są na tym samym poziomie ogólności, ze wskazaniem na niskie prawdopodobieństwo ryzyka, to na każde ryzyko przypada 1/10 całej kwoty. A zatem rezerwa na „Bufor na szkolenia” wynosi 173.172,80 zł. Proste działanie arytmetyczne wskazuje, jaką rezerwę w tym zakresie przewidział Comarch:

173.172,80 zł / 89 osób = 1.945,75 zł

W tej kwocie można już przeszkolić pracownika. Tak – 1 raz na cały okres realizacji umowy. Ale będzie to jakies podstawowe szkolenie, niedostosowane do poziomu zaawansowania technicznego Systemu PUE. Szkolenia dotyczące specjalistycznych technologii używanych przez System PUE są znacznie

droższe, przykładowo można wskazać:

- a. RH134 – Red Hat System Administration II 10 500 zł brutto (Linux Polska)
- b. AD348 – Red Hat JBoss Application Administration II 12 000 zł brutto (Linux Polska)
- c. DO285 – Containers, Kubernetes and Red Hat OpenShift Administration II 15 000 zł brutto (Linux Polska)
- d. Build and Manage Websites with Liferay DXP 9 900 zł brutto (Liferay)
- e. Liferay DXP Back-End Building Blocks 9 900 zł brutto (Liferay)
- f. EDB Postgres Advanced Server DBA – Advanced 6 000 zł brutto (Linux Polska)

Dodatkowo odwołujący wyjaśnił, że nie bez znaczenia było stanowisko zamawiającego względem konieczności utrzymywania przez wykonawcę odpowiedniego poziomu kwalifikacji

oraz konieczności jej ciągłej aktualizacji i powiększania, i co za tym idzie uwzględnienia w ofercie odpowiedniej kwoty na szkolenia personelu. Odwołujący wskazał, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi obecnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie Usług Ciągłości Działania oraz Usług Dodatkowych dla środowiska systemowego Mainframe” (numer postępowania: 993200/271/115/2021, znak postępowania: TZ/271/79/20). W dniu 5 stycznia 2022 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych odrzucił ofertę wykonawcy Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, tj. wobec stwierdzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W uzasadnieniu wskazano między innymi:

a. Nie ulega wątpliwości, że z uwagi na konieczność utrzymywania wysokiego poziomu merytorycznego wszystkich członków Personelu Wykonawcy realizującego usługę w trakcie trwania umowy, w kalkulacji kosztowej powinna zostać przewidziana rezerwa na szkolenia. Istotny jest tutaj czas trwania umowy, który wynosi 48 miesięcy.

b. Wykonawca, jako specjalista z dużym doświadczeniem powinien wiedzieć, że utrzymanie systemów to również ich rozwój, wprowadzanie nowych udogodnień i rozwiązań. Na takie cele rozwojowe Zamawiający przewidział Usługi Dodatkowe w wymiarze dodatkowych 9600 roboczogodzin, wobec czego nie sposób zgodzić się, że posiadana przez Wykonawcę kadra będzie dysponowała taką wiedzą merytoryczną, która pozwoli spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego w SWZ, bez poszerzania swojej wiedzy w ramach odpowiednich szkoleń.

Z kolei w odpowiedzi na odwołanie KIO 142/22 z dnia 2. Lutego 2022 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych stwierdził:

a. Nadto odnosząc się do przedmiotu zamówienia i wyjaśnień Odwołującego, że nie przewiduje konieczności prowadzenia dodatkowych szkoleń w celu wykonania zamówienia, Zamawiający stwierdza, że dynamicznie zmieniające się środowisko i funkcjonujące w nim wersje narzędzi, systemów, baz danych wymagają ciągle rozwijającego się personelu.

b. Postanowienia SWZ i umowy nie dopuszczają możliwości, by przyszły wykonawca dopiero uczył się na systemach Zamawiającego. Wykonawca świadczący usługę powinien posiadać odpowiednią wiedzę we własnym zakresie i brać aktywny udział w testach, a następnie wdrożeniu funkcjonalności na środowiskach przedprodukcyjnych i produkcyjnych.

Odwołujący wyjaśnił, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 7 marca 2022 roku, sygn. akt KIO 142/22 oddaliła odwołanie wykonawcy CUD – a tym samym potwierdziła słuszność stanowiska Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Wobec powyższego odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający w niniejszym postępowaniu powinien dokonać badania i oceny oferty Comarch Polska z uwzględnieniem tych samych zasad oceny, jakie ZUS zastosował w w/w postępowaniu wobec Centrum

Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o., tj. zbadaniu realności i rynkowego poziomu kosztów przeznaczonych na szkolenia. Kwota przeznaczona na szkolenia wskazana przez Comarch nie wystarczy na udział w niezbędnych specjalistycznych szkoleniach członków personelu Comarch – i to nawet wtedy, gdy doliczymy kwotę rezerwy (co nie powinno mieć miejsca). W opinii odwołującego w niniejszym postępowaniu Comarch złożył zamawiającemu jasne i proste oświadczenie – nie przewidziałem w cenie oferty kosztów szkoleń.

IX. Brak wykazania rzeczywistych i kompletnych kosztów Infrastruktury techniczno-systemowej (ITS)

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający wymagał od Comarch w pytaniu 6 i 7 Wezwania podania osobno kosztów środowiska deweloperskiego, a osobno środowiska weryfikacji kodów źródłowych. Jest to pytanie o infrastrukturę techniczno-systemową (zwaną dalej „ITS”), niezbędną do realizacji przedmiotu zamówienia. Odpowiedzi Comarch udzielił w Rozdziale IV – „Koszty przygotowania i utrzymania środowiska deweloperskiego oraz środowiska weryfikacji kodów źródłowych” Wyjaśnień RNC, dołączając w tym zakresie Załącznik 5 „Informacja Comarch Data Center dot. zapewnienia infrastruktury technicznosystemowej”. W obu pismach wskazano szacowany miesięczny koszt udostępnienia ITS na potrzeby ZUS PUE w wysokości 62 000 zł netto.

Odwołujący wskazał, że istota zarzutu sprowadza się do tego, że to jest jedynie zadeklarowana przez Comarch kwota, niepoparta żadnymi dowodami potwierdzającymi jej prawidłowość. Najpierw w Załączniku 5 Dyrektor BU IT Cloud (brak podania nazwiska osoby podpisującej) po prostu oświadcza, że miesięczny koszt ITS to taka kwota i nie udowadnia w żaden sposób jak ona została oszacowana – nawet nie podejmuje takiej próby, po prostu wskazuje kwotę. Następnie w Wyjaśnieniach RNC powtórzono tę kwotę. Brak jest w Wyjaśnieniach RNC jakichkolwiek innych dokumentów potwierdzających faktyczne koszty udostępnienia ITS, w szczególności nie przedstawiono żadnych dowodów w zakresie:

- a. posiadania przez Comarch Data Center niezbędnych elementów ITS i kosztów ich nabycia (koszty amortyzacji powinny być kosztem projektu);
- b. kosztów nabycia elementów ITS, których Comarch Data Center nie posiada.

Zdaniem odwołującego kwota 62.000 zł nie pokrywa nawet połowy kosztów miesięcznych ITS.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu KSI ZUS Comarch w grudniu 2020 roku także składał wyjaśnienia w zakresie ceny, w których między innymi wyjaśniał koszty ITS i dołączył do wyjaśnień szereg dowodów na wykazanie kosztów, między innymi: Umowę z IBM i umowę z Arrow – producentami i dostawcami oprogramowania oraz zestawienie faktur potwierdzających zakup środowiska ITS wraz z kopiami faktur. Skoro Comarch w grudniu 2020 roku w ramach postępowania KSI ZUS wiedział, w jaki sposób należy wykazać koszty,

to tak samo powinien zachować się przy składaniu Wyjaśnień RNC w niniejszym postępowaniu. Wyprzedzając argumentację Comarch odnośnie innego modelu zapewnienia ITS w obu projektach – odwołujący wskazał, że nie ma to żadnego praktycznego znaczenia. W obu przypadkach, to Comarch S.A. (czyli spółka matka Grupy Kapitałowej Comarch) zakupuje elementy ITS. Zastosowanie modelu z udostępnieniem przez Comarch Data Center nie może prowadzić do tego, aby wykonawca zwolniony był z obowiązku udowodnienia kosztów i mógł w to miejsce składać pseudo-dowód w postaci oświadczenia własnego.

Reasumując - jak wynikało z przedstawionych przez odwołującego danych koszt zapewnienia środowiska deweloperskiego wynosi 160.815,18 zł bez VAT miesięcznie. Odwołujący wyjaśnił, że co istotne, kwota ta została obliczona przez niego na podstawie ofert uzyskanych od poszczególnych dostawców wymaganych technologii. Oferty te zostały złożone już uprzednio w toku postępowania odwoławczego KIO 2571/21, od października 2021 roku ceny sprzętu i oprogramowania jedyne wzrosły, zatem wyliczenia nadal są aktualne.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że elementem ITS, który ma największy wpływ na koszt ITS, jest oprogramowanie WebMethods. Zgodnie z zasadami dystrybucji firmy Software AG, producenta oprogramowania WebMethods na rynku dostępne są 2 modele korzystania z oprogramowania WebMethod:

- a. Zakupienie licencji – model dostępny tylko dla wybranych odbiorców, na podstawie indywidualnie negocjowanych umów. W taki sposób korzysta ZUS.
- b. Subskrypcja na czas określony – model licencyjny dostępny powszechnie, dla firm komercyjnych (w tym Asseco i Comarch). W tym modelu użytkownik uiszcza opłatę subskrypcyjną, w ramach której ma prawo zarówno użytkować oprogramowanie (licencja czasowa) jak korzystać ze wsparcia (naprawa błędów, nowe wersje). Warunki tego modelu licencyjnego oznaczają, że należy wykupić subskrypcję na każdy okres korzystania z oprogramowania.

Model dystrybucji oprogramowania dostępny dla Comarch skutkuje tym, że konieczne jest ponoszenie kosztów zakup subskrypcji przez cały okres realizacji zamówienia. Miesięczny koszt subskrypcji – jak ustalił odwołujący – wynosi 119 895,31 zł netto. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że trzeba tu pamiętać, że model zakupu oprogramowania WebMethods, czyli subskrypcja, powoduje, że trzeba ponosić te koszty przez cały okres realizacji umowy, czyli – wyprzedzając ewentualne tłumaczenie Comarch, że licencje te zostały kupione wcześniej na potrzeby innego projektu - Comarch nie może powołać się na fakt, że rzekomo już posiada te licencje i żadnych kosztów w tym zakresie ponosić nie będzie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający ma świadomość, jakie koszty należy ponieść w celu korzystania z oprogramowania WebMethods. ZUS licencje oprogramowania WebMethods zakupił w 2011 roku od Sygnity (w ramach tworzenia Systemu PUE). Następnie w grudniu 2018 roku ZUS kupił usługi serwisu dla tych licencji za cenę 3 365 280 zł z VAT od firmy Savangard Sp. z o.o. w ramach postępowania nr TZ/271/49/17 część C - *Zapewnienie usług serwisu licencjonowanego dla oprogramowania webMethods wspomagającego funkcjonowanie Platformy Usług Elektronicznych*. Następnie zamawiający, w ramach kolejnego postępowania nr TZ/271/80/20 w 2021 roku zakupił od Savangard usługi serwisu licencjonowanego oprogramowania WebMethods wspomagającego funkcjonowanie PUE za cenę 17 246 764,80 zł z VAT. Jak widać – sam serwis oprogramowania WebMethods (bez kosztów nabycia licencji), to bardzo wysokie kwoty. Zamawiający ma zatem świadomość powyższego. A pomimo to przyjął „na wiarę” oświadczenie Comarch Data Center, że za 62.000 zł miesięcznie można zapewnić nie tylko WebMethods, ale także szereg innych produktów.

Odwołujący wyjaśnił, że ma świadomość, że licencje wykorzystywane przez zamawiającego są dedykowane do większej liczby serwerów niż potrzeby wykonawcy celem budowy środowiska deweloperskiego, jednak jak zostało to wskazane w załączonych do odwołania dowodach, koszt licencji i ich serwisu jest znaczący.

Niezależnie od braku wiarygodności wykazania kosztów ITS przez oświadczenie własne Comarch – odwołujący zwrócił jeszcze uwagę na wewnętrznie sprzeczne oświadczenia Comarch co do udostępnianego ITS. W Załączniku nr 5 wskazano z jednej strony, że:

(...) utrzymania w ciągłej zdolności eksploatacyjnej zasobów ITS dedykowanych na potrzeby ZUS PUE zasobów ITS znajdujących się w CDC (...)

Jednocześnie w tym samym dokumencie Comarch Data Center deklaruje, że:

(...) Wyskalowane środowisko zapewni możliwość realizacji umowy PUE ZUS i zostało wyskalowane na podstawie wiedzy specjalistycznej oraz dokumentacji SIWZ. Obliczony koszt uwzględnia współdzielenie środowiska z innymi projektami (...)

Zdaniem odwołującego sprzeczność tych dwóch oświadczeń jest oczywista.

Odwołujący wskazał, że domyśla się przyczyn tej sprzeczności:

- a. Pierwszy cytat zawiera informacje prawdziwe – tj. ITS na potrzeby ZUS PUE to zasób dedykowany tylko pod ten projekt. Jest to rozwiązanie prawidłowe, zgodne z zasadami sztuki i dobrymi standardami. System tak duży i tak skomplikowany jak ZUS PUE po prostu powinien posiadać zasoby dedykowane;
- b. Drugi cytat zawiera informacje niezgodne z rzeczywistością i został dodany wyłącznie po to, aby choć pozornie uzasadnić śmiesznie niską kwotę udostępnienia zasobów. Widocznie

twórca tego dokumentu nie dołożył należytej staranności i nie zauważył, że stworzył dokument zawierający sprzeczne treści.

Reasumując argumentację w zakresie kosztów ITS, odwołujący stwierdził, że Comarch kolejny raz próbuje wykazać wysokość kosztów, jakie należy ponieść na zapewnienie infrastruktury niezbędnej do realizacji usług na rzecz ZUS poprzez oświadczenie Comarch SA, a dokładnie – jej jednostki organizacyjnej Comarch Data Center. Oświadczenie to odwołujący uznał za ogólnikowe, niezawierające szczegółowego wskazania poszczególnych elementów ITS i kosztów dla każdego elementu ITS osobno – zawierające tylko 1 ogólną kwotę, bez wskazania podstaw jej obliczenia. Co więcej – oświadczenie to nie zostało poparte żadnymi dowodami, w szczególności nie wykazano, że Comarch Data Center w ogóle dysponuje odpowiednimi elementami infrastruktury, w jakiej cenie je nabyło, itp. W ten sposób można zadeklarować, że wymogi w zakresie ITS można zapewnić w każdej dowolnej kwocie, nawet 10.000 zł czy 50.000 zł miesięcznie. Nie jest to jednak profesjonalne i rzetelne wykazanie kosztów w zakresie, w jakim wskazał zamawiający i na poziomie szczegółowości, jakiego zamawiający wymagał.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na wadliwość takiego wykazywania kosztów ceny oferty, tj. poprzez ogólnikową kwotę od podwykonawcy, wskazała Izba w wyroku z 7 marca 2022 roku, sygn. akt KIO 142/22:

Tymczasem w wyjaśnieniach odwołujący ujawnił jedynie ostateczną kwotę za udostępnienie potencjału podwykonawcy, ale w tym zakresie nie przedstawiono żadnych elementów kalkulacyjnych. Wykonawca ograniczył się jedynie do podania czasookresu udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia i ujawnienia globalnej kwoty za udostępnienie zasobu, bez wyjaśnienia, w jaki sposób ta kwota została skalkulowana i co się na nią składa. Sam odwołujący w drugich wyjaśnieniach przyznał, że szczegółowy sposób kalkulacji dokonanych przez podwykonawcę nie jest mu znany. (...) Od obowiązku ujawnienia kalkulacji części oferty wykonywanej przy pomocy podwykonawcy nie zwalniał obowiązującego ewentualny fakt, że kalkulacja podwykonawcy miała charakter wewnętrzny, a jej metodyka, parametry przyjęte do profilowania cen i źródła ich pozyskania stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy. Powyższa argumentacja KIO potwierdzała stanowisko Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, który wskazał: Powyższe trudno uznać za wyjaśnienia w zakresie sposobu oszacowania kosztów ustalonych z podwykonawcą. Wykonawca nie przedstawił żadnych kalkulacji, wykazów, itp., które mogłyby być poddane ocenie. Skoro Wykonawca wskazuje, że przyjął warunki określone przez podwykonawcę, to jakieś one musiały być. Po stronie Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania sposobu kalkulacji.

A zatem kolejny raz zamawiający inaczej ocenia Comarch (któremu wolno więcej i od którego ZUS niewiele wymaga w zakresie wyjaśnień ceny) niż innych wykonawców. A wszystko to ma miejsce w tym samym czasie – oba postępowania są prowadzone równolegle. Co więcej – Comarch S.A., jako podwykonawca oraz jako spółka matka – jest zainteresowany tym, aby Comarch Polska S.A. pozyskał zamówienie, po prostu Comarch S.A. ma bezpośredni interes w tym, aby Comarch Polska zawarło umowę. Oświadczenia składane przez podmiot, który ma interes w tym, aby dany wykonawca pozyskał zamówienie, powinny podlegać szczegółowej i dokładnej analizie.

X. Rozdział XVI Wyjaśnień RNC – Wykaz tabel wykorzystanych do kalkulacji

Odwołujący wskazał, że Comarch zawarł w Wyjaśnieniach RNC 8 tabel, które mają rzekomo wykazać sposób kalkulacji ceny oferty. Po zapoznaniu się z tymi tabelami odwołujący wskazał, że niestety – niewiele można z nich zrozumieć, a już na pewno nie to, w jaki sposób Comarch szacował cenę. Odwołujący podniósł przypuszczenie, że tabele te zostały najpierw stworzone w programie Excel i zawierały odpowiednie reguły, które dokonywały stosownych obliczeń. Niemniej jednak – do Wyjaśnień RNC zostały złożone jedynie wydruki tabel. Z treści tych tabel nie wynika:

- a. które pozycje w tabelach zawierają dane źródłowe, nie wskazano źródła danych, itp.;
- b. które pozycje stanowią już obliczenia, w oparciu o dane źródłowe.

Comarch nie wskazał, jakie operacje są dokonywane w tabelach, skąd biorą się dane w kolejnych pozycjach – nie wiadomo, co jest wynikiem jakich obliczeń. Powyższe skutkuje jednym – Comarch nie przedstawił zamawiającemu sposobu obliczenia ceny oferty. A tym samym złożył nierzetelne obliczenia. Przykładem tutaj może być tabela 5 „koszty projektu”, gdzie w kolejnych kolumnach wskazywane są jakieś kwoty – jednak zupełnie nie wiadomo, skąd te kwoty się biorą, jakie jest ich źródło. Podobna sytuacja jest z tabelą 8. W treści Wyjaśnień RNC nie ma wystarczającego wytłumaczenia, jak należy dojść do poszczególnych kwot, co mnożyć, skąd pobierać dane. Zapewne istnieje jakiś sposób wyjaśnienia tych wszystkich pozycji, zapewne możliwe jest przedstawienie tego – i zapewne w odpowiedzi na odwołanie Comarch takie wyjaśnienia przedstawi. Jednak – będą to wyjaśnienia spóźnione.

Odwołujący stwierdził, że nie wie, dlaczego Comarch zaniechał podania odpowiednich opisów do w/w tabel. Jednak faktem jest – że zaniechał. A jednocześnie – nie może tego baku już skutecznie uzupełnić. Zaś z obecnej treści Wyjaśnień RNC nie wynika, w jaki sposób Comarch obliczył cenę oferty.

Odwołujący zaznaczył, że spodziewa się stanowiska zamawiającego, że argumentacja powyższa jest niepoważna – gdyż zamawiający wszystko z tabel zrozumiał i umiał wyczytać. Ale jeśli tak jest – to czemu np. ZUS nie wyjaśnił (dodatkowymi pytaniami) kwestii

rzeczywistego braku kosztów szkoleń czy też braku realnej rezerwy na wzrost wynagrodzeń? Zdaniem odwołującego, zamawiający nie wystąpił o takie dalsze wyjaśnienia, gdyż po prostu dokonał jedynie formalnej oceny Wyjaśnień RNC, nie wnikając w ogóle w merytoryczną treść Tabel.

XI. Brak dowodów stanowiących podstawę szacowania ceny oferty (na dzień składania ofert)

Odwołujący podniósł, że Comarch załączył do Wyjaśnień RNC 9 dowodów, z czego zaledwie 2 grupy dowodów istniały na dzień złożenia ofert (umowy o pracę oraz dokument potwierdzający ubezpieczenie OC). Cała reszta dowodów to dokumenty z data późniejszą. Skoro dowody te mają datę późniejszą niż data złożenia oferty – to oczywistym było, że nie były podstawą szacowania ceny oferty. A zatem – wszystkie te dowody powinny zostać pominięte przy ocenie Wyjaśnień RNC. Jeśli jednak pominiemy wszystkie ww. dowody, to okaże się, że Comarch nie dołączył do Wyjaśnień RNC dowodów, do złożenia których był zobowiązany. A tym samym – oferta Comarch powinna zostać odrzucona – gdyż Wyjaśnienia RNC były gołosłowne i nie poparte dowodami.

Odwołujący w tym miejscu wskazał, że Comarch doskonale zdawał sobie sprawę z wadliwości i nieprzydatności złożonych dowodów – otóż w Załączniku 5 *Informacja Comarch Data Center dot.*

zapewnienia infrastruktury techniczno – systemowej zamieszczono nawet sformułowanie:

Jednocześnie potwierdzam, że informacje dotyczące ww. kosztów były przekazane osobom składającym ofertę w imieniu Comarch Polska S.A. – na potrzeby oszacowania ceny oferty w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego powyższe sformułowanie miało zapewne sanować fakt, że informacja mająca być dowodem na wysokość kosztów ITS powstała 2 miesiące po złożeniu oferty. Odwołujący nie dał wiary temu stwierdzeniu i pozostawił go ocenie Izby – nie jest bowiem wiarygodne, że wycena oferty na 77 mln zł zostaje dokonana na podstawie bliżej nieokreślonej „przekazanej informacji”. Zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego przygotowanie tak poważnych ofert powinno być oparte na odpowiednich dokumentach i wycenach.

Zarzut 2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Comarch z postępowania, pomimo iż Comarch w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co powoduje, iż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Jak wskazał odwołujący powyżej Comarch w Załączniku 5 do Wyjaśnień RNC podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd – tj. wskazano z jednej strony, że: *utrzymania w ciągłej zdolności eksploatacyjnej zasobów ITS dedykowanych na potrzeby ZUS PUE zasobów ITS znajdujących się w CDC (...)*

Jednocześnie w tym samym dokumencie Comarch Data Center deklaruje, że:

Wyskalowane środowisko zapewni możliwość realizacji umowy PUE ZUS i zostało wyskalowane na podstawie wiedzy specjalistycznej oraz dokumentacji SIWZ. Obliczony koszt uwzględnia współdzielenie środowiska z innymi projektami (...)

Sprzeczność tych dwóch oświadczeń była zdaniem odwołującego oczywista.

Odwołujący wyjaśnił, że domyśla się przyczyn tej sprzeczności:

a. Pierwszy cytat zawiera informacje prawdziwe – tj. ITS na potrzeby PUE ZUS to zasób dedykowany tylko pod ten projekt. Jest to rozwiązanie prawidłowe, zgodne z zasadami sztuki i dobrymi standardami. System tak duży i tak skomplikowany jak PUE ZUS po prostu powinien posiadać zasoby dedykowane;

b. Drugi cytat zawiera informacje niezgodne z rzeczywistością – i został dodany wyłącznie po to, aby choć pozornie uzasadnić śmiesznie niską kwotę udostępnienia zasobów.

Podanie informacji o rzekomym „współdzieleniu” środowiska ITS zostało podane po to, aby wykazać zamawiającemu brak rażąco niskiej ceny – a zatem jest to informacja mająca istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie w piśmie z dnia 12 kwietnia 2022 r. przedstawił swoje stanowisko procesowe w sprawie.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył kolejne pismo procesowe, w którym ustosunkował się do dowodów złożonych przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13 kwietnia 2022 r.

Na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2022 r. odwołujący przedstawił pismo procesowe zawierające stanowisko końcowe odnoszące się przede wszystkim do pisma wykonawcy Comarch złożonego w dniu 22 kwietnia 2022 r. oraz stanowiska zamawiającego przedstawionego na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2022 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 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. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 25 marca 2022 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się wszystkich zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal: „Comarch”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów. Tym samym skład orzekający oddalił wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania, który został podniesiony w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie zamawiającego odwołanie wniesione w dniu 25 marca 2022 r. podlegało – co najmniej w części odnoszącej się do zarzutu rażąco niskiej ceny (zwanego dalej jako: „RNC”) – odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 4 nPzp. Zgodnie z art. 528 ust. 1 pkt 4 nPzp, Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same

okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Z przepisu tego wynika zatem, iż Izba odrzuca odwołanie po dokonaniu analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki wynikające z niniejszego przepisu: po pierwsze – ustalenia wymaga czy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, po drugie – okoliczności te muszą być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, po trzecie – odwołanie musi dotyczyć tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Badając niniejsze przesłanki – w ocenie zamawiającego – należało porównać zakres odwołania poprzedzającego rozstrzygnięcie Izby – oraz wskazanych w nim okoliczności – z nowym odwołaniem, w szczególności co do tożsamości stron, przedmiotu zamówienia oraz przedmiotu zaskarżenia. Przez przesłankę „wyłącznie te same okoliczności” należy rozumieć okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej (zarówno rozstrzygnięcia formalnego jak i merytorycznego). Nową, inną okolicznością – niemieszczącą się w przesłance „wyłącznie te same okoliczności” – będą inne kwestionowane czynności zamawiającego, lub te same czynności, ale oparte na innej podstawie faktycznej zarzutów (brak tożsamości podstawy faktycznej zarzutów). W ocenie zamawiającego wszystkie przesłanki wynikające z treści przepisu art. 528 ust. 1 pkt 4 nPzp zmaterializowały się co najmniej w zakresie zarzutu postawionego w pkt II odwołania (zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). W ocenie zamawiającego, odwołujący powołał się wyłącznie na te same okoliczności – będące przedmiotem rozpoznania (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – zarzut RNC) w wyroku z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21. W ocenie zamawiającego, odwołujący w obu odwołaniach – z dnia 30 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO 2571/21 oraz odwołaniu z dnia 25 marca 2022 r. – powołał się na okoliczności – dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę na treść obu odwołań. I tak w obu wniesionych odwołaniach odwołujący powołał się na brak rzetelnego i wykazanego dowodami sposobu wyceny 1 PF, nieprawidłowe szacowanie pracochłonności Usług utrzymania, wykazanie nieprawidłowej struktury Personelu – nieprawidłowa kalkulacja kosztów wynagrodzenia Personelu, brak uwzględnienia wszystkich wyszczególnionych w SIWZ specjalistów w poszczególnych grupach kompetencyjnych, niedoszacowanie ITS itd. Wszystkie wskazane okoliczności faktyczne (opisane w odwołaniu z dnia 30 sierpnia 2021 r. na str. 28-49) ponownie zostały wskazane w odwołaniu z dnia 25 marca 2022 r. (str. 8-46). Niniejsze okoliczności Izba rozstrzygnęła w wyroku z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21, (str. 58-68). Izba w sposób szczegółowy odniosła się w wyroku do poszczególnych okoliczności faktycznych, stanowiących zarzut RNC. Izba stwierdziła, że

zarzut RNC w całości podlegał oddaleniu. Odwołujący – wobec umorzenia przez Sąd Okręgowy postępowania w oparciu o art. 355 K.p.c. – ponownie w odwołaniu z dnia 25 marca 2022 r. powołał się na okoliczności wskazywane w odwołaniu z dnia 30 sierpnia 2021 r. Na marginesie zamawiający dodał (przedstawiając krótko stan faktyczny sprawy), że odwołaniem z dnia 30 sierpnia 2021 r. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp (zarzut RNC), który wobec zarzutu głównego – naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 Pzp tajemnicy przedsiębiorstwa stanowił zarzut ewentualny – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 października 2021 r. nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do zarzutu głównego (zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny) i rozpoznała – zgodnie z wnioskami odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny. Izba w wyroku KIO 2571/21 odniosła się do argumentacji odwołującego, uznając że zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie potwierdził się. Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 nie podzielił stanowiska Izby – co do zarzutu głównego, uznając że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny podlegać ujawnieniu, co do zarzutu nr 2 (zarzutu rażąco niskiej ceny), jak wynika z sentencji orzeczenia umorzył postępowanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania (zarzutu ewentualnego, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). Odwołujący, ponownie w odwołaniu z dnia 25 marca 2022 r. powołał się na te same okoliczności prawne i faktyczne stawiając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. 9. W ocenie zamawiającego – rozstrzygnięcie Sądu umarzające postępowanie nie może stanowić podstawy do ponownego rozpoznawania odwołania. W ocenie zamawiającego zarzut ewentualny (na etapie odwołania KIO 2571/21) zmaterializował się na etapie wyrokowania przed Izba, co oznacza że zgodnie z przyjętą zasadą reformatoryjności postępowania skargowego powinien poddany być kontroli Sądu. Odwołujący – jako dysponent środka ochrony prawnej zdecydował się w swym odwołaniu na postawienie zarzutu ewentualnego, równie dobrze – będąc przekonany o zasadności swoich twierdzeń mógł postawić jedynie zarzut główny (dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa), a w przypadku wydania orzeczenia nakazującego odtajnienie, kwestionować zarzutem (tutaj zarzutem ewentualnym) rażąco niskiej ceny czynność zamawiającego – po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, czego nie uczynił. Izba – jak już wskazano rozstrzygnęła zarzut ewentualny, zaś na etapie postępowania skargowego nie uwzględniono konsekwencji sformułowania zarzutu ewentualnego – który został przez KIO rozstrzygnięty. To odwołujący – jako dysponent środka ochrony prawnej – decyduje czy stawia/bądź nie zarzuty ewentualne w odwołaniu (w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niejako zarzuty ewentualne stawiane są „w ciemno”), uwzględniając tym samym ryzyko, że Izba

w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu głównego będzie – na jego wyraźny wniosek – badała zarzut ewentualny. W ocenie zamawiającego nie można było zgodzić się, - jak wskazał Sąd Okręgowy w orzeczeniu o sygn. akt XXIII Zs 133/21, że postępowanie skargowe w części stało się zbędne i należało umorzyć je na podstawie art. 355 K.p.c. Krajowa Izba Odwoławcza – wobec postawionego w odwołaniu KIO 2571/21 zarzutu ewentualnego – zgodnie z przysługującymi jej kompetencjami przewidzianymi nPzp – w granicach odwołania – wydała orzeczenie merytoryczne, obejmując rozstrzygnięciem także zarzut ewentualny (zgodnie z wnioskiem odwołującego). Wobec niepotwierdzenia się, zdaniem Izby, zarzutu głównego Izba orzekała o zarzucie ewentualnym w granicach zarzutów i żądań odwołującego, zaś spór co do meritum – pomimo odmiennego poglądu Sądu, nie stał się zbędny na etapie postępowania skargowego, tylko dalej istniał i wymagał merytorycznego rozpatrzenia przez drugą instancję jaką jest Sąd Okręgowy. Zauważyć należy, że zarzut ewentualny (na etapie postępowania odwoławczego) zmaterializował się – wobec rozstrzygnięcia przez Izbę zarzutów odwołania. Tym samym Sąd uwzględniając przepisy skargowe, powinien orzec o nich merytorycznie. Jak już podkreślano wyżej, Krajowa Izba Odwoławcza wydając orzeczenie działa w granicach zarzutów odwołania i w takich granicach wydała orzeczenie o sygn. akt KIO 2571/21. W ocenie zamawiającego powyższe oznaczało, że Izba – pomimo podniesienia przez odwołującego zarzutu ewentualnego, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym – i rozstrzygnięciu tego zarzutu przez Izbę, orzeczeniem Sądu (umarzającym postępowanie), ponownie będzie – wbrew zasadzie wyrażonej w art. 528 ustawy (res iudicata) oraz 588 ustawy Pzp (zasadzie reformatorystości postępowania skargowego) – orzekać co do istoty sprawy, która (wobec postawienia zarzutu ewentualnego) była już przedmiotem rozstrzygnięcia, zgodnie z żądaniem odwołującego (odwołanie KIO 2571/21). Taka interpretacja przepisów – doprowadzić może nie tylko do „chaosu prawnego” (w obiegu będą dwa rozstrzygnięcia Izby w tej samej sprawie), ale odwołujący – dzięki postawieniu zarzutu ewentualnego dostanie dodatkową szansę (której, co do zasady pozbawił się stawiając „w ciemno” zarzut ewentualny), na jego rozpatrzenie. Celem przepisu art. 528 ust.1 pkt 4 nPzp było, uogólniając - „nieprzepuszczanie przez system” odwołań, składanych ponownie w tej samej sprawie, czego nie powinno – w ocenie zamawiającego – zmieniać wadliwe orzeczenie Sądu. Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że owszem przepisy przewidują sytuacje w których Sąd uchyla wyrok Izby, ale są to przypadki, w których Izba – wyłącznie z przyczyn formalnych – nie merytorycznych (jak miało to miejsce w niniejszej sprawie) orzekała co do istoty, pomijając przesłanki formalne (które nie otwierały drogi do merytorycznego rozstrzygnięcia), a skutkujące odrzuceniem odwołania bądź umorzeniem postępowania odwoławczego (np. z uwagi na uwzględnienie odwołania oraz brak sprzeciwu

przystępującego). W ocenie zamawiającego omówione przypadki nie dotyczyły sytuacji, w których – na wniosek odwołującego – Izba – w granicach zarzutów odwołania – rozstrzygnęła merytorycznie zarzut ewentualny. Krótko mówiąc uchylenie i umorzenie postępowania może mieć miejsce jedynie w sytuacji merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę gdy na etapie odwołania pojawiły się przesłanki do jego odrzucenia bądź umorzenia postępowania odwoławczego, nie zaś odwrotnie – tj. w sytuacji wydania orzeczenia merytorycznego przy braku podstaw do odrzucenia odwołania (co miało miejsce w niniejszej sprawie). Nie może również stanowić argumentu do ponownego merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę zarzutu RNC to, że Sąd nie rozstrzygnął sporu merytorycznie w orzeczeniu z XXIII Zs 133/21. Konsekwencją ponownego merytorycznego rozpoznawania sprawy RNC z odwołania 25 marca 2022 r. przez Izbę będzie – wbrew zasadzie wyrażonej w art. 528 nPzp (res iudicata) oraz 588 nPzp (zasadzie reformatoryjności postępowania) – orzekanie co do istoty sprawy, która (wobec postawienia zarzutu ewentualnego odwołania KIO 2571/21) była już przedmiotem rozstrzygnięcia wyroku z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21, zgodnie z żądaniem odwołującego. Tym samym w ocenie zamawiającego wniesione odwołanie – co najmniej w części dotyczącej RNC - nie mogło być przedmiotem merytorycznego rozpoznania, gdyż - tak jak w poprzednio złożonym odwołaniu - dotyczy ono tej samej okoliczności. Nie może również uzasadniać ponownego rozstrzygnięcia przez Izbę, sytuacja w której wykonawca składa nowe dowody – na tę samą okoliczność podnoszoną w poprzednio złożonym odwołaniu z dnia 30 sierpnia 2021 r. Czynnikiem uzasadniającym ponowne rozstrzygnięcie przez Izbę niniejszych okoliczności nie mogło być zatem niewykazanie postawionych zarzutów, oraz niekorzystne dla odwołującego w niniejszej sprawie rozstrzygnięcie, jak również wadliwe (pod względem formalnym) orzeczenie Sądu. Merytoryczne rozstrzygnięcie Izby (co najmniej w zakresie RNC) w niniejszej sprawie sprowadzałoby się do ponownego rozstrzygnięcia rozpoznanych już przez Izbę zarzutów (dotyczących rażąco niskiej ceny). Na zapadły w tej sprawie wyrok stronie przysługuje skarga do sądu okręgowego, a w sytuacji wadliwego – w ocenie stron orzeczenia Sądu – stronom przysługuje kasacja. Ponowne rozstrzygnięcie w omawianej sprawie – w ocenie zamawiającego byłoby działaniem sprzecznym z przepisami nPzp, prowadziłoby do złamania zasady powagi rzeczy osądzonej oraz zasady reformatoryjności wyrażonej w art. 588 nPzp. Reasumując zamawiający stwierdził, że mając na uwadze powyższe okoliczności odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2022 r. – co najmniej w zakresie RNC - było odwołaniem wniesionym z naruszeniem przepisu ustawy i powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 4 nPzp. Niniejszej sytuacji nie zmienił również fakt poszerzenia przez odwołującego zakresu zaskarżenia o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jednocześnie bez zmiany podstawy

faktycznej zarzutów. Rozszerzenie odwołania o dodatkowe przepisy – jednocześnie bez zmiany podstawy faktycznej zaskarżenia oraz uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów – było w ocenie zamawiającego jedynie zabiegiem formalnym, mającym stworzyć wrażenie, że mamy do czynienia z innym przedmiotem zaskarżenia. Niemniej jednak – w sytuacji nie podzielenia stanowiska zamawiającego w tym przedmiocie – wniósł on o odrzucenie odwołania co najmniej w części dotyczącej RNC.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania Izba ustaliła, że odwołujący w dniu 30 sierpnia 2021 r. wniósł odwołanie (oznaczone następnie sygn. akt KIO 2571/21), w którym podniósł dwa zarzuty:

a) zarzut 1 – zarzut zaniechania odtajnienia: Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji, Wykazu osób, Wykazu usług wykonanych przez Comarch S.A. wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, załączników do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 14 kwietnia 2021 r.;

b) zarzut 2 – zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 w zakresie zaniechania odtajnienia Wyjaśnień RNC – zarzut zaniechania odrzucenia oferty Comarch, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Comarch nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21:

a) uwzględniła odwołanie w części zarzutu 1, tj. nakazała odtajnienie Wykazu osób i Wykazu usług;

b) oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie – tj. oddaliła zarzut 1 w zakresie Wyjaśnień RNC oraz cały zarzut 2.

Odwołujący wniósł skargę od rozstrzygnięcia polegającego na oddaleniu odwołania w części, która została oznaczona sygn. akt XXIII Zs 133/21. Wyrokiem z 24 lutego 2022 r. skarga została uwzględniona i wyrok KIO 2571/21 został zmieniony. Sąd Okręgowy uwzględnił zarzut 1 w całości i nakazał zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w dokumencie Wyjaśnienia RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji oraz umorzył postępowanie w zakresie zarzutu 2.

W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Okręgowy stwierdził m. in. *W rozpoznawanej sprawie doszło do takiej właśnie, nie tak często spotykanej w praktyce, sytuacji. Otóż Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła w części żądanie główne (zarzut nr 1), co za tym idzie musiała rozpoznać również żądanie ewentualne (zarzut nr 2), które się zaktualizowało wobec nie uwzględnienia w całości żądania głównego. W wyniku rozpoznania skargi Sąd Okręgowy uznał zaś, że zarzut nr 1 zasługiwał jednak na uwzględnienie w całości, tym samym bezprzedmiotowa stała się ocena zasadności zarzutu nr 2. Powstało zatem zagadnienie co*

należy zrobić ze zbędną, wobec uwzględnienia przez Sąd Okręgowy zarzutu nr 1 w całości, częścią rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zarzutu nr 2. Zagadnienie to w ogóle by nie powstało gdyby KIO uwzględniło zarzut główny (zarzut nr 1) w całości, wtedy zarzut ewentualny (zarzut nr 2) by się nie zaktualizował i pozostając w uśpieniu, nie byłby przedmiotem rozstrzygnięcia KIO. W sytuacji, która wystąpiła w rozpoznawanej sprawie, wobec zmiany zaskarżonego wyroku KIO i uwzględnienia zarzutu nr 1 w całości, można byłoby bronić tezy, że dopuszczalne było pozostawienie zarzutu nr 2 bez jakiegokolwiek rozstrzygnięcia w wyroku Sądu Okręgowego. Zarzut ten wobec zmiany zaskarżonego wyroku został bowiem zdezaktualizowany. Zdaniem Sadu Okręgowego jednak, dla jasności i czystości rozstrzygnięcia, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, celowe było zaznaczenie, że zawarte w zaskarżonym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygnięcie dotyczące zarzutu ewentualnego odwołania, było zbędne. Zgodnie z art. 355 k.p.c. sąd umorzy postępowanie, jeżeli powód ze skutkiem prawnym cofnął pozew, strony zawarły ugodę lub została zatwierdzona ugoda zawarta przed mediatorem albo z innych przyczyn wydanie wyroku stało się zbędne lub niedopuszczalne. Na podstawie art. 579 ust. ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., przepis art. 355 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Z kolei przepis art. 588 ust. 3 p.z.p. z 2019 r. daje podstawy do umorzenia postępowania w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, z uwagi na to, że orzeczenie w tym zakresie stało się zbędne.

Dlatego Sąd Okręgowy orzekł również o umorzeniu postępowania w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.

Zamawiający w dniu 14 marca 2022 r. wykonał wyrok Sądu Okręgowego o sygn. XXIII Zs 133/21 i udostępnił odwołującemu Wyjaśnienia RNC wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji.

W dniu 15 marca 2022 r. zamawiający dokonał po raz trzeci wyboru oferty Comarch jako oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyżej wskazane ustalenia Izba w pierwszej kolejności uznała, że odwołanie zostało wniesione w terminie, gdyż dotyczyło czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 15 marca 2022 r. Ponadto zgodnie z art. 528 pkt 4 Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący co prawda w znacznym zakresie powołał się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie KIO 2571/21, jednakże nie można było stwierdzić, że odwołujący powołał się wyłącznie na te same

okoliczności, które zostały rozpoznane przy okazji ww. sprawy. Tą nową okolicznością było niewątpliwie odtajnienie wyjaśnień RNC złożonych przez przystępującego, do których dostęp uzyskał odwołujący. Ponadto bez wątplenia największe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego wniosku miała treść wyroku oraz uzasadnienia do niego, wydanego przez Sąd Okręgowy w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 133/21. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku wyraźnie stwierdził, że orzeczenie Izby w zakresie zarzutu nr 2 stało się zbędne, co zgodnie z treścią art. 588 ust. 3 nPzp dawało podstawy do umorzenia postępowania. Izba rzecz jasna nie ma prawnych możliwości kwestionowania orzeczeń sądu rozpoznającego skargę, a *de facto* taki byłby skutek odrzucenia odwołania w przedmiotowej sprawie na podstawie art. 528 pkt 4 Pzp tj. zgodnie z wnioskiem zamawiającego. Zamawiającemu od wyroku sądu przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego, zatem jeśli w jego przekonaniu orzeczenie Sądu Okręgowego było wadliwe to w ten sposób zamawiający może legalnie dążyć do wyeliminowania takiego orzeczenia z obrotu prawnego. Izba uznała, że niedopuszczalne byłoby doprowadzenie do zaburzenia przyjętego w nPzp modelu instancyjności w związku z powyższym doszła do przekonania, że należy rozpoznać przedmiotowe odwołanie, mając na uwadze całokształt stanu faktycznego jaki powstał w niniejszej sprawie, szczególnie skupiając się na okoliczności uzyskania przez odwołującego dostępu do pełnej treści wyjaśnień RNC złożonych przez przystępującego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 31 marca 2022 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SIWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez przystępującego;
 - wezwanie z dnia 28 maja 2021 r. skierowane do przystępującego w sprawie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia z dnia 23 czerwca 2021 r. udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 15 marca 2022 r.;
- 2) załączone do odwołania:
 - wyrok XXIII Zs 133/21;
 - odpowiedź zamawiającego z dnia 16 grudnia 2021 na skargę Asseco sygnatura akt XXIII Zs 133/21;
 - ekspertyzę pn.: „Szacowanie podstawowych parametrów przedsięwzięć realizacji systemów oprogramowania ze szczególnym uwzględnieniem pracochłonności jednostkowej

- w odniesieniu do 1 punktu funkcyjnego (COSMIC/IFPUG)” z dnia 7 października 2021 r., suplement z dnia 14 października 2021 r., opinię uzupełniającą z dnia 8 listopada 2021 r.;
- wyciąg z raportu GUS „Sytuacja społeczno-gospodarcza kraju w I kwartale 2021 roku”;
 - wyciąg z Raportu płacowego S.&S.2021 wiosna;
 - przeciętne zatrudnienie i wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw w marcu 2021 – dane GUS;
 - wyciąg z raportu GUS – „Sytuacja społeczno-gospodarcza kraju w 2021 r.”;
 - ofertę Software AG Polska Sp. z o.o. z dnia 6 października 2021 r.;
 - ofertę Bitlife Sp. z o.o. z dnia 6 października 2021 r.;
 - ofertę Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z dnia 7 października 2021 r.;
 - ofertę Veracomp S.A. z dnia 12 października 2020 r.;
 - ofertę Linux Polska z dnia 25 stycznia 2021 r.;
 - ofertę Microsoft z dnia 8 października 2021 r.;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dot. postępowania nr TZ/271/49/17 część C zamówienia;
 - wyciąg z SIWZ postępowania nr TZ/271/49/17 część C zamówienia;
 - informację z otwarcia ofert z dnia 7 maja 2021 dot. postępowania TZ/271/80/20;
- 3) załączone do odpowiedzi na odwołanie – odwołanie i pismo procesowe Asseco w postępowaniu KIO 2571/21;
- 4) załączone do pisma procesowego przystępującego z 12 kwietnia 2022 r.:
- wyciąg z wyjaśnień ceny oferty Comarch z dnia 16 grudnia 2020 r. w postępowaniu na utrzymanie KSI ZUS 2020;
 - wyciąg z wyjaśnień ceny Comarch z dnia 17 października 2017 r. w postępowaniu na utrzymanie KSI ZUS 2017;
 - wyciąg z pisma procesowego Asseco do KIO z dnia 14 grudnia 2017 r. w postępowaniu na utrzymanie KSI ZUS 2017;
 - opracowanie pn.: Profesjonalne usługi IT dla Twojego biznesu Kompleksowe portfolio;
 - informację dodatkową dotyczącą ITS z 11 kwietnia 2022 r.;
 - Raport Roczny 2020 r. Skonsolidowane dane finansowe Grupy Kapitałowej Comarch na dzień 31 grudnia 2020 r.;
- 5) dokumenty złożone przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13 kwietnia 2022 r.:
- opinię prywatną pn.: „Opinia uzupełniająca nr 2” sporządzoną przez panią prof. B. C.-C.;
 - pismo odwołującego z dnia 6 kwietnia 2022 r. oraz ofertę POLCOM S.A. z 12 kwietnia 2022 r.;

- pismo odwołującego z dnia 8 kwietnia 2022 r. oraz ofertę Software AG Polska Sp. z o.o. z 12 kwietnia 2022 r.;

6) załączone do pisma procesowego przystępującego z dnia 22 kwietnia 2022 r. oświadczenie Zastępcy Dyrektora Finansowego Comarch S.A. dotyczącego wzrostu wynagrodzeń w Business Unit Comarch ZUS w 2021 r.;

7) złożone na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2022 r. przez odwołującego pismo z dnia 12 kwietnia 2022 r. skierowane do pana W. O. członka zarządu Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz odpowiedź ww. osoby udzieloną za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 27 kwietnia 2022 r.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego oraz odmówiła przeprowadzenia następujących wniosków dowodowych podnoszonych przez odwołującego:

1) dowodu z opinii biegłego specjalizującego się w zakresie szacowania złożoności oprogramowania w punktach funkcyjnych, realizacji procesów utrzymania złożonych systemów IT, szacowania kosztów złożonych projektów informatycznych na okoliczność ustalenia, czy złożone przez Comarch Wyjaśnienia RNC realizują wskazane przez zamawiającego w „Wezwaniu do złożenia wyjaśnień” z dnia 28 maja 2021 r. wymagania w zakresie przedstawienia wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, w szczególności w zakresie:

a. przedstawienia sposobu wyceny ceny brutto 1 punktu funkcyjnego – z uwzględnieniem wskazanej przez zamawiającego okoliczności, że cena 1 punktu funkcyjnego jest znacznie niższa niż podana w ofercie złożonej przez Comarch Polska S.A. oraz Softiq Sp. z o. o. w postępowaniu znak TZ/271/49/17 pn. „Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS”;

b. prawidłowości i kompletności oszacowania pracochłonności usług utrzymania;

c. prawidłowości wyliczenia wysokości rezerwy na wzrost wynagrodzeń;

d. prawidłowości i kompletności wszystkich kosztów ujętych w cenie oferty, w tym w szczególności:

- sposobu obliczenia wszystkich kosztów związanych z nieobecnością pracowników;

- kosztów szkoleń,

- kosztów zapewnienia ITS,

e. właściwego wskazania udziału poszczególnych grupy specjalistów w realizacji przedmiotu umowy oraz oceny, czy liczba osób w każdej z grup gwarantuje realizację usług zgodnie z przewidzianą pracochłonnością do realizacji.

Odwołujący wskazał na konieczność powołania ekspertów jako biegłych, a to wobec wyjątkowo skomplikowanego zakresu stanu faktycznego, który ma być ustalony przez

biegłych. Stosownie do treści art. 539 ust. 2 nPzp, jako biegły może zostać powołana osoba wpisana na listę biegłych sądowych albo spoza tej listy, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. W niniejszej sprawie stopień złożoności sprawy oraz wymaganych kompetencji do sporządzenia opinii w zakresie stawianych zarzutów co do ustalenia stanu faktycznego niezbędnego do ich merytorycznego szybkiego rozpoznania przez Izbę uzasadnił, zdaniem odwołującego, powołanie osób o specjalistycznej wiedzy spoza listy biegłych sądowych. W ocenie odwołującego w zakresie tego wniosku korzystne dla przebiegu postępowania byłoby powołanie biegłego lub biegłych, którzy posiadają specjalistyczną wiedzę z następujących zakresów:

- szacowania złożoności oprogramowania w punktach funkcyjnych,
- realizacji procesów utrzymania złożonych systemów IT,
- szacowania kosztów złożonych projektów informatycznych.

Wobec powyższego odwołujący zawniósł o wyznaczenie jako biegłego jednej z poniższych instytucji – według odwołującego każda z nich daje rękojmię bezstronności oraz posiada wiedzę specjalistyczną:

- firma audytorsko – doradcza KPMG; w tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że na rynku istnieją cztery wyspecjalizowane organizacje zajmujące się audytem i doradztwem w zakresie prowadzenia i szacowania projektów informatycznych: Ernst &Young, KPMG, PriceWaterhouseCoopers oraz Deloitte. Spośród ww. nie wszystkim można przypisać miano bezstronności w niniejszym postępowaniu (Ernst &Young miał być audytorem sprawozdań odwołującego, Deloitte audytorem Comarch S.A., PricewaterhouseCoopers należeć do grupy kapitałowej IBM, gdzie IBM jest obecnym aktywnym beneficjentem zamówień informatycznych u zamawiającego). Zatem spośród powyższych organizacji gwarancję rzetelnej i bezstronnej opinii w ocenie odwołującego dawało powołanie jako biegłego organizacji KPMG.

- Politechnika Warszawska, Wydział Elektroniki i Technik Informatycznych, Instytut Automatyki i Informatyki Stosowanej. Odwołujący wyjaśnił, że Instytut Automatyki i Informatyki Stosowanej jest organizatorem specjalizowanych studiów podyplomowych z zakresu zarządzania IT (www.zarządzanie-it.pl), czyli w dziedzinie objętej wnioskiem dowodowym, tj. przedstawienia przez Comarch wyjaśnień w zakresie ceny realizujących wszystkie wymagania zamawiającego;

- Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Katedra Zarządzania Projektami w Kolegium Zarządzania i Finansów;

- Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Zakład Zarządzania Informatyką w Kolegium Analiz Ekonomicznych;

2) zobowiązania Comarch do przedstawienia oryginału dokumentu – „*Informacja Data Center dot. zapewnienia infrastruktury techniczno-systemowej*” z dnia 18 czerwca 2021r., załączonego w kopii jako załącznik nr 5 do Wyjaśnień RNC. W ocenie odwołującego przedstawienie oryginału było niezbędne w celu przeprowadzenia dowodu z dokumentów na okoliczność wykazania, że złożona kopia jest zgodna z oryginałem. Ponadto przeprowadzenie dowodu miało być konieczne z punktu widzenia doświadczenia życiowego – tj. sytuacji, jaka miała zaistnieć w równoległe toczącym się postępowaniu KSI ZUS, w toku którego to pan P. S. potwierdził za zgodność z oryginałem 4 listy referencyjne, pomimo iż oryginału 1 listu nie widział do momentu potwierdzenia, zaś wobec kolejnych 3 listów oryginały w ogóle nie istnieją. Tym samym w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można było, zdaniem odwołującego, uznać za wiarygodne potwierdzeń za zgodność z oryginałem dokonywanych przez pana P.S;

3) dowodu z zeznań świadka – Dyrektora BU ICT CLOUD, którego podpis widnieje na kopii dokumentu „*Informacja Data Center dot. zapewnienia infrastruktury techniczno-systemowej*” z dnia 18 czerwca 2021r.” – imię i nazwisko nieczytelne, zapewne był to pan W.S., na okoliczność:

- a) Podpisania dokumentu, którego kopia została dołączona do Wyjaśnień RNC;
- b) Przekazania oryginału dokumentu Panu P. S.;
- c) Przekazania osobom szacującym cenę oferty wysokości kosztów usługi udostępniana ITS na potrzeby realizacji ZUS PUE;
- d) Pełnej listy elementów udostępnianego środowiska ITS;
- e) Rodzaju udostępnianej licencji oprogramowania webMethods;
- f) Sposobu szacowania miesięcznego kosztu;
- g) Sposobu udostępniania zasobów ITS na rzecz ZUS
- h) Podstaw szacowania „wyskalowanego środowiska”;
- i) Posiadania przez CDC wszystkich niezbędnych elementów środowiska ITS;
- j) Możliwości współdzielenia środowiska „z innymi projektami”;
- k) Kosztu zasobów osobowych dedykowanych do obsługi zadań CDC;
- l) Zapewnienia zachowania warunków licencyjnych.

W ocenie odwołującego przeprowadzenie powyższego dowodu było konieczne wobec szeregu wątpliwości co do prawidłowości oszacowania przez Comarch tego elementu kosztowego ceny oferty. Zdaniem odwołującego przedłożony dowód nr 5 do Wyjaśnień RNC był tak enigmatyczny, że nic z niego w sposób rzetelny nie wynikało. Było to tylko oświadczenie pracownika Comarch S.A., niepoparte żadnymi dowodami. Odwołujący wskazał, że dopuszczalne w tym zakresie było złożenie przez świadka zeznań na piśmie, po uprzednim przesłaniu pytań przez Strony;

4) działając na podstawie art. 534, art. 535 i art. 536 nPzp odwołujący wniósł o zobowiązanie Comarch S.A. (podwykonawca Comarch Polska SA) do przedstawienia (wyłącznie Krajowej Izbie Odwoławczej) ofert i/lub umów, na podstawie których Comarch Data Center szacował cenę za udostępnienie na rzecz Comarch Polska ITS na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Przedstawienie tych dokumentów zdaniem odwołującego było niezbędne w celu przeprowadzenia dowodu z dokumentów na okoliczność wykazania:

a) prawdziwości oświadczenia Comarch Data Center dołączonego jako dowód do Wyjaśnień RNC w zakresie dysponowania ITS koniecznym do realizacji umowy w niniejszym postępowaniu;

b) prawidłowości szacowania ceny za udostępnienie na rzecz Comarch Polska ITS na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.

Przeprowadzenie tego dowodu było w ocenie odwołującego konieczne, gdyż istotny koszt realizacji projektu wykazany został „pseudo-dowodem”, tj. oświadczeniem własnym Comarch. Tymczasem – zgodnie z orzecznictwem Izby – wyjaśnienia w zakresie ceny powinny być potwierdzone dowodami. Przy czym dowodem na koszty ITS powinny być umowy i/lub oferty od producentów lub autoryzowanych dystrybutorów elementów ITS.

5) dokumentów załączonych do odwołania lub złożonych na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 kwietnia 2022 r.:

- wywiadu opublikowanego w Gazecie Wyborczej w dniu 29 listopada 2021 r., przez Piotra Miączyńskiego i Leszka Kostrzewskiego, pod tytułem: „Azja odjeżdża biernej Europie”;

- wywiad z prof. J. F. pod tytułem „NIE DA SIĘ MNIE ZASTĄPIĆ, SORRY” - Magazyn Gazety Wyborczej z 12 lutego 2022 r.;

- wywiadu opublikowanego w miesięczniku Forbes w dniu 28 lutego 2022 r. pod tytułem „Czarno na białym. Rozmowa z prof. Januszem Filipiakiem”;

- fragmentów książki pod tytułem „Dlaczego się udało. Filozofie i strategie twórcy Comarchu”.

W ocenie Izby wnioski dowodowe opisane powyżej w pkt 1-4 zostały powołane jedynie dla zwłoki, a ich dopuszczenie doprowadziłoby wyłącznie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego. Tym samym zgodnie z art. 541 nPzp Izba zobowiązana była odmówić przeprowadzenia wnioskowanych dowodów.

W przypadku wnioskowanego dowodu z opinii biegłego Izba stwierdziła dodatkowo, że biegły powinien zostać powołany w celu zasięgnięcia opinii w przypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Odwołujący zmierzał zaś do powołania biegłego w celu oceny, czy złożone przez przystępującego wyjaśnienia zawierają wszystkie elementy wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia elementów ceny. Ustalenie tego faktu nie wymagało wiadomości specjalnych. Było to możliwe do ustalenia na podstawie analizy treści wezwania oraz treści wyjaśnień. Ponadto jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący, zgodnie

z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie stanowiskiem, zadaniem biegłego nie może być zbieranie materiału dowodowego – a do tego właśnie zmierzała teza dowodowa sformułowana we wniosku odwołującego. W uzasadnieniu wyroku z dnia 22 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 931/18 podkreślono: *celem dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego w sprawie materiału przy uwzględnieniu posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych, a nie pozyskanie wiadomości z możliwych dostępnych źródeł. Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego uwarunkowane jest zatem przydatnością tego środka dowodowego jako służącego ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Biegły musi mieć możliwość wydania opinii na podstawie dostępnego mu materiału dowodowego, przy uwzględnieniu postawionej tezy dowodowej. Dopuszczenie tego dowodu jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii.* Podsumowując, ustalenie stanu faktycznego zawsze dokonywane jest przez Izbę – na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego. Materiałem dowodowym w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny są przede wszystkim wyjaśnienia wykonawcy, złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Opinia biegłego jest zaś środkiem dowodowym, za pomocą którego biegły wyraża swoją opinię o faktach w oparciu o posiadane przez siebie, niedostępne dla Izby, wiadomości specjalne – aby na tej podstawie Izba mogła ustalić i ocenić stan faktyczny. Dodatkowo w ocenie składu orzekającego, aby zrealizować zakres opinii zakreślony przez odwołującego, biegły musiałby najpierw nabyć bardzo szczegółową wiedzę o specyfice funkcjonowania systemu PUE ZUS – ponieważ dopiero wtedy mógłby wykorzystać posiadaną przez siebie wiedzę specjalną do odpowiedzi na wszystkie zadane przez odwołującego pytania. Tymczasem wnioskowany przez odwołującego biegły „z zakresu zarządzania, organizacji i realizacji procesów utrzymania złożonych systemów IT” posiadałby wyłącznie ogólną wiedzę o systemach IT, która nie byłaby przydatna dla stwierdzenia pracochłonności właściwej do przyjęcia w przypadku obsługi systemu PUE ZUS.

W odniesieniu do wniosku dowodowego opisanego w pkt 2 powyżej skład orzekający uznał ponadto, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że sytuacja jaką opisał w uzasadnieniu dla przeprowadzenia przedmiotowego dowodu miała miejsce w równoległym toczącym się postępowaniu ZUS KSI. Niezależnie od powyższego Izba doszła do przekonania, że przedmiot tego dowodu nie dotyczył faktów mających znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, a co za tym idzie przedmiotowy wniosek dowodowy nie mógł zostać uwzględniony z uwagi na regulację art. 531 nPzp.

W zakresie wniosku dowodowego z zeznań świadka wskazanego w pkt 3 powyżej, Izba nie stwierdziła, aby w przedmiotowej sprawie istniały niedające się wyjaśnić wątpliwości, które wymagałyby przesłuchiwania świadka. Ponadto skład orzekający w pełnej rozciągłości

potrzymany stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2685/19 wskazujące, że *W postępowaniu odwoławczym przed Izbą dowód z zeznań świadków może mieć oczywiście swoją wartość, niemniej mając na uwadze zasadę pisemności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, ekonomikę postępowania odwoławczego oraz okoliczność, że dowodzone fakty w zdecydowanej większości przypadków znajdują swoje odzwierciedlenie lub potwierdzenie w dokumentach to należy wskazać, że strona lub uczestnik powinny koncentrować się przy zbieraniu materiału dowodowego na tym, aby wykazywać swoje twierdzenia za pomocą dowodów mających formę pisemną. Dopuszczenie dowodów z zeznań świadków dotyczy raczej okoliczności, które powstają z niedających się wyjaśnić rozbieżności wynikających z przedłożonych dokumentów lub których nie da się wywnioskować lub ustalić w inny sposób.*

Co do wniosku dowodowego zaprezentowanego w pkt 4 powyżej, skład orzekający uznał, że przepis art. 536 nPzp – wskazany przez odwołującego jako jedna z podstaw wniosku – stanowi: *Skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania*". Tymczasem podmiot wskazany we wniosku o zobowiązanie do przedstawienia dokumentów – tj. Comarch S.A. – nie miał statusu ani strony, ani uczestnika postępowania odwoławczego. Tym samym przedmiotowy wniosek dowodowy został również oddalony z uwagi na jego niezgodność z treścią art. 536 Pzp.

Dowody przedstawione w pkt 5 powyżej zostały uznane przez Izbę za nieprzydatne dla potrzeb rozstrzygnięcia. Wskazywane przez odwołującego wywiady czy też fragment książki miały co najwyżej walor publicystyczny, literacki lub służyły promocji przede wszystkim osoby prezesa zarządu przystępującego. W ocenie składu orzekającego ww. dokumenty nie dotyczyły faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła co następuje

Pismem z dnia 28 maja 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym *złożenie 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.);*
- 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;

6) uwzględnienia kosztów związanych z przygotowaniem i utrzymaniem środowiska deweloperskiego - jeśli zostały uwzględnione, to prosimy o określenie wysokości tych kosztów uwzględniając specyfikację tego środowiska;

7) uwzględnienia kosztów związanych z przygotowaniem i utrzymaniem środowiska weryfikacji kodów źródłowych - jeśli zostały uwzględnione, to prosimy o określenie wysokości tych kosztów uwzględniając specyfikację tego środowiska;

8) sposobu wyceny ceny brutto 1 punktu funkcyjnego mając na uwadze, że jego cena jest znacznie niższa niż podana w Państwa ofercie (złożonej przez Konsorcjum Comarch Polska S.A. oraz Softiq Sp. z o. o.) w postępowaniu znak TZ/271/49/17 pn. „Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS”, w którym otwarcie ofert odbyło się dnia 19.07.2018 r. W ww. ofercie cenę brutto punktu funkcyjnego określiliście Państwo w wysokości 2 557,17 PLN. Natomiast w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu oferują Państwo ceną brutto 1 CFP w wysokości 1 838,85 PLN. Złożoność systemu PUE, określona w pkt 5 Załącznika 5 do Umowy z dnia 27.11.2018, zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania nr TZ/271/49/17 określona została na 8 592 punktów funkcyjnych; szacunkowa złożoność Systemu PUE na dzień 27.02.2021 roku została ustalona na poziomie 15 370,3 CFP (Załącznik 8 do SIWZ). Oznacza to, że od poprzedniego postępowania złożoność systemu została podwojona.

9) zysku Wykonawcy;

10) rezerw niezbędnych na zabezpieczenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w szczególności niedoszacowaniem, koniecznością zapłaty kar umownych, fluktuacją kadr, zmianą wysokości wynagrodzenia (przy uwzględnieniu postanowień umowy) itp.;

11) innych elementów kosztotwórczych, o ile występują.

Jeżeli pewne elementy cenotwórcze spośród powyżej wskazanych nie będą miały zastosowania do realizacji zamówienia, wówczas Wykonawca powinien w wyjaśnieniach wykazać brak konieczności uwzględnienia danego elementu cenotwórczego w kalkulacji ceny oferty. Ponadto informujemy, że przedstawiony katalog nie ma charakteru zamkniętego i Wykonawca powinien zidentyfikować i wskazać wszystkie inne ewentualne elementy cenotwórcze.

Przystępujący pismem z dnia 23 czerwca 2021 r. złożył wyjaśnienia na powyżej wskazane wezwanie zamawiającego. Do wyjaśnień przystępujący załączył dowody.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 90 ust. 3 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;*
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przed odniesieniem się do poszczególnych, wskazanych w odwołaniu zarzutów w pierwszej kolejności Izba uznała za właściwe przedstawić najistotniejsze założenia na jakich oparła swoje stanowisko w zakresie rozstrzygnięcia. W pierwszej kolejności, w ocenie składu orzekającego, nie można było zlekceważyć rozważań podniesionych w związku z merytorycznym rozpoznanem zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny przy okazji sprawy o sygn. akt KIO 2571/21 w ramach, której wyrok został ogłoszony w dniu 26 października 2021 r. Jak wskazano powyżej, w części dotyczącej rozpoznania wniosku o odrzucenie odwołania, Sąd Okręgowy umorzył postępowanie w zakresie zarzutu ewentualnego (odnoszącego się do zagadnienia rażąco niskiej ceny) uznając, że rozstrzygnięcie w tej materii było na tamtym etapie zbędne, jednakże Izba w przedmiotowej sprawie biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności składające się na stan faktyczny sprawy nie mogła pominąć tak doniosłej kwestii jaką było wydanie ww. orzeczenia. Ponadto skład orzekający nie doszukał się żadnych przeciwwskazań co do możliwości przyjęcia i uznania za zasadne ustaleń podjętych w ramach sprawy KIO 2571/21. Oczywiście nie oznaczało to, że Izba w przedmiotowej sprawie zadziałała automatycznie i samo oddalenie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny przy okazji sprawy KIO 2571/21 spowodowało bezrefleksyjne oddalenie w całości obecnego odwołania. Izba po gruntownym rozważeniu materiału dowodowego uznała, że odwołanie należało oddalić, ponieważ odwołujący nie

wykazał, że doszło do wskazywanych przez niego naruszeń. Przede wszystkim odwołujący zdawał się wyciągać zbyt daleko idące wnioski oraz ponad miarę interpretować okoliczności wynikające z samego wezwania jak i wyjaśnień złożonych przez przystępującego. W wyniku tego obraz całej sprawy przedstawiany przez odwołującego jawił się jako bardzo skomplikowane zagadnienie. Nie trzeba było przy tym przekonywać Izby, że postępowanie dotyczyło bardzo ważnej dla funkcjonowania państwa platformy elektronicznej, która jest rozwijana od kilku lat i której poziom złożoności jest znaczny i dodatkowo wzrasta wraz kolejnymi latami eksploatacji. Jednakże przedmiotowa kwestia nie mogła przesłonić konkretnej sytuacji procesowej związanej z rozpoznaniem odwołania, a która związana była z zagadnieniem rażąco niskiej ceny. Badanie rażąco niskiej ceny składa się na proces badania oferty i jest niewątpliwie jego bardzo ważnym elementem, niemniej rozstrzygnięcie co do prawidłowości przeprowadzenia przez zamawiającego tego badania w sytuacji powzięcia przez niego wątpliwości co do poziomu zaoferowanej przez wykonawcę ceny, czego efektem jest wezwanie do wyjaśnień oraz następnie złożenie wyjaśnień przez wykonawcę, właściwie sprowadza się do analizy tych dokumentów tj. wezwania i wyjaśnień. Taki punkt wyjścia został przyjęty przez skład orzekający w przedmiotowej sprawie. Izba skupiła się przede wszystkim na wezwaniu z dnia 28 maja 2021 r. skierowanym do przystępującego oraz wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2021 r. złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie. W wyniku analizy obu ww. dokumentów Izba doszła do przekonania, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia były adekwatne w stosunku do treści wezwania i wystarczające do oceny, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska. Ponadto wyjaśnienia zawierały szczegółową część opisową, wskazującą na główne obszary, w których mogło dojść do redukcji kosztów, przy jednoczesnym należyтым wykonaniu przedmiotu zamówienia. W swoich wyjaśnieniach przystępujący wskazał opisowo co najmniej kilka elementów, które według niego były głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty. Opisano ryzyka, które mogą zaistnieć podczas wykonywania przedmiotu umowy i ich wpływ na cenę oferty, przedstawiono jak kształtują się koszty osobowe będące głównym, ale nie aż tak dalece istotnym jakby chciał tego odwołujący, składnikiem ceny w przypadku umowy związanej z wykonywaniem określonych usług na rzecz zamawiającego. Przystępujący opisał i przedstawił również koszty związane z utrzymaniem infrastruktury techniczno-systemowej niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia. Na okoliczności przytoczone w wyjaśnieniach przystępujący przedstawił również dowody w postaci dokumentów i oświadczeń potwierdzających wysokość poszczególnych kosztów.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do poszczególnych zagadnień wskazanych przez odwołującego w ramach zarzutu rażąco niskiej ceny (punkty podane poniżej odpowiadały systematyce zaproponowanej w odwołaniu):

Ad I.

Jak słusznie zauważył zamawiający główną przyczyną wezwania do wyjaśnienia ceny oferty przystępującego był sposób wyceny ceny brutto 1 punktu funkcyjnego ze względu na fakt, że jego cena była znacznie niższa niż podana w ofercie złożonej przez konsorcjum Comarch Polska S.A. oraz Softiq Sp. z o. o. we wcześniejszym postępowaniu znak TZ/271/49/17 pn. *Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS*.

W dalszej kolejności Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego, który stwierdził, że przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał kilkanaście elementów wpływających na cenę 1 punktu funkcyjnego (zwanego dalej nadal: „PF”). Niezbędne przy tym okazało się wyjaśnienie, że cena 1 PF ma także wpływ na ceny pozostałych usług objętych umową:

1) wynagrodzenie z tytułu Usług utrzymania Systemu ustala się w oparciu o rozliczeniową złożoność Systemu wyrażoną w Punktach Funkcyjnych. Wynagrodzenie z tytułu Usług utrzymania stanowi iloczyn: liczby Punktów Funkcyjnych określających złożoność całego systemu, współczynnika ustalonego w załączniku 5 do Umowy wynoszącego 9,6% oraz ceny 1 PF podanego w ofercie. Taka metoda ustalania wynagrodzenia z tytułu Usług utrzymania oznacza, że:

– wynagrodzenie miesięczne rośnie wraz ze zwiększaniem się rozmiaru systemu,
– w ofercie wykonawca powinien podać cenę 1 PF w taki sposób, aby było możliwe wykonanie nie tylko Modyfikacji, ale również utrzymanie systemu.

2) usługi dodatkowe – cenę wykonania Usługi dodatkowej określa się w oparciu o oszacowaną pracochłonność w roboczogodzinach oraz cenę PF, przy czym cenę Usługi dodatkowej wyraża się jako iloczyn określonej liczby Punktów Funkcyjnych i ceny jednego PF, przy założeniu, że jedna osobogodzina pracy jest równa 1/15 PF (art. 4 ust. 8 wzoru umowy – zał. 2 do SIWZ).

3) instruktaże są ściśle powiązane z Modyfikacjami, a ich cena nie może przekraczać 1% wartości modyfikacji (art. 4 ust. 7 wzoru umowy - zał. 2 do SIWZ).

Jak już wskazano powyżej – wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczyło „wyczenia kosztu 1 PF” i przystępujący przedstawił stanowisko w tym zakresie, przez co zastosował się do treści wezwania. Ponadto koszt 1 PF stanowi iloczyn pracochłonności w osobogodzinach lub dniach roboczych (przedmiotową okoliczność wskazano w rozdz. I.6.1 wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz kosztu jednej osobogodziny/dnia roboczego. Łączne

przeliczenie kosztu 1 PF dla wszystkich usług objętych umową zostało zaprezentowane w rozdziale V wyjaśnień. Ponadto w tej części wyjaśnień przystępujący odniósł się do meritum pytania wskazanego w pkt 8 wezwania przez odwołanie się do ceny punktu funkcyjnego w postępowaniu TZ/271/49/17 pn. *Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) – w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS*, w którym otwarcie ofert odbyło się dnia 19 lipca 2018 r. W tym zakresie przystępujący wyjaśnił, że w powyżej wskazanym postępowaniu ofertę składał w konsorcjum, opierał się przede wszystkim na oszacowaniu i wartości usług przygotowanych przez konsorcjanta, a zgodnie z ustaleniami biznesowymi poczynionymi w postępowaniu TZ/271/49/17, to konsorcjant miał odpowiadać za realizację zdecydowanej części przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie tego stanowiska załączył do wyjaśnień dowód w postaci wyciągu z umowy konsorcjum. W dalszej kolejności Comarch zwrócił uwagę na okoliczność składania w przedmiotowym postępowaniu oferty samodzielnie oraz konsekwencje wynikające z tej okoliczności. Reasumując w ocenie składu orzekającego w żadnym wypadku nie można było stwierdzić, że przystępujący nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach do okoliczności wynikającej z wezwania.

Przy czym stanowisko odwołującego w zakresie tej części zarzutu rażąco niskiej ceny referowało przede wszystkim do zagadnienia pracochłonności wykonania 1PF. W ocenie składu orzekającego zamawiający słusznie argumentował, że odwołujący kwestionował szczegółowość i treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego, jednak nie wskazał jaka powinna być przyjęta pracochłonność wykonania 1 PF. Odwołujący kwestionował przy tym wartość 15 roboczogodzin na 1 PF, która została przyjęta w SIWZ, bazując na twierdzeniu, że dotyczy on wyłącznie usług dodatkowych. W tym kontekście należało podkreślić, że wyjaśnienia ceny oferty mają zmierzać do eliminowania ofert, w których zaoferowano cenę lub koszt uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia. Wniosek taki wynikał wprost z art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym 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. W rozpoznawanej sprawie wyjaśnienia zostały złożone, a zatem o odrzuceniu oferty można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba nie znalazła powodów, aby nie można było skorzystać z przelicznika przyjętego przez zamawiającego w art. 4 ust. 9 wzoru umowy dla Usług dodatkowych, to jest 15 roboczogodzin na 1 PF. W okolicznościach przedmiotowej sprawy pracochłonność Usług dodatkowych nie musiała być szacowana z zastosowaniem metodyki Cosmic, ponieważ

zamawiający nie nakazywał takiego wymogu, a przelicznik został wprowadzony po to, aby dla całego zakresu prac w Umowie można było stosować jedną jednostkę rozliczeniową. Zgodnie z art. 4 ust. 7 pkt 4) wzoru umowy pracochłonność Usługi dodatkowej wykonawca określa w osobogodzinach, po czym wartość ta przeliczana jest na punkty funkcyjne zgodnie z podanym przelicznikiem. Nie można jednak pominąć ekonomicznego aspektu takiego przeliczenia – przelicznik ma zapewnić rentowność wykonania Usługi dodatkowej. Gdyby przelicznik był nieprawidłowy i zakładał zbyt małą liczbę osobogodzin na 1 PF, wtedy Usługi dodatkowe byłyby nierentowne. Jak wskazywał zamawiający przelicznik taki stosowany jest w Systemie PUE, co najmniej od 2014 r., a kolejni wykonawcy prawidłowo realizują Usługi dodatkowe z zastosowaniem takiego przelicznika.

Co istotne zgodnie z art. 4 ust. 9 pkt 2) wzoru umowy *W przypadku niemożności określenia pracochłonności Modyfikacji w Punktach Funkcyjnych, pracochłonność określą się w Osobogodzinach, przy czym zgodnie z art. 4 ust. 9 jedna Osobogodzina pracy jest równa 1/15 Punktu Funkcyjnego.* Jak wynikało z powyższego wskazany przelicznik może mieć zastosowanie nie tylko w przypadku Usług dodatkowych, ale również przy realizacji Modyfikacji. W tym kontekście nieuprawnionym okazało się stwierdzenie zawarte w pkt 33 odwołania, że w toku sprawy XXIII Zs 133/21 zamawiający przyznał, że *przelicznik 1 PF=15 roboczogodzin to wprowadzony przez niego sztuczny i uznaniowy, niepoparty żadnymi wyliczeniami technicznymi wskaźnik, mający jedynie ułatwić rozliczenie dla pobocznych (a nie podstawowych) zleceń na Usługi dodatkowe.*

W dalszej kolejności Izba uznała za zbyt daleko idące stwierdzenie odwołującego, że skoro przystępujący nie wykonał żadnej modyfikacji w obszarze PUE, tonie ma żadnej wiedzy co do zakresu prac oraz standardów w jakich należy te produkty wykonać. Jak zasadnie wyjaśnił w tym kontekście zamawiający, wbrew twierdzeniu odwołującego doświadczenie zdobyte podczas realizacji modyfikacji Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KSI ZUS) należało uznać za istotne. Zamawiający podkreślił, że:

- w obu umowach zastosowano niemal bliźniaczy cykl produkcyjny wytworzenia modyfikacji, na który składają się czynności, które wskazał odwołujący w pkt ad. a) (str. 11 odwołania);
- w odniesieniu do obu systemów stosowane są bardzo podobne standardy produkcyjne oraz niemal identyczny Podręcznik Wymiarowania Oprogramowania dla Systemów Informatycznych ZUS;
- w obu systemach pracochłonność modyfikacji rozliczana jest przy pomocy zmodyfikowanej przez zamawiającego metody Cosmic3;
- w obu umowach zastosowano podobne procedury służące realizacji umowy, przy czym stopień komplikacji i liczba ciał projektowych jest zdecydowanie wyższa w przypadku KSI ZUS;

– w zakresie obu systemów wykonawcy współpracują z Departamentem Rozwoju Usług oraz Departamentem Zarządzania Usługami, co powoduje znajomość praktyki współpracy i wymagań zamawiającego.

Izba nie znalazła argumentów do podważenia powyżej wskazanych twierdzeń zamawiającego oraz dodatkowo przyjęła także, że w tym kontekście chybione było dezawuowanie doświadczenia przystępującego uzyskanego podczas realizacji modyfikacji Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KSI ZUS). Największe doświadczenie w zakresie KSI ZUS i PUE posiada odwołujący (wykonawca ten od 1998 r. tworzył, rozwijał i utrzymywał KSI ZUS). Natomiast odwołujący i przystępujący od 2018 r. są stronami umowy ramowej dotyczącej rozwoju KSI ZUS, i nawet pomimo faktu, że zdecydowaną większość modyfikacji wykonuje odwołujący, doświadczenie zdobyte przez przystępującego należy uznać za wystarczające do realnego określenia wyceny 1 PF.

W dalszej kolejności skład orzekający wziął pod uwagę, że SIWZ i Umowa przewidują pewną liczbę PF do wykorzystania przez okres 4 lat na niezbędne modyfikacje systemu PUE. Przy czym bardzo istotna okazała się okoliczność, że nikt, włącznie z zamawiającym i odwołującym nie wie jakie to będą modyfikacje, zarówno co do ich rozmiaru, jak i wymagań funkcjonalnych. Konieczność przyszłych modyfikacji wynika z przyszłych potrzeb zamawiającego, przyszłych zmian technologicznych zachodzących na świecie oraz przede wszystkim zmian prawa, w tym jak pokazały wcześniejsze przypadki także dość niestandardowych jak np. zlecenie zamawiającemu obsługi bonu turystycznego. Z takimi, nieokreślonymi obecnie przyszłymi potrzebami, korespondowała konstrukcja umowy, która w zakresie modyfikacji ma postać ramową. Zakres i rozmiar przyszłych świadczeń jest określany w trybie wskazanym w art. 4 wzoru umowy – zał. 2 do SIWZ. Najogólniej rzecz ujmując w razie potrzeby zamawiający będzie składał wykonawcy zapotrzebowanie na Modyfikację. Dalej strony przeprowadzą tzw. Uzgodnienie projektowe, w którym określa się wymagania dla Modyfikacji i wykonawca składa ofertę, w której wycenia m.in. pracochłonność Modyfikacji wyrażoną w liczbie PF. Te swoiste negocjacje kończą się udzieleniem Zlecenia.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że przystępujący zastosował się do treści wezwania i wyjaśnił w stopniu wystarczającym koszt związany z wyceną 1 PF, przy czym w okolicznościach przedmiotowej sprawy można było uznać, że również w zakresie sposobu obliczenia pracochłonności 1PF wyjaśnienia były adekwatne i właściwie odpowiadały na treść wezwania zamawiającego.

Dodatkowo skład orzekający pominął następujące dokumenty: załącznik nr 7 do odwołania (tj. ekspertyzy *Szacowanie podstawowych parametrów przedsięwzięć realizacji systemów oprogramowania ze szczególnym uwzględnieniem pracochłonności jednostkowej w*

odniesieniu do 1 punktu funkcyjnego (COSMIC/IFPUG) z dnia 7 października 2021 r., suplement z dnia 14 października 2021 r., opinię uzupełniającą z dnia 8 listopada 2021 r.) oraz *Opinię uzupełniającą nr 2* złożoną jako dowód nr 1 na posiedzeniu w dniu 13 kwietnia 2022 r. W pierwszej kolejności Izba uznała, że dokumenty te należy potraktować jako stanowisko odwołującego w sprawie. Po drugie skład orzekający stwierdził, że ww. dokumenty powoływały się na czynniki wpływające na szacowanie pracochłonności, takie jak wymagania funkcjonalne, rozmiar modyfikacji oraz czas ich realizacji, które nie były znane na moment składania oferty i nie zostały podane w SIWZ. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które są składane na wezwanie w trybie art. 90 Pzp, dotyczą odtworzenia przez wykonawcę procesu ofertowania (obliczenia ceny oferty) na kanwie konkretnych wymagań zamawiającego zawartych w dokumentacji postępowania. Zaś w związku z tym, że omawiane dokumenty opierają się na założeniach nieokreślonych w SIWZ, to nie można było formułować wobec przystępującego zastrzeżeń, polegających na niesporządzeniu wyceny z zastosowaniem metodyk w oparciu o nieokreślone czynniki. Dodatkowo, okoliczności nieznanne SIWZ nie są też istotne dla rozstrzygnięcia sporu dotyczącego oceny prawidłowości wyceny oferty w stosunku do SIWZ, na podstawie której składano oferty.

Ad II.

W odniesieniu do argumentacji dotyczącej braku przedstawienia przez Comarch dowodów na pracochłonność 1 PF, Izba przyznała rację zamawiającemu, który w sposób trafny wyjaśnił, że specyfika prowadzonego postępowania polega na tym, że jego przedmiotem są usługi, w których głównym elementem kosztotwórczym są koszty osobowe. Przy czym należało podkreślić, że koszty w tym zakresie zostały wykazane w najbardziej prawidłowy z możliwych sposobów, czyli przy pomocy umów o pracę oraz umów B2B. Trudno było wymagać, aby każda okoliczność podnoszona w wyjaśnieniach miała być potwierdzana poprzez dowody. Istotą wyjaśnień ceny w tym wypadku było pokazanie jakie koszty zamierza ponieść wykonawca i jaki osiągnie zysk z realizacji kontraktu. Wyjaśnienia polegają głównie na przedstawieniu wewnętrznych obliczeń, dla których trudno byłoby przedstawić dowody w znaczeniu takim jak chciał tego odwołujący. Nie można też było pominąć faktu, że odwołujący podnosząc brak dowodów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dezawuował jednocześnie wszelkie dowody „wewnętrzne”, czyli oświadczenia wystawiane przez pracowników lub jednostki organizacyjne Comarch. W tym zakresie skład orzekający uznał, że odwołujący sformułował zbyt daleko idące wymagania wobec procesu dowodzenia przyjętego przez przystępującego na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący oczekiwał przedłożenia dowodów „zewnętrznych” czy też pochodzących od podmiotów zewnętrznych z punktu widzenia organizacji przystępującego, na potwierdzenie okoliczności związanych z wewnętrzną organizacją firmy przystępującego lub ściśle związanych

z przebiegiem wewnętrznego procesu ofertowania. Podsumowując w ocenie składu orzekającego przystępujący załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowody, które są właściwe i adekwatne z punktu widzenia okoliczności wskazywanych w wyjaśnieniach, a tym samym podołano nałożonemu na wykonawcę obowiązkowi wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do przywołanego przez odwołującego wyroku o sygn. akt KIO 1323/19 Izba stwierdziła, że zamawiający w tamtym postępowaniu (ARiMR) w okresie od 19 grudnia 2018 r. do 27 maja 2019 r. pięciokrotnie wzywał Asseco do wyjaśnień kalkulacji ceny. Izba w tamtej sprawie uznała, że doszło do negocjacji co do treści wyjaśnień. Poza tym żądane przez zamawiającego dowody dotyczyły narzędzi do automatyzacji procesu wytwórczego oprogramowania. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu najistotniejsze zagadnienie, które wzbudziło największe wątpliwości zamawiającego czyli oferowanie usług za niższą cenę niż podana w ofercie złożonej przez konsorcjum Comarch Polska S.A. oraz Softiq Sp. z o.o. we wcześniejszym postępowaniu zostało wyjaśnione w rozdziale V wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a co więcej przystępujący dołączył obiektywny dowód, na tą okoliczność.

Ad III.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku oszacowania pracochłonności usług utrzymania Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na przyjęty przez zamawiającego w SIWZ sposób, w jaki wyliczane ma być wynagrodzenie z tytułu Usług utrzymania, opisany w załączniku 5 do wzoru Umowy, zatytułowanym „Zasady ustalania wynagrodzenia z tytułu Usług utrzymania”. Wynagrodzenie z tytułu Usług utrzymania systemu ustala się w oparciu o rozliczeniową złożoność Systemu wyrażoną w Punktach Funkcyjnych (PF). Wynagrodzenie z tytułu Usług utrzymania stanowi iloczyn liczby Punktów Funkcyjnych określających złożoność całego systemu i współczynnika ustalonego w załączniku 5 do Umowy wynoszącego 9,6% oraz ceny 1 Punktu Funkcyjnego podanego w ofercie. Taka metoda ustalania wynagrodzenia z tytułu Usług utrzymania oznacza, że:

- wynagrodzenie miesięczne rośnie wraz ze zwiększaniem się rozmiaru systemu;
- w ofercie wykonawca powinien podać cenę 1 PF w taki sposób, aby było możliwe wykonanie nie tylko Modyfikacji, ale również utrzymanie systemu.

Ponadto jak podkreślił zamawiający rentowność Usług utrzymania w prowadzonym postępowaniu wzrosła względem obecnie trwającej umowy, bowiem w wyniku postulatów odwołującego, zamawiający podniósł ww. współczynnik z 7,2% do 9,6%. Powoduje to „poprawienie” proporcji ceny 1 PF w stosunku do Usług utrzymania (za jeden PF złożoności systemu, przy tej samej cenie PF wykonawca będzie otrzymywał wyższe wynagrodzenie).

Odnosząc się do pozostałych twierdzeń dotyczących przedmiotowego zarzutu należało zauważyć, że odwołujący kwestionował rozkład pracochłonności przypisanej do

poszczególnych metryk usług, natomiast nie próbował kwestionować przyjętych założeń, co do pracochłonności alokowanej w Usługach utrzymania jako całości. Podstawowy zarzut w zakresie wyjaśnień dotyczył jak to ujął odwołujący, zadeklarowania pracochłonności zamiast jej obliczenia, a poza tym braku szczegółowej prezentacji pracochłonności dla poszczególnych części składowych poszczególnych usług, których odwołujący wskazał kilkadziesiąt. W ocenie składu orzekającego zamawiający słusznie zwrócił uwagę, że tabela zawarta w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (str. 17) obejmowała oszacowanie dla wszystkich składowych usług, przy czym powinna być odczytana razem z tabelą 2 zawartą w rozdziale XVI wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia w tym zakresie należało uznać za spójne i uwzględniające wszelkie wymagane postanowienia SIWZ.

W dalszej kolejności Izba przyjęła za własne stanowisko zamawiającego, który stwierdził, że swego rodzaju nadużycie stanowiło kategorię stwierdzenie zawarte w pkt 40 *in fine* odwołania, że zamawiający konkretnie w odniesieniu do Usług utrzymania „wymagał przedstawienia kalkulacji wraz z opisem metod przyjętych dla ich sporządzenia oraz dowodów na potwierdzenie kalkulacji.” Tymczasem ogólne wezwanie zamawiającego odnosiło się do całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny i trudno było założyć, że przystępujący mógłby przedstawić dowody na pracochłonność Usług utrzymania, gdyż wyliczenia takie bazowały na własnych danych, a jak już wspomniano dokumenty wewnętrzne odwołujący wprost traktował jak „pseudodowody”, z czym nie sposób się zgodzić.

Przechodząc do kolejnych kwestii w ramach przedmiotowego zarzutu skład orzekający uznał, że po raz kolejny zbyt daleko idącą interpretacją okazało twierdzenie o „kardynalnym błędzie” opisywanym w pkt 41 odwołania. W ocenie składu orzekającego tabelę zawartą na stronie 17 wyjaśnień rażąco niskiej ceny należało interpretować tak, że przystępujący przyjął świadczenie usług w trybie ciągłym 24/7/365 (w kolumnie 6 podano godziny 7:00-15:00, w kolumnie 7 godziny 15:00-23:00, w kolumnie 8 godziny 23:00-07:00), natomiast do wyliczenia liczby roboczogodzin przystępujący musiał uwzględnić, że miesięcznie pracownik pracuje 21 dni roboczych. W tym zakresie Izba przyznała rację przystępującemu, który wyjaśnił, że System PUE funkcjonuje w istocie w trybie ciągłym, a zadaniem wykonawcy jest zapewnienie nieprzerwanej, bezawaryjnej pracy Systemu. Ta nieprzerwana i bezawaryjna praca jest gwarantowana odpowiednim poziomem utrzymania usług aplikacyjnych oraz serwisowych. W metrykach tych usług jawnie uwzględniono kalendarz utrzymania 24/7. Natomiast kalkulacja pracochłonnościowa dla bieżącego utrzymania metryk IT (usługi aplikacyjne i serwisowe) różni się od takiej kalkulacji przeprowadzanej dla usług o innym charakterze, czyli w odróżnieniu od świadczenia usług utrzymania metryk IT, czynności z kwestionowanych przez odwołującego pozycji 6-13 wykonywane są w wyniku realizacji konkretnych potrzeb. Stąd do celów obliczeniowych został dla nich zastosowany umownie

przyjęty tryb wykonywania przez 21 dni roboczych, jako tzw. tryb naturalny. Nie oznaczało to jednak, że zadania te nie będą realizowane w czasie dodatkowym lub w dni wolne, gdyż w efekcie będą realizowane w trybie 24/7/365.

Odwołujący wskazywał także, że przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny pominął oszacowanie określonej w Załączniku 9 usługi telefonicznej pomocy technicznej. W odniesieniu do ww. usługi Izba ustaliła, że w wezwaniu skierowanym do przystępującego zamawiający nie wskazywał, aby powyższa usługa miała być przedmiotem szczegółowych wyjaśnień w zakresie ceny. Trudno wymagać, aby przy tak wielofunkcyjnym systemie, który obejmuje szereg różnych usług, wykonawcy byli zobowiązani do składania wyjaśnień co do każdej funkcjonalności, szczególnie gdy zamawiający nie zwracał na nie uwagi w swoim wezwaniu, a dodatkowo można było założyć, że ich zakres jest niewielki w kontekście całego zamówienia. Ponadto usługa ta nie została wyodrębniona jako osobna metryka, w związku z tym jej uwzględnienie w innych metrykach należało uznać za działanie prawidłowe. W ustalonym stanie rzeczy można byłoby próbować twierdzić, że zamawiający ewentualnie powinien dopytać o tę okoliczność przystępującego, gdyby nie okazało się uzasadnionym, że za wystarczające należało uznać stanowisko przystępującego wskazujące, że usługa telefonicznej pomocy technicznej została uwzględniona w każdej z pozycji 1-5 tabeli ze str. 17 wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako zasada dotycząca obsługi każdej metryk. Jak również usługa telefonicznej pomocy technicznej jest po prostu jedną z zasad utrzymania metryk – a dokładnie jedną z zasad wymienionych w rozdziale „B. Zasady zgłaszania i obsługi Zgłoszeń” Załącznika 9, dotyczącą wszystkich metryk dla usług serwisowych.

W konkluzji dla tej części rozważań Izba skonstatowała za przystępującym, że czynniki cenotwórcze, do których referował odwołujący na str. 18–19 odwołania i które wynikały z treści opisu przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione przez przystępującego w procesie ofertowania. Wyrazem tego były odniesienia do tych czynników lub ich opisy zawarte w wyjaśnieniach ceny sporządzonych przez Comarch. Terminologia, umiejscowienie w dokumencie wyjaśnień, układ graficzny oraz poziom i sposób ich dekompozycji często różnią od tych wskazanych w odwołaniu – co nie mogło dziwić, bowiem każda doświadczona i profesjonalna firma technologiczna bazuje na swoim autorskim sposobie kalkulacji zamówień i prezentacji wyjaśnień dotyczących owej kalkulacji. Nie zmieniało to jednak faktu, że Izba nie doszukała się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Comarch braków mogących doprowadzić do przekonania, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Ad IV.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący nieprawidłowej struktury personelu Izba w znacznej mierze przyjęła za własne stanowisko zamawiającego i uznała, że przepisy Pzp nie

wymagały na potrzeby złożenia oferty w danym postępowaniu posiadania pełnego, dedykowanego zespołu do realizacji zamówienia. Taki zespół zasadniczo jest tworzony w momencie uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie może wymagać, aby na potrzeby złożenia oferty w danym postępowaniu, wykonawca zatrudnił wszystkie osoby i przedłożył ich umowy o pracę. Pomimo tego przystępujący dołączył takie umowy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, sporządził zestawienie specjalistów dedykowanych do realizacji zamówienia, a tym samym wyjaśnienia czyniły zadość wezwaniu zamawiającego. Ponadto zarzut w tym zakresie nie znajdował żadnego oparcia w SIWZ. Odwołujący podjął próbę wykreowania nieistniejącego wymagania wobec wykonawców, a następnie twierdził, że Comarch nie spełnił tego wymagania. Warto zwrócić uwagę, że kwestia personelu wykonawcy była ujęta w:

- warunkach udziału w postępowaniu – zamawiający wymagał od wykonawców, aby wylegitymowali się dysponowaniem 24 osobami o określonym doświadczeniu;
- kryterium oceny ofert – zamawiający dodatkowo punktował doświadczenie personelu (waga kryterium 10%);
- kryterium oceny ofert – testy kompetencji technicznych. W ramach kryterium o wadze 30% przeprowadzone zostały testy kompetencji w zakresie utrzymania i rozwoju systemu, podczas którego sprawdzana była znajomość następujących technologii: Webmethods, Postgress, Liferay, NGINX. W pkt 7.3.3.8 SIWZ wprowadzono zasadę w myśl, której osoby wyznaczone do realizacji testu powinny być związane z wykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy, umowa cywilno-prawna zawarta na okres co najmniej 6 miesięcy). Z kolei w art. 7 ust. 16 wzoru umowy postanowiono, że w wypadku zmiany osób uczestniczących w testach nowe osoby będą podlegać testowaniu.

Ponadto kryterium „test kompetencji” zostało wprowadzone do postępowania wskutek odwołania Asseco do Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie skargi do Sądu Okręgowego (wyrok z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt XXXIII Ga 1350/20). Odwołujący już na etapie tworzenia i zmian SIWZ zadbał o to, aby gotowość wykonawcy do realizacji zamówienia została gruntownie przebadana przez zamawiającego. Odwołujący nie próbował natomiast wprowadzać wymogu, co do struktury personelu według kryterium: młodszy specjalista, specjalista i starszy specjalista/ekspert. Wydawało się to bowiem oczywiste, że są to zagadnienia pozostające na ogół w sferze działania każdego z wykonawców i wynikają z jego doświadczeń w realizacji projektów, know-how itp. Można było się przy tym w ogóle zastanawiać, czy tego rodzaju wymóg wprowadzony do SIWZ byłby dopuszczalny ze względu na zasadę proporcjonalności. Tym bardziej nieuzasadniona i nie znajdująca

żadnego oparcia w przepisach prawa jest próba wykreowania takiego wymogu na obecnym etapie postępowania.

Odnosząc się do powyższych ustaleń w kontekście struktury personelu wykonawcy Comarch Izba stwierdziła, że ww. wykonawca:

- wykazał, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu jakim musi się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia;
- otrzymał najwyższą możliwą liczbę punktów w kryterium oceny ofert – „Doświadczenie personelu”;
- otrzymał najwyższą liczbę punktów – ex aequo z odwołującym – w kryterium „Test kompetencji technicznych”;
- jak zadeklarował przystępujący wszystkie osoby dzięki którym wykazał warunek udziału w postępowaniu lub otrzymał punkty w ramach kryterium oceny ofert – zgodnie z wymaganiami przewidzianymi przez zamawiającego – będą realizowały zamówienie, jeżeli dojdzie do zawarcia umowy z przystępującym.

W ocenie Izby przystępujący wykazał, że koszty osobowe zostały skalkulowane w sposób właściwy. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny określały liczebność zespołu w podziale na określone kategorie, wskazywały na podział kompetencyjny między grupami pracowników, złożono dowody potwierdzające zarówno zatrudnienie tych osób na określonym stanowisku oraz wysokość wynagrodzenia takiej osoby. Dowody potwierdzające zatrudnienie lub powiązanie z przystępującym obejmowały umowy o pracę, jak również umowy o współpracę i umowy zlecenia. Przystępujący kierując się przyjętą metodyką realizacji zadań opisanych umową, w ramach kształtowania ceny ofertowej zdecydował o określonej liczebności poszczególnych grup specjalistów, określając i opisując przypisane im role, które należało uznać za zgodne z oczekiwaniami zamawiającego. W przeświadczeniu Izby nie wzbudzała wątpliwości okoliczność, że przystępujący wykazał koszty osobowe, które będzie ponosił, także w perspektywie wykonywania umowy przez kilka lat. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przystępujący opisał w jaki sposób może dokonać optymalizacji dla pracy osób zaangażowanych w realizację projektu w stosunku do kosztów osobowych koniecznych do poniesienia. W ocenie składu orzekającego z powodzeniem możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia przy udziale młodszych specjalistów pod nadzorem eksperta lub specjalisty, co z jednej strony niewątpliwie pozwala na obniżenie kosztów osobowych, a z drugiej strony umożliwia rozwój zawodowy pracowników i nabywanie przez nich nowych umiejętności. Ponadto w Grupie C nie ujęto tylko osób zajmujących stanowiska młodszych specjalistów, ale również przedstawiono osoby zajmujących stanowiska, które mogą być przypisane dla kompetencji specjalistów.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego w kontekście nieprawidłowej struktury personelu przystępującego nie wzbudziła uzasadnionych wątpliwości w zakresie prawidłowości wyceny oferty złożonej przez Comarch.

Ad V.

W zakresie przedmiotowej części odwołania Izba przyjmując stanowisko przystępującego ustaliła, że w metodyce opracowanej przez Comarch, przyjętej na potrzeby szacowania kosztów Projektu, określono średni koszt wynagrodzenia za roboczodzień realizacji usługi dla każdej z grup kompetencyjnych (A, B i C). Zostało to przedstawione w tabeli umieszczonej w rozdziale III.1 – Wynagrodzenia i pochodne wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Stawkę tą należało przyjąć za służącą oszacowaniu, jak będzie się kształtowała średnia stawka za roboczodzień realizacji usługi, jeżeli do jej realizacji zostanie skierowana zakładana liczba osób z poszczególnych grup kompetencyjnych. Zostało to przedstawione w Tabeli 3 – Wynagrodzenia z umów. Przyjęte założenia pozwalały na wyznaczenie przewidywanego kosztu wynagrodzeń w całym okresie realizacji umowy, przy założeniu możliwości zaangażowania kolejnych osób o podobnych kwalifikacjach i podobnych wynagrodzeniach (kolumna 12 Tabela 3). Łączny koszt wynagrodzeń wynikał bezpośrednio z oszacowanej pracochłonności w roboczodniach dla wszystkich czynności wynikających z realizacji umowy oraz średniej stawki za roboczodzień realizacji usługi. Mając powyższe na uwadze, przystępujący potwierdził, że przyjęty budżet na pokrycie kosztów wynagrodzeń uwzględnia prawidłową liczbę osób z poszczególnych grup kompetencyjnych w realizacji zadań. Sugestie odwołującego w zakresie nieprawidłowej liczby osób w poszczególnych grupach kompetencyjnych nie znalazły potwierdzenia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Przy czym co istotne przystępujący wziął także pod uwagę, ryzyko konieczności zwiększenia zespołu na wypadek jego niedoszacowania. Na ten cel została zaalokowana odpowiednia rezerwa opisana w rozdziale VII.4.5 wyjaśnień ceny oferty.

Ponadto Izba uznała za słuszne wyjaśnienie przystępującego wskazujące, że uwzględnienie nieobecności pracowników nie polega na utrzymywaniu tych osób w ramach budżetu projektu, ale na zastąpieniu ich innymi osobami o podobnych kwalifikacjach i wynagrodzeniu. Tym samym chybione okazało się stwierdzenie odwołującego wskazujące, że „liczba osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia powinna być odpowiednio wyższa, w stosunku do liczby wynikającej jedynie wprost z pracochłonności”, ponieważ projekt wprost ponosi koszty pracochłonności, a nie osób, które nie realizują zadań na rzecz projektu.

Dodatkowo w tym miejscu w ocenie Izby należało odnieść się do dowodu złożonego przez odwołującego na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2022 r. tj. korespondencji prowadzonej pomiędzy członkiem zarządu odwołującego, a członkiem zarządu zamawiającego. Izba uznała przedmiotowy dowód za nieistotny, a jego nieistotność wynikała z okoliczności

proceduralnych. Warto podkreślić, że umocowany do reprezentacji w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego pełnomocnik zamawiającego złożył odpowiedź na odwołanie zawierającą wniosek o oddalenie odwołania, w której przedstawił argumentację na rzecz tego wniosku obejmującą również okoliczności związane z zarzutami odnoszącymi się do nieadekwatnej liczby specjalistów w poszczególnych grupach w stosunku do wyliczonej pracochłonności na daną grupę, nieprawidłowej struktury personelu oraz braku ujęcia w cenie oferty niezbędnych kosztów w zakresie szkolenia personelu. Stanowisko procesowe zamawiającego reprezentowanego przez odpowiednio umocowanych pełnomocników było niezmiennie przez cały czas trwania postępowania odwoławczego. W związku z tym powyżej wskazany dowód nie mógł zostać uznany za stanowisko procesowe zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego odpowiedź członka zarządu zamawiającego, która została udzielona za pośrednictwem poczty elektronicznej można było potraktować co najwyżej jako przejaw pewnego zaniepokojenia o utrzymanie ważnego projektu w obliczu sugestywnej narracji odwołującego.

Ad VI.

Jak ustaliła Izba przystępujący uwzględnił rezerwę na wzrost wynagrodzeń, na co wskazał na str. 27 wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Co więcej, biorąc pod uwagę ewentualny wzrost wynagrodzeń wynikający ze zdarzeń niemożliwych do przewidzenia, ewentualne braki budżetowe projektu można pokryć np. z „Rezerwy na inne koszty realizacji i ryzyko” (wiersz SUMA kolumny 17 Tabeli 5 Koszty projektu zawartej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny) oraz „Efektywnego zysku” (wiersz SUMA kolumny 18 Tabeli 5 Koszty projektu zawartej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny), opiewających w sumie na blisko 4,5 mln złotych. Ponadto przystępujący słusznie zauważył, iż wewnętrzne zasady kontroli budżetu projektów pozwalają na uruchomienie tego typu rezerw dopiero w przypadku braku możliwości zastąpienia tego uczestnika projektu, którego wynagrodzenie wykroczy poza zakładane ramy i stanowi zagrożenie dla utrzymania budżetu projektu, inną osobą o podobnych kwalifikacjach, ale o wynagrodzeniu mieszczącym się w ramach budżetu projektu. Poza tym na str. 27 wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępujący wskazał, że *do kalkulacji oferty Wykonawca przyjął w całym okresie wyższe wynagrodzenia średnie dla danej grupy specjalistów (Tabela 4 kolumna nr 4 i 5) niż średnie wynagrodzenie dla osób z poszczególnych grup wynagrodzeniowych - szacowanie uwzględnia prognozę wzrostu wynagrodzeń dla projektu i własne dane dotyczące systemu motywacyjnego w tym wypłaty premii. Przyjęto średni współczynnik wzrostu na poziomie ok. 5% (grupa A – 5,35%, grupa B – 4,91%, grupa C – 5,48%).*

Stanowiska odwołującego, w ocenie składu orzekającego, nie potwierdziły także dowody stanowiące załączniki do odwołania o nr 8-11. Odwołujący nie wykazał, że wyciągi z danych

publikowanych przez GUS oraz z raportu płacowego S.&S., były adekwatne w stosunku do przystępującego. Okoliczność związana z dużymi zmianami na rynku pracy, obejmującymi także wynagrodzenie we wszystkich właściwie sektorach gospodarki, wynikająca przede wszystkim z sytuacji makroekonomicznej nie wymaga szczególnych dowodów. Przy czym okoliczności te należy przełożyć na warunki działania danego przedsiębiorstwa. W tym kontekście można założyć, że przystępujący – podobnie z resztą jak odwołujący – zalicza się do „dużych graczy” na rynku usług informatycznych zarówno w sektorze komercyjnym jak i publicznym i na tym rynku utrzymuje się już od dłuższego czasu. W związku z tym w ramach swojej organizacji niewątpliwie jest w stanie wypracować rozwiązania, które są w stanie przygotować go oraz zapobiec niekorzystnym uwarunkowaniom rynkowym bardziej niż mniejsze podmioty. Tym samym zmiany wynikające z procesów gospodarczych inaczej dotyczą przedsiębiorców o różnym statusie czy też poziomie zorganizowania, w związku z tym przełożenie tych procesów na sytuacje wykonawców powinno być poparte dokumentami *stricte* odnoszącymi się do tych podmiotów.

Ad VII.

Odwołujący zdawał się sugerować, że podstawą kalkulacji kosztów projektu jest zaalokowany na projekt zespół, obejmujący również osoby, które w trakcie realizacji projektu będą nieobecne, ale jednocześnie będą w pełni obciążać zasoby projektu. Taki sposób widzenia kosztów projektu w konsekwencji powodowałby, że projekt ponosiłby pełne (projektowe) koszty nieobecności pracowników. Przystępujący wyjaśnił, że celem projektu jest realizacja jego zadań, a nie utrzymanie zespołu osób, dlatego też szacował koszty projektu w oparciu o pracochłonność wymaganą do realizacji zadań projektu. Jednostką tej pracochłonności jest osobodzień, niepowiązany z żadnym konkretnym pracownikiem. Każdy osobodzień „realizujący” zadania projektu pociąga za sobą koszty związane z realizacją tych zadań, a więc koszty wynagrodzeń oraz koszty zawarte w marży związanej z realizacją projektu (m.in. amortyzacja, ITS, koszty ogólne, rezerwy itp. - wymienione w kolumnach 5-16 Tabeli 8 Składniki pozawynagrodzeniowe wyjaśnień rażąco niskiej ceny). W dalszej kolejności przystępujący dość obrazowo wyjaśnił, że na ewentualne pytanie: „kto w takim razie utrzymuje pracowników nieobecnych lub nierealizujących żadnych zadań projektowych/przychodowych?” odpowiedź jest oczywista: wszystkie projekty przychodowe po części. W szczególności każdy osobodzień projektu Comarch jest obciążony „składką” na tzw. koszty utrzymania miejsca pracy (kolumny 5-11 Tabeli 8 Składniki pozawynagrodzeniowe wyjaśnień rażąco niskiej ceny), o wartości ustalonej przez Dział Finansowy dla poszczególnych obszarów organizacyjnych Comarch oraz rezerwą (niezależnie od akceptowalności tej nazwy) na nieobecności, która uwzględnia element wynagrodzeniowy osoby nieobecnej – proporcjonalnie do udziału okresu absencji osoby

w jednostce pracochłonności projektu (kolumna 14 Tabeli 8 Składniki pozawynagrodzeniowe wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Liczba osobodni projektowych, czyli pracochłonność projektu, nie ulega zmianie, zmianie ulega jedynie skład zespołu realizującego. Pracownik nieobecny w projekcie ani nie wykonuje zadań tego projektu, ani nie korzysta (i nie może korzystać) z zasobów tego projektu, a w związku z tym projekt nie utrzymuje tego pracownika w takim zakresie, w jakim utrzymuje pracowników aktualnie realizujących zadania projektu. Przykładowo, nie można pracownikowi nieobecnemu przypisywać kosztów infrastruktury projektu, ponieważ nie korzysta on z tej infrastruktury.

Przystępujący wskazał także, że cała zatem kalkulacja odwołującego została oparta o błędne odczytanie wyjaśnień rażąco niskiej i błędne rozumienie zasad budżetowania projektów w Comarch (przynajmniej w zakresie sposobu finansowania nieobecności uczestników projektu i tym samym nierealizowania przez nich zadań projektu). W wyniku nieznamomości zasad budżetowania projektów Comarch, a w szczególności źródła finansowania nieobecności pracowników lub uczestniczenia tych pracowników w przedsięwzięciach nieprzychodowych, odwołujący wyciągnął nieuprawniony wniosek o rzekome niepełne obciążenie projektu kosztami absencji pracowników. Przystępujący wyjaśnił, że jego doświadczenie wskazuje, że przy tworzeniu zespołu najlepiej sprawdza się podejście projektowe oparte o zarządzanie zespołami projektowymi – budowanie koszyka kompetencji. Przy realizacji każdego projektu ważna jest jego efektywność w postaci optymalizacji kosztów wynagrodzeń i możliwej do uzyskania stopy zwrotu.

Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie znalazła powodów do zakwestionowania powyżej wskazanej argumentacji przystępującego, uznając ją za logiczną i wynikową. Tym samym argumentacja odwołującego okazała się niewystarczająca do uznania zarzutu zaofiarowania rażąco niskiej ceny za uzasadniony.

Ad VIII.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Izba przyjęła za własne stanowisko zamawiającego i stwierdziła, że odwołujący w odniesieniu do szkoleń bazował na mylnym założeniu, że wszystkie szkolenia jakie ma przeprowadzać wykonawca względem personelu biorącego udział w realizacji przedmiotowego zamówienia powinny być alokowane w kosztach kontraktu. Trzeba mieć na uwadze fakt, że zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby osoby biorące udział w realizacji zamówienia były zatrudnione na wyłączność tylko na tym kontrakcie. Wymaganie takie, niekiedy stawiane w postępowaniach dotyczących KSI, były skutecznie eliminowane przez środki ochrony prawnej. W tym kontekście trudno wymagać, aby wszystkie szkolenia pracownicze były finansowane ze środków pochodzących z jednego kontraktu. W związku z tym podane przez przystępującego rezerwy należało uznać za wystarczające. Ponadto skład orzekający doszedł do przekonania, że

nieprawidłowe było założenie stanowiące, że znaczna liczba pracowników Comarch będzie wymagała szkoleń w toku realizacji umowy. Okoliczność ta znalazła poparcie w opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie personelu wykonawcy oraz kryteriach oceny ofert. Już na etapie składania ofert do realizacji umowy zostali wskazani w ofercie (z imienia i nazwiska) specjaliści o odpowiednich kompetencjach (24 osoby), a nadto przystępujący pomyślnie przeszedł testy kompetencji technicznych (zajmując pozycję *ex aequo* z odwołującym). Twierdzenie, że dla personelu przystępującego będą potrzebne liczne, kosztowne szkolenia okazało się zbyt daleko idące. Poza tym Izba nie znalazła żadnych przesłanek, które uzasadniałyby alokację kosztów tych szkoleń wyłącznie na kontrakcie z zamawiającym.

Izba nie dopatrzyła się także sprzeczności w uwzględnieniu w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny ryzyka niedoszacowania kompetencji zespołu i uwzględnienia odpowiedniego buforu kosztowego na ten cel, z twierdzeniem, że szkolenia te nie będą potrzebne w skali wskazywanej w odwołaniu. Przewidzenie takiej rezerwy należało traktować jako przejaw pewnej ostrożności i nie można było z tego wywieść, że wszyscy członkowie zespołu wymagają szkoleń.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty CUD Sp. z o.o. zamawiający zasadnie podkreślił odmienną uwarunkowań w obu postępowaniach. Przede wszystkim CUD Sp. z o.o. w ogóle nie przewidział rezerwy na szkolenia w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a dopiero w toku postępowania odwoławczego twierdził, że uwzględnił w wyjaśnieniach również szkolenia personelu, co Izba zakwalifikowała jako zmianę treści wyjaśnień (*vide* str. 51 uzasadnienia wyroku KIO 142/22). Nie można też pominąć, że usługi ciągłości działania dla środowiska mainframe mają ściśle technologiczny charakter, a zamawiający w SWZ przewidział szereg zmian, w tym dopuścił zmianę producenta oprogramowania. Wiązało się to z koniecznością doszkolenia personelu.

Ad IX.

Izba ustaliła, że przystępujący w rozdziale IV wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymienił elementy składowe środowiska deweloperskiego i środowiska weryfikacji kodów źródłowych, w tym sprzęt i oprogramowanie. Wyjaśnienia zawarte w przedmiotowym fragmencie zostały poparte dokumentem z dnia 18 czerwca 2021 r. pn.: *Informacja Comarch Data Center dot. zapewnienia infrastruktury techniczno-systemowej*, stanowiącym załącznik nr 5 do wyjaśnień. Ponadto przystępujący składając ofertę skorzystał jako z podwykonawcy z usług Comarch Data Center (zwanego dalej nadal jako: „CDC”). Zamawiający nie narzucił w treści SIWZ, w jaki sposób wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni zapewnić infrastrukturę techniczno-systemową (zwaną dalej nadal jako: „ITS”). Przystępujący wycenił ITS w formie usługi, tj. zapewnienia przez ośrodek przetwarzania danych zdefiniowanego na

potrzeby realizacji usługi ITS, natomiast odwołujący zaprezentował w swoim odwołaniu inny model zakupowy. Izba doszła do przekonania, że obaj wykonawcy rzeczywiście zaoferowali odmienne modele realizacji przedmiotowej usługi, tym samym załączone do odwołania dowody w zakresie tego zarzutu okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, ponieważ nie dotyczyły sposobu świadczenia usługi, jaki został założony przez przystępującego. Dodatkowo skład orzekający stwierdził, że zarzutu rażąco niskiej ceny nie potwierdziły także pozostałe dowody złożone w tym zakresie przez odwołującego na posiedzeniu w dniu 13 kwietnia 2022 r. oznaczone nr 4 i 5.

Jeśli chodzi o dowód nr 4 Izba uznała, że oferta POLCOM S.A. z 12 kwietnia 2022 r. nie dotyczyła konfiguracji przewidzianej w ofercie przystępującego oraz nie korespondowała z założeniami projektowymi przystępującego. Zasadnicza różnica cenowa pomiędzy ofertą POLCOM, a ofertą CDC dotyczącą zapewnienia ITS z 18 czerwca 2022 r. zdawała się wynikać z faktu, iż ITS dla przystępującego będzie przeznaczony – oprócz realizacji umowy na rozwój i utrzymanie PUE – także do innych projektów, realizowanych w Grupie Kapitałowej Comarch (GK Comarch). Przystępujący wskazywał już w rozdziale IV wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że taka okoliczność pozwala mu na optymalizację (podział) kosztów ITS pomiędzy inne projekty. W treści wyjaśnień przystępujący wskazał – *Wyjaśniamy, iż powyższa infrastruktura będzie zapewniona na potrzeby realizacji zamówienia przez Comarch Data Center (CDC). Poszczególne środowiska zostaną zbudowane w oparciu o serwery i oprogramowanie wymienione powyżej oraz infrastrukturę sieciową i bezpieczeństwa współdzieloną w ramach CDC.* Model udostępnienia ITS przez CDC zakłada, że zasoby składające się na ITS będą wykorzystywane do jeszcze innych projektów zarówno w warstwie infrastruktury fizycznej, warstwie serwerów wirtualnych i oprogramowania narzędziowego do nich, jak i warstwie oprogramowania. Z kolei w oparciu o ofertę POLCOM można zakładać, że ITS w nim wymieniony będzie współdzielony wyłącznie w warstwie infrastruktury fizycznej i warstwie wirtualnej, ale już nie w warstwie oprogramowania. Wymieniona różnica w zakresie współdzielenia zasobów rzutowała na ceny jakie zostały zaprezentowane w ofercie POLCOM i ofercie CDC dla przystępującego. Węższy zakres współdzielenia (rozkładu kosztów powodował, że cena POLCOM była wyższa niż cena Comarch Data Center. Dodatkowo należało pokreślić, że przedmiotowy dowód potwierdził pośrednio okoliczność skłaniającą do stwierdzenia, że firmy świadczące usługi udostępniania infrastruktury nie przedstawiają szczegółowych kalkulacji cenowych, bo byłoby to sprzeczne z ideą świadczenia takiej usługi. Świadczona usługa jest rozliczana miesięcznie w ramach opłaty, abonamentu.

W przypadku dowodu nr 5 tj. zapytania odwołującego i oferty Software AG Polska Sp. z o.o. z 12 kwietnia 2022 r. skład orzekający zauważył, że odwołujący w swoim zapytaniu z jakim

zwrócił się do firmy Software AG Polska Sp. z o.o. poprosił m. in. o wyjaśnienie czy możliwe jest współdzielenie środowiska z innymi projektami (pytanie nr 4). Software AG Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie złożonej w odpowiedzi na zapytanie odwołującego nie odniosła się do tej kwestii. W związku z tym, zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, że niemożliwe jest współdzielenie środowiska z innymi projektami. Odnośnie tej okoliczności ciężar dowodu spoczywał na wywodzącym skutki prawne, czyli w tej sytuacji na odwołującym. Odwołujący w tym aspekcie nie udźwignął ciężaru dowodu ponieważ nie przedstawił dowodu, z którego wyraźnie wynikałoby, że takie współdzielenie jest niemożliwe. Ponadto okoliczność, że Comarch S.A. (podwykonawca), nie posiadał wykupionej na moment rozstrzygnięcia subskrypcji na oprogramowanie WebMethods nie oznaczała, że przystępujący nie uwzględnił tego kosztu w cenie oferty. Trudno było oczekiwać od przystępującego, aby w momencie składania oferty w postępowaniu przetargowym dysponował kompletnym środowiskiem ITS. Poza tym nie można wykluczyć, że do momentu ewentualnego rozpoczęcia realizacji zamówienia nie będzie miał możliwości współdzielenia tego oprogramowania z innymi projektami. Dodatkowo Izba ustaliła, że w ramach kryterium testu kompetencji technicznych o wadze 30% przeprowadzone zostały testy kompetencji w zakresie utrzymania i rozwoju systemu, podczas którego sprawdzana była znajomość m. in. technologii WebMethods. Przystępujący w ramach zadania nr 1 wchodzącego w skład przedmiotowego kryterium obejmującego WebMethods oraz Postgres – wydajność usług, otrzymał 10 pkt, co oznaczało, że ta technologia jest mu znana i ma doświadczenie w jej stosowaniu. Podsumowując Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania twierdzenia, że przystępujący uwzględnił w ofercie wszelkie koszty ITS - Środowiska deweloperskiego, Środowiska weryfikacji kodów źródłowych – niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym także WebMethods.

Ad X.

W ocenie składu orzekającego przedmiotowy zarzut został przedstawiony w sposób gołosłowny i lakoniczny. Tabeli zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie można było analizować bez odniesień zawartych w tekście wyjaśnień. W uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu odwołujący nie opisał w jaki sposób i dlaczego konkretne tabele lub ich poszczególne pozycje były niezrozumiałe w stosunku do złożonych wyjaśnień, poza jednym podanym dość enigmatycznie przedstawionym przykładem, co nie mogło spowodować uznania zarzutu za zasadny.

Ad XI.

Odwołujący twierdził, że wszelkie dowody składane na potwierdzenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny pochodzić sprzed daty składania ofert i próbował forsować nieznaną Pzp prekluzję dowodową w tym zakresie. Jak słusznie zwrócił uwagę w tym

zakresie zamawiający twierdzenia takie były o tyle nieuprawnione, że odwołujący chcąc wesprzeć swoją argumentację dotyczącą wyjaśnień przystępującego w zakresie ITS posłużył się ofertami pozyskanymi nie tylko bezpośrednio po złożeniu ofert, ale znacznie później. Za oczywiste należało uznać, że wykonawcy kalkulując ceny ofert analizują koszty realizacji zamówienia korzystając często z wewnętrznych kalkulatorów firmowych, a nie zajmują się gromadzeniem materiału dowodowego dla poczet przyszłych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i ewentualnej obrony swojego stanowiska przed Izba.

Podsumowując powyższą argumentację Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp należało oddalić.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 2 Izba stwierdziła, że w sformułowaniach zawartych w załączniku nr 5 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty nie miały miejsce wskazywane przez odwołującego sprzeczności, a wyjaśnienia przystępującego należało uznać za spójne. Odwołujący zdaniem składu orzekającego w sposób niezasadny i zbyt daleko idący zinterpretował oświadczenie zawarte w załączniku nr 5 do wyjaśnień. Otóż sformułowanie „utrzymania w ciągłej zdolności eksploatacyjnej zasobów ITS dedykowanych na potrzeby ZUS” należało interpretować jako wskazanie, że będzie to zasób ITS, który będzie przeznaczony na potrzeby realizacji umowy na rozwój i utrzymanie PUE. Jednakże zasób ten znajduje się na współdzielonych zasobach IT stanowiących platformę do realizacji usługi i klient (w tym wypadku Comarch Polska), będzie ponosił koszt za zasoby, z których będzie korzystał. Słowo dedykowany oznaczało kompletne środowisko zdefiniowane/przeznaczone na potrzeby projektu, zapewniające moc obliczeniową, pamięć masową i niezbędne oprogramowanie przeznaczone do realizacji umowy. Zdefiniowane środowisko to wynik logicznego podziału procesorów, pamięci wewnętrznej i zasobów sprzętowych komputera pomiędzy środowiskami w infrastrukturze CDC, dzięki czemu każde środowisko może funkcjonować niezależnie od pozostałych, dysponując własnym systemem operacyjnym i własnymi aplikacjami. Przystępujący wykazał brak rażąco niskiej ceny w swoich wyjaśnieniach, a słowo „współdzielenie” należało traktować jako ściśle związane ze środowiskiem świadczonej usługi udostępnienia wymaganych zasobów IT przez CDC, które znajduje się na współdzielonych zasobach IT stanowiących platformę do realizacji usługi. Tym samym Izba oddaliła zarzut art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący:

.....

.....