

**Sygn. akt: KIO 2284/19**

**Sygn. akt: KIO 2288/19**

**WYROK**  
**z dnia 2 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Magdalena Grabarczyk  
Bartosz Stankiewicz

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2019 r., 26 listopada 2019 r. i 27 listopada 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 12 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** (KIO 2284/19),
- B. w dniu 12 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** (KIO 2288/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa,**

przy udziale:

1. wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19,
2. wykonawcy Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2288/19,
3. wykonawcy Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2284/19,

**orzeka:**

- 1.1. **uwzględni odwołanie o sygn. akt: KIO 2284/19** w zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego przyznania punktów ofercie wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w kryterium „dodatkowe doświadczenie głównego architekta” i „dodatkowe doświadczenie głównego projektanta”,
- 1.2. **uwzględni odwołanie o sygn. akt: 2288/19** w zakresie:
  - 1.2.1. zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia złożonych przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. następujących dokumentów: wykaz osób złożony wraz z ofertą, wykaz osób złożony w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny,
  - 1.2.2. zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia złożonych przez wykonawcę Sygnity S.A. następujących dokumentów: wykaz osób złożony wraz z ofertą, załącznik do JEDZ, wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny,
  - 1.2.3. zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd poprzez wskazanie w wykazie usług, że w zakres usługi wykonywanej na rzecz GITD wchodziło rozpoznawanie skutków awarii sprzętu,
  - 1.2.4. zarzutu dotyczącego zaniechania podania uzasadnienia dla przyznania punktów w kryterium pozacenowym,
  - 1.2.5. zarzutu dotyczącego zaniechania wskazania w protokole postępowania załączników,
- 1.3. w wyniku uwzględnienia ww. odwołań **nakazuje zamawiającemu:**
  - 1.3.1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.,
  - 1.3.2. wykluczenie wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych,
  - 1.3.3. odtajnienie złożonego przez wykonawcę Sygnity S.A. wykazu osób złożonego wraz z ofertą, załącznika do JEDZ oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny z wyłączeniem wskazanych w tych dokumentach imion i nazwisk,
  - 1.3.4. wskazanie wszystkich załączników w protokole postępowania.
- 1.4. w pozostałym zakresie **oddala odwołania o sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19,**

- 1.5. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2284/19 w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przyznania ofercie wykonawcy Sygnity S.A. punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu” z uwagi na jego cofnięcie przez odwołującego,
- 1.6. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2288/19 w zakresie:
  - 1.6.1. zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie usługi wskazanej w pkt 4 wykazu usług, z uwagi na jego cofnięcie przez odwołującego,
  - 1.6.2. zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia odwołującemu pisma skierowanego do wykonawcy Sygnity S.A. na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, z uwagi na jego cofnięcie przez odwołującego.
2. w sprawie o sygn. akt **KIO 2284/19** kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**, na rzecz odwołującego **Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), z tytułu kosztów wpisu od odwołania,
3. w sprawie o sygn. akt KIO **2288/19** kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa, i:**
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**, na rzecz odwołującego **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z tytułu kosztów wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 2284/19**

**Sygn. akt KIO 2288/19**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie pn. „Budowa, utrzymanie i rozwój systemu Krajowego Systemu Zadłużonych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2019 r., nr 2019/S 064-149398. W postępowaniu złożone zostały 4 oferty, z których jedna została ostatecznie odrzucona.

W dniu 31 października 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa (dalej: „Pentacomp”) z ceną 15.978.375,85 zł. Ponadto zamawiający podał wyniki oceny ofert, z których wynikało, że na kolejnych miejscach w klasyfikacji ofert znalazły się odpowiednio:

- 2) oferta Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (dalej: „Sygnity”), z ceną 18.578.535,00 zł,
- 3) oferta Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej: „Asseco”) z ceną 30.997.537,50 zł.

W dniu 12 listopada 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

- A. wykonawcę Sygnity (KIO 2284/19),
- B. wykonawcę Asseco (KIO 2288/19).

### **Odwołanie wniesione przez Sygnity S.A. – KIO 2284/19:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Pentacomp, pomimo że oferta tego wykonawcy nie zawiera najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (wykonawcy temu zamawiający w sposób bezpodstawny przyznał dodatkowe punkty, zaś odwołującego zamawiający dodatkowych punktów pozbawił), a ponadto powinna zostać odrzucona,
- 2) art. 26 ust. 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Pentacomp do uzupełnienia w zakresie konieczności wykazania niezbędnej

wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 7.2.1 ppkt 1) siwz, a w przypadku niesprostania temu wezwaniu - konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania,

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z nieodrzuconiem oferty Pentacomp, w której istotna część zaoferowanej ceny stanowi rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastosowane nieuprawnionej inżynierii cenowej w treści złożonej oferty,
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Asseco, pomimo, że brał on udział w przygotowaniu postępowania, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie zostało usunięte w inny sposób.

W szczególności odwołujący Sygnity podniósł, co następuje.

- 1)** Bezpodstawne nieprzyznanie odwołującemu punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu”.

„Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz osób, w którym wskazał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu osobą dedykowaną na stanowisko Kierownika Projektu, spełniającą wymagania określone w pkt 7.2.2 SIWZ. Jednocześnie wskazano również dla tej osoby dodatkowe doświadczenie w roli kierownika projektu w projekcie dotyczącym modyfikacji systemu teleinformatycznego wspierającego procesy w postępowaniach sądowych i prokuratorskich. Udział w tym projekcie mieścił się w ciągu wymaganego 5-letniego okresu sprzed terminu otwarcia ofert. Z tego też względu - biorąc pod uwagę, że z perspektywy Odwołującego udowodnione zostało spełnienie wszystkich warunków uprawniających go do otrzymania dodatkowych punktów w tym kryterium zdziwienie nasze budzi fakt nieuwzględnienia tej okoliczności w przekazanych nam wynikach oceny ofert. Wskazujemy, iż ewentualne przyznanie nam dodatkowych 5 pkt w kryterium „Dodatkowe doświadczenie kierownika projektu” spowodowałoby, iż oferta Odwołującego otrzymałaby najwyższą punktację ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a zatem to jego oferta powinna być przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Niestety, z nieznanym Odwołującemu przyczyn - informacja w tym względzie nie znajduje się w udostępnionej Wykonawcy części dokumentacji przetargowej - Zamawiający zaniechał przyznania Odwołującemu punktów w tym kryterium, co w naszej ocenie prowadzi do oczywistego wniosku o nieprawidłowej ocenie ofert, która w przypadku jej poprawnego przeprowadzenia, prowadziłaby do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sygnity.”

- 2)** Bezpodstawne przyznanie punktów wykonawcy Pentacomp w kryterium „dodatkowe doświadczenie Głównego architekta” i „dodatkowe doświadczenie Głównego projektanta”.

„Z odtajnionej i udostępnionej Odwołującemu dokumentacji postępowania wynika, że:

- a) Zamawiający w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy wezwał Pentacomp do wyjaśnień w zakresie doświadczenia dotyczącego osoby, która została przez tego wykonawcę desygnowana do pełnienia funkcji Głównego architekta oraz Głównego projektanta,
- b) z wezwania do wyjaśnień wynika, iż Pentacom wykazał w pierwotnym wykazie osób - dla obu ról Głównego architekta oraz Głównego projektanta - doświadczenie w roli architekta / projektanta, a nie głównego (wiodącego) architekta i głównego (wiodącego) projektanta.

Takiego działania w żaden sposób nie da się traktować, jako omyłki, która podlega wyjaśnieniu/usunięciu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Pentacomp złożył bowiem wykaz osób, który potwierdza posiadanie doświadczenia w innych rolach, a nie tych wymaganych przez Zamawiającego, co nie pozwala przyznać temu wykonawcy dodatkowych punktów w przywołanych wyżej kryteriach. Zamawiający zauważając tę okoliczność, w sposób absolutnie bezpodstawny i niezrozumiały wobec ustalonych ograniczeń dotyczących możliwości zmiany pierwotnego wykazu doświadczenia uznał, iż ma do czynienia z błędem w wykazie, który można poprawić w trybie wyjaśnień.

Tymczasem należy jednoznacznie stwierdzić, iż z całą pewnością nie mamy do czynienia z omyłką, ale z okolicznością, że treść pierwotnego wykazu nie potwierdzała, iż Pentacomp posiada doświadczenie, które daje Zamawiającemu możliwość przyznania punktów. Złożony wykaz osób mógłby zostać co najwyżej poprawiony lub uzupełniony trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jednak z uwagi na treść SIWZ dopuszczalne byłoby to wyłącznie w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. co do części A wykazu.

W części „B” natomiast, odnoszącej się do możliwości uzyskania dodatkowej punktacji, Zamawiający wyraźnie taką możliwość ograniczył wskazując, co przywołane jest już powyżej, że: Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty tylko i wyłącznie za osoby podane w pierwotnym wykazie załączonym do oferty i jednocześnie spełniające warunki udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wykazanego w pierwotnym wykazie doświadczenia o zakresie określonym w niniejszym kryterium. (...)

Pentacomp, co prawda podnosi, że wskazana rola „architekta/projektanta” jest wynikiem omyłki, ale nawet, gdy tak uznać, to do jej poprawienia w treści wykazu osób niezbędne byłoby jego uzupełnienie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, a tego - jak wskazano powyżej - Zamawiający zrobić nie może. Zezwoliłby przecież wówczas na niedopuszczalną zmianę „wykazanego w pierwotnym wykazie doświadczenia o zakresie określonym w niniejszym kryterium”. W tej sytuacji przyjąć należy, iż Zamawiający w sposób bezprawny przyznał Pentacomp dodatkowe 20 pkt, których wykonawca ten nie powinien otrzymać.”

**3)** Zaniechanie wezwania wykonawcy Pentacomp do uzupełnienia wykazu usług, a w przypadku jego nieuzupełnienia – wykluczenia tego wykonawcy.

„W wykazie usług na potwierdzenie spełnienia tego warunku Pentacomp wskazał trzy usługi zrealizowane na rzecz: GITD, CSIOZ oraz MF. Biorąc powyższe pod uwagę oraz treść dołączonych dokumentów referencyjnych należy wskazać, iż ww. usługi nie potwierdzają realizacji usług zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego.

Odnosnie usługi realizowanej na rzecz GITD, to na potwierdzenie prawidłowej realizacji tej usługi Pentacomp przedłożył referencję wystawioną w toku realizacji przedmiotu Umowy oraz protokół odbioru Fazy 5 Etapu III Projektu. Należy wyraźnie wskazać, iż na podstawie tych dokumentów Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia. O ile referencja, jak wspomniano, wystawiona została po pierwszym etapie prac, to z jej treści wyraźnie wynika, iż usługa nie została jeszcze wykonana. Z kolei protokół jednej z faz określonego etapu bez jednoczesnego przekazania treści łączącej strony umowy oraz pozostałych protokołów odbioru potwierdzających należyłą realizację pozostałych etapów i faz nie jest wystarczający do stwierdzenia, czy w toku realizacji prac nie zaistniały okoliczności, które przeczyłyby tezie o należyтым wykonywaniu tej umowy. Biorąc to pod uwagę, usługa ta nie może być brana przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do usługi zrealizowanej na rzecz CSIOZ pragniemy stwierdzić, iż przedmiotem tej umowy było wsparcie Zamawiającego w utrzymaniu systemów teleinformatycznych, a przynajmniej tak wynika z treści umowy łączącej strony tej umowy, której wzór jest publicznie dostępny na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem:

[https://www.csioz.gov.pl/fileadmin/user\\_upload/zal\\_nr\\_2\\_do\\_siwz\\_wzor\\_urnowy\\_57494ef007853.pdf](https://www.csioz.gov.pl/fileadmin/user_upload/zal_nr_2_do_siwz_wzor_urnowy_57494ef007853.pdf). Wynika z niej, iż co do zasady po pierwsze umowa ta ma charakter umowy na time&material i polega na realizacji przez Pentacomp zadań zleczanych przez Zamawiającego, po drugie zaś zakres tych zadań tylko częściowo związany jest z realizacją prac w odniesieniu do systemu P1, pozostała część odnosi się do prac w zakresie utrzymania systemów CSIOZ. Co więcej, jak wynika z samej treści referencji przedmiotem zleceń nie była budowa i wdrożenie systemu e-recepty, a wyłącznie wsparcie Zamawiającego w realizacji tych prac. Oznacza to, że de facto przedmiot umowy realizowanej przez Pentacomp oraz charakter realizowanych usług był inny niż opisany w wymaganiu. Nie jest też w żaden sposób udowodnione, iż wartość Zleceń związanych z realizacją prac w odniesieniu do tej usługi osiągnął w sumie pułap wymagany przez Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że również i ta usługa nie powinna być zakwalifikowana przez Zamawiającego jako spełniająca wymagania określone przez Zamawiającego.

Ostatnią z wykazanych w tym zakresie usług jest usługa realizowana na rzecz GITD w zakresie System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL. Jak wynika z treści dołączonej do wykazu referencji system ten był wdrażany i modyfikowany



przez kilka lat. Od kilku też lat, jak wynika z dołączonych dodatkowo protokołów odbioru świadczone są dla systemu usługi utrzymania. Należy stwierdzić, iż z treści wykazu ani z treści referencji nie wynika, iż opisywany system EMCS PL, został zrealizowany już kilka lat temu. Usługi opisane w zbiorczej referencji udzielonej Pentacompowi przez Ministerstwo Finansów były realizowane w oparciu o kilka co najmniej umów (stanowiących nomen omen wynik odrębnie udzielanych zamówień publicznych), a łączące się ze sobą wyłącznie przedmiotem prac.”

**4)** Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pentacomp z powodu rażąco niskiej ceny oraz z powodu tego, iż złożenie jego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

„wartość utrzymania jaką wykazał Pentacomp jest niewspółmiernie niska w stosunku do zakresu zadań, a w ślad za tym koniecznego zaangażowania zespołu dedykowanego do tego celu. (...)

**a)** udzielanie wsparcia Administratorom Systemu oraz użytkownikom wskazanym w Załączniku nr 4 do Umowy:

W ramach wsparcia dla Administratorów, wymagana jest dyspozycyjność konsultantów o wysokich kompetencjach technicznych (16 godzin dziennie 7 dni w tygodniu w przypadku Administratorów lub 9 godzin dziennie 5 dni w tygodniu w przypadku użytkowników wewnętrznych). (...)

Wykonawca w wycenie musiał uwzględnić fakt, że w ramach grupy Administratorów mamy do czynienia z 40 pracownikami sądów rejonowych, natomiast grupa Użytkowników Wewnętrznych jest to ponad 1000 pracowników Resortu Sprawiedliwości, a wymóg wsparcia może objąć kilka lokalizacji w tym samym czasie. Takie założenie jest absolutnie konieczne zwłaszcza na okoliczność, że przedmiotem projektu jest zbudowanie nowego systemu, a utrzymywanie nowego systemu w początkowym okresie jego funkcjonowania z założenia wymaga zdecydowanie większej uwagi i wymiaru usług wsparcia.

Nie bez znaczenia dla realizacji tego zadania, a w ślad za tym dla kosztów, jest poziom kompetencji osób dedykowanych do jego realizacji. (...)

Dodatkowo w ramach wymienionego zadania a) zgodnie z przywołanym Załącznikiem nr 4 w ramach obsługi wsparcia użytkowników systemu KRZ, wymagane jest wsparcie dla Użytkowników branżowych oraz Użytkowników zarejestrowanych, w trybie 12 godzin w dni robocze (7:30 - 19:30). Wymagany czas realizacji zgłoszeń to 6 godzin, tj. przykładowo, od chwili otrzymania np. mailowego czy telefonicznego zgłoszenia / zapytania/ prośby o wsparcie itp. Wykonawca ma obowiązek jego realizacji nie później niż do 6 godzin od otrzymania (w przypadku użytkowników branżowych ten czas jest jeszcze krótszy, bo wynosi do 5 godzin). Istotne jest, że grupa objęta tym wsparciem liczona jest w dziesiątkach tysięcy użytkowników co wymaga zapewnienia odpowiedniej ilości konsultantów również w trybie zmianowym.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe wymagania należy wskazać, że dedykowane dla tych potrzeb zadania wymagają ok. 5-ciu osobomiesięcy zaangażowania konsultantów Wykonawcy. Uwzględniając jednak możliwości współdzielenia zasobów w ramach tego zadania Odwołujący założył, że absolutnym minimum jest założenie pracochłonności (osoby o różnych kompetencjach) na poziomie 3 osobomiesięcy.

**b)** rozpoznawanie przyczyn i usuwaniu Błędów Systemu oraz skutków Błędów Systemu, rozpoznawaniu skutków awarii sprzętu dla Systemu, a także wszelkich negatywnych skutków spowodowanych korzystaniem z błędnie działających zmodyfikowanych wersji Systemu we wszystkich lokalizacjach, w których funkcjonuje System, mające na celu przywrócenie pełnej funkcjonalności i wydajności Systemu, zgodnie z Załącznikiem nr 5 do Umowy:

W zakresie usuwania błędów oraz awarii Systemu KRZ ustalono bardzo restrykcyjne SLA, gdzie dla kategorii Awaria, Wykonawca ma zaledwie 4 godziny zegarowe, a w przypadku Błędu Krytycznego 8 godzin zegarowych na jego poprawę - wszystkie czasy liczone są w oknie 24/7. Tak zdefiniowane kryteria obsługi błędów wymagają ciągłej dostępności konsultanta 24/7 (tryb zmianowy). Dodatkowo w ramach poprawy zgłoszenia Wykonawca musi dysponować również kompetencjami całego zespołu wytwarzania oprogramowania (oczywiście w różnym wymiarze), które pozwolą na bardzo szybką merytoryczną analizę zgłoszenia, jego poprawę i wdrożeniu poprawki na środowiska produkcyjne, a to wszystko w założonym oknie czasowym 24/7. W ocenie Wykonawcy, aby spełnić w/w wymagania, należy przewidzieć zaangażowanie wymienionych kompetencji, a w szczególności niektóre zabezpieczyć w trybie zmianowym, w sumie na nie mniejszym poziomie niż 4 osobomiesiące.

**c)** Monitorowanie konieczności instalacji poprawek, instalowanie i wdrażanie poprawek/nowych wersji technologicznych lub nowych rozwiązań technologicznych na środowiskach technologicznych Systemu oraz dokonywanie niezbędnych zmian konfiguracyjnych środowisk na zasadach określonych w Załączniku nr 7 do Umowy.

W zakres tego punktu wchodzi m.in. bieżąca analiza dedykowanych witryn internetowych, forów, grup tematycznych pod kątem zaleceń „podnoszenia” wersji zainstalowanego oprogramowania, zarówno ze względu na rekomendację producentów oprogramowania jak i w wyniku testów bezpieczeństwa przeprowadzonych przez Zamawiającego. (...)

Jak widać przewidziany zakres jest bardzo obszerny, dlatego analiza wszystkich punktów, a następnie rekomendacje i instalacje na wszystkich środowiskach Zamawiającego zgłoszonych poprawek powoduje spory nakład czasowy, który Wykonawca musi zabezpieczyć w postaci zagwarantowania dostępności odpowiednich kompetencji w postaci architekta czy też projektanta systemów informatycznych.

Zdaniem Wykonawcy, aby spełnić oczekiwania Zamawiającego w zakresie szybkiej reakcji i wymaganej comiesięcznej rekomendacji Zamawiającemu listy koniecznych poprawek wymagany jest udział wymienionych powyżej ról projektowych przynajmniej na poziomie 0,5 etatu. Należy zwrócić uwagę, że takie minimalne pół etatu to dodatkowe potrzeby, tj. inne niż przewidziane czasowo dla zadań z punktu a) i b).

**d) Aktualizacja Dokumentacji na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy, związana z realizacją wsparcia eksploatacji, świadczeniem serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu:**

Aktualizacja dokumentacji jest wymagana w ramach czynności, które zostaną wykonane w zakresie utrzymania systemu KRZ (tj. w ramach zadań i czynności z punktów a, b oraz c). Ze względu na fakt, że dokumentacja dostarczona w ramach systemu KRZ jest bardzo obszerna i jej aktualizacja dotyczyć będzie różnych obszarów tematycznych (dokumentacja analityczna/projektowa/testowa itp.), Wykonawca powinien zabezpieczyć czas, a w ślad za tym środki (koszty) na jej aktualizację, przewidując do tego zaangażowanie wszystkich osób z wiedzą w danym obszarze dokumentacji. Biorąc pod uwagę jej skalę dla realizacji tego obowiązku należy założyć minimalny poziom kosztów równy jednemu osobomiesięcowi prac.

**e) Zarządzanie projektem - etap utrzymania:**

Dla realizacji tego obowiązku do zestawienia koniecznego zaangażowania czasu na potrzeby realizacji utrzymania założyć należy co najmniej 0,1 osobomiesiąca zaangażowania kierownika projektu oraz 0,4 osobomiesiąca zaangażowania kierownika ds. utrzymania (mimo, że sam Odwołujący - z doświadczenia realizacji projektów - jest głęboko przekonany, że dla tego typu projektu (utrzymanie nowo powstałego tak dużego systemu) powinno się dedykować jedną osobę w pełnym zakresie do jego zarządzania). Oznacza to, że minimalny wymiar zaangażowania dla realizacji tego obowiązku to przynajmniej 0,5 osobomiesiąca zaangażowania konsultanta.

(...) sumaryczne zabezpieczenie kompetencji na poziomie 9 etatów miesięcznie stanowi absolutne minimum. (...)

już sam fakt konieczności zaangażowania kilku ról projektowych, nawet przy założeniu np. pełnienia przez jedną osobę dwóch czy trzech ról projektowych nie zmienia faktu, że szacując zaangażowanie udziału danych ról nie tylko w pełnym wymiarze czasu pracy to i tak poziom zaangażowania liczony łącznie w osobomiesięcach jest bliższy 10 osobomiesięcom niż 5-ciu osobomiesięcom. Natomiast z oferty Pentacomp wynika, że stosując podaną przez niego stawkę za roboczogodzinę (123 pln brutto), w wartości utrzymania miesięcznej wynoszącej 54.645,21 pln brutto (przy założeniu 160 RBH w skali miesiąca), jest w stanie zapewnić utrzymanie dla niespełna 3 osób (2,78 etatu). (...)

Wartym podkreślenia jest fakt, jak wyglądają wartości oferty w stosunku do otoczenia konkurencyjnego:

| Lp. | Nazwa Wykonawcy | Łączna cena oferty<br>PLN brutto | w tym: wartość<br>przeznaczona na<br>utrzymanie (36 m-cy)<br>PLN brutto | utrzymanie w skali<br>miesiąca PLN<br>brutto | % udziału<br>utrzymania w<br>stosunku do całej<br>oferty |
|-----|-----------------|----------------------------------|---|--|--|
| 1   | Pentacomp       | 15 978 377,35                    | 1 967 227,56  | 54 645,21                                    | <b>12,31</b>   |
| 2   | Sygnity         | 18 578 535,00                    | 5 092 200,00  | 141 450,00                                   | 27,41  |
| 3   | Asseco          | 30 997 537,50                    | 7 527 600,00  | 209 100,00                                   | 24,28  |

Z powyższego wynika, że już tylko wyliczając matematycznie wynika, że Pentacomp przeznaczył na zadanie utrzymania systemu niewspółmiernie mniej środków, bo jedynie 12,3%, podczas, gdy u pozostałych oferentów procentowy udział tego zadania jest co najmniej dwukrotnie wyższy. Wartym podkreślenia jest fakt, że w ramach oferty Pentacomp większość pozycji jest porównywalna z ofertą Sygnity za wyjątkiem zdecydowanie niedoszacowanej wyceny zadania związanego z utrzymaniem systemu. Wydaje się więc oczywistym, że przy tak istotnej różnicy tej pozycji cenowej pomiędzy Odwołującym a Pentacomp, w sytuacji porównywalności pozostałych pozycji formularza cenowego, cena usługi utrzymania została skalkulowana zbyt nisko i nie obejmuje wszystkich elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania tej usługi. Z tego też względu należy dojść do wniosku, iż oferta w tym zakresie zawiera rażąco niską cenę w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia.”

**5)** Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Asseco z powodu jego uczestnictwa w przygotowaniu postępowania.

„Jak wynika z treści JEDZ złożonego w postępowaniu przez Asseco na pytanie: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:”

Odpowiedź Asseco brzmi: TAK

(...) Zupełnym nieporozumieniem wydaje się być twierdzenie Asseco, iż eliminacja zakłócenia konkurencji następuje z tego tytułu, iż wykonawca ten przekazał Zamawiającemu lub protokolarnie zniszczył wszelkie wytworzone dokumenty związane z wykonaniem zlecenia dla Ministerstwa Sprawiedliwości, a także wszelkie materiały źródłowe przekazane mu przez Zamawiającego. Pomijając już fakt, że Asseco nie wyjaśniło, w jaki sposób samo usunięcie tych materiałów miałyby zniwelować skutki faktu wytworzenia przez tego wykonawcę najistotniejszych dokumentów opisujących przedmiot zamówienia, to przecież jasnym wydaje się być to, że tego rodzaju czynność stanowi tylko i wyłącznie czynność

faktyczną odnoszącą się do posiadania samych dokumentów, ale nie wiedzy, która w tych przekazanych lub zniszczonych dokumentach była zgromadzona. Nie powinno budzić wątpliwości, iż osoby posiadające nie tylko dostęp do wiedzy odnoszącej się do przedmiotu zamówienia w większym zakresie niż pozostali wykonawcy (o czym szerzej poniżej), ale także decydujące o kształcie wymagań zawartych w dokumentacji nie powinni w żadnym razie mieć możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, gdyż takiego rodzaju zakłócenie konkurencji nie jest de facto możliwe do zniwelowania przez konkurencję. Żaden z pozostałych Wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu nie tylko nie miał możliwości kształtowania przedmiotu zamówienia w sposób, który potencjalnie mógł eliminować część potencjalnych rozwiązań technologicznych lub odwrotnie - promował inne rozwiązania, które ten wykonawca sam następnie oferował w postępowaniu, ale też nie posiada wiedzy o dodatkowych okolicznościach związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, które nie zostały wprost wyrażone w treści dokumentacji przetargowej. (...)

Zmiana terminu składania i otwarcia ofert w której ustalono ostateczny termin składania i otwarcia ofert (termin ten był wcześniej kilkakrotnie zmieniany) została dokonana na tydzień przed opublikowaniem zmienionej wersji produktu opracowanego przez Asseco, co oznacza, że samo przekazanie dokumentu „Modele procesów biznesowych KRZ” nie było przyczyną przesunięcia terminu składania ofert, stąd nie prawdą jest, jak zapisał w protokole Zamawiający, że czynność ta była powodem na przydzielenie pozostałym wykonawcom dodatkowego czasu na zapoznanie się z tym dokumentem. (...)

Z punktu widzenia pozostałych Wykonawców nie tylko to jednak stanowiło problem. Istotną okolicznością dla oceny tej kwestii ma bowiem to, że Zamawiający mając świadomość przewagi konkurencyjnej Asseco wynikającej z faktu opracowania wymagań dla systemu odmówił dostępu do istotnych informacji pozostałym wykonawcom, co postawiło ich w niekorzystnej sytuacji względem Asseco. Należy wskazać, iż wskazany dokument stanowi w istocie wyciąg z projektu Enterprise Architect, który oprócz informacji zawartych w tym dokumencie (a także Załączniku nr 2 do OPZ) obejmuje cały szereg innych istotnych informacji umożliwiających zarówno określenie przedmiotu zamówienia, ale też na oszacowanie dodatkowych ryzyk i kosztów mających wpływ na cenę oferty Wykonawcy. (...) Mając powyższe na względzie nie da się w jakikolwiek sposób bronić tezy, iż Zamawiający w toku postępowania próbował zniwelować różnicę w poziomie wiedzy pomiędzy Asseco, a pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o to zamówienie. Było wręcz odwrotnie - pomimo wniosków Zamawiający odmówił pozostałym podmiotom dostępu do informacji, które posiadało Asseco, natomiast sam Zamawiający nie zrobił nic, aby powstałe w ten sposób zakłócenie konkurencji zniwelować.”

W związku z powyższym odwołujący Sygnity wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Pentacomp,
- 2) wezwania Pentacomp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, względnie
- 3) odrzucenia oferty Pentacomp z postępowania bez konieczności wzywania tego podmiotu do uzupełnienia zgodnie z pkt 2),
- 4) wykluczenia Asseco z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 5) dokonania powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu przy uwzględnieniu konieczności przyznania dodatkowych punktów ofercie Odwołującego w kryterium „Dodatkowe doświadczenie Kierownika Projektu” oraz nieprzyznania punktów Pentacomp w kryterium: „Dodatkowe doświadczenie Głównego Architekta” oraz „Dodatkowe doświadczenie Głównego Projektanta”.

#### **Odwołanie wniesione przez Asseco S.A. – KIO 2288/19:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Pentacomp,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Pentacomp, jako niejawnych następujących dokumentów:
  - a. wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp - całości wyjaśnień z dnia 11.09.2019r. oraz całości wyjaśnień z 27.09.2019r.,
  - b. wykazu osób złożonego wraz z ofertą,
  - c. wykazu osób w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp,
  - d. innych wyjaśnień i/lub uzupełnień, w tym całości wyjaśnień z 04.09.2019r. i 07.10.2019r. w zakresie Wykazu osób,pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity, jako niejawnych następujących dokumentów:
  - a. wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp - całości wyjaśnień z dnia 11.09.2019r. oraz całości wyjaśnień z 27.09.2019r.,
  - b. wykazu osób złożonego wraz z ofertą,

- c. dokumentu wskazanego w Część III lit. C JEDZ - rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje
  - d. dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp,
  - e. innych wyjaśnień i/lub uzupełnień,
- pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 4) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2a powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Pentacomp wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską,
  - 5) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2a powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Pentacomp nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp,
  - 6) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3a powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Sygnity wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską,
  - 7) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3a powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Sygnity nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp,
  - 8) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2a powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
  - 9) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3a powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
  - 10) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2b powyżej - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pentacomp z postępowania, pomimo iż

Pentacomp przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie złożył samooczystczenia w trybie przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp,

- 11) z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3b powyżej - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sygnity z postępowania, pomimo iż Sygnity przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a jednocześnie nie złożyło samooczystczenia w trybie przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp,
- 12) jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3c powyżej - naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, pomimo iż z przyczyn leżących po stronie Sygnity - Sygnity nie wykonało (albo nienależycie wykonało w istotnym stopniu) wcześniejszej umowy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, a jednocześnie nie złożyło samooczystczenia w trybie przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp,
- 13) naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom,
- 14) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu pism kierowanych przez zamawiającego do Pentacomp i Sygnity, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 15) naruszenie przepisu art. 96 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie wypełnienia pkt 27 protokołu postępowania poprzez podanie kompletnej listy załączników.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

**1) Zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych przez Pentacomp.**

**1.1. Dokumenty dołączone do oferty - Wykaz osób**

„Odwołującemu w dniu 8.11.2019r. udostępniono część Wykazu osób. Informacje nieudostępnione to imię i nazwisko, dane o projekcie (nazwa, przedmiot, okres realizacji), dane o kliencie, na rzecz którego projekt był realizowany oraz daty pełnienia funkcji przez danego specjalistę. Analiza jawnego uzasadnienia (zawartego w części jawnej oferty) wskazuje, że Pentacomp nie dokonał skutecznego zastrzeżenia jawności przedmiotowego wykazu - gdyż nie wykazał ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nie przedstawił żadnych dowodów. W związku z powyższym - całość



wykazu osób powinna być jawna.”

## **1.2. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny**

„Odwołującemu udostępniono w dniu 8.11.2019r. część wyjaśnień złożonych przez Pentacomp, w tym udostępniono uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności składanych wyjaśnień. W I Wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019r. uzasadnienie to liczy 3 strony (z czego część Zamawiający bezprawnie utajnił przed Odwołującym), zaś w II Wyjaśnieniach z 27.09.2019r. uzasadnienie liczy 1 stronę i odwołuje się do uzasadnienia w piśmie z 11.09.2019r.

Także te uzasadnienia nie wykazują ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie spełniają wymogów określonych w art. 8 ust. 3 Ustawy PZP. Uzasadnienia te zawierają w większości ogólniki. Jedynym konkretnym argumentem jest wskazanie na obowiązujące w Pentacomp regulacje wewnętrzne. Lista tych regulacji (i załączniki) nie zostały udostępnione Odwołującemu, zatem nie może ich ocenić. Fakt nieudostępnienia takich informacji też stanowi naruszenie wskazanych przepisów. Podkreślić należy, że Pentacomp nie wskazał w uzasadnieniu najistotniejszej rzeczy - nie wskazał, jaka jest wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Już sam ten brak skutkuje nieskutecznością dokonanego zastrzeżenia. Zgodnie z definicją legalną tajemnicy przedsiębiorstwa wykazanie wartości gospodarczej jest warunkiem sine qua non.”

## **1.3. Wykaz osób złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.**

„Odwołującemu udostępniono część wykazu osób złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy PZP.

Odwołujący nie ma nawet wiedzy, czy do w/w wykazu dołączono uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności - takiego uzasadnienia nie udostępniono. Wobec faktu, że inne uzasadnienia udostępniono, należy wnioskować, że do tych dokumentów Pentacomp w ogóle uzasadnienia nie dołączył. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że uzasadnienie to jest tak samo enigmatyczne, jak uzasadnienie dołączone do oferty, omówione w pkt 1.1 powyżej. Stąd też odwołanie w tym zakresie jest zasadne.

Odwołującemu udostępniono Wykaz usług (dopiero 8.11.2019r.). Odwołujący nie ma wiedzy, czy do wykazu usług dołączono uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności dla części referencji - takiego uzasadnienia nie udostępniono.”

## **2) Zaniechanie udostępnienia dokumentu wyjaśnień złożonych przez Sygnity, zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa.**

### **2.1. Wykaz osób złożony wraz z ofertą oraz dokument wskazany w Części III lit C JEDZ - rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje.**

„uzasadnienie zastrzeżenia dołączone do oferty w minimalnym nawet stopniu nie wykazuje ziszczenia się którejkolwiek z 3 przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Sygnity nie przedstawiło żadnych dowodów, że podjęło odpowiednie

działania - ograniczyło się do gołosłownego powołania się na 1 obowiązującą procedurę, podczas gdy było zobowiązane wykazać treść i zakres tych procedur. Sygnity nie przedstawiło dowodu na podjęcie tak minimalnego działania, jak zobowiązanie osób sporządzających ofertę do zachowania w poufności jej treści. Nie podano też konkretnej wartości gospodarczej. W takim stanie faktycznym żądania odwołania jest całkowicie zasadne.”

## **2.2.** Wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

„Treść uzasadnienia załączonego do I wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie spełnia wymogów określonych w art. 8 ust. 3 Ustawy PZP. Uzasadnienie to zawiera:

- a. Zacytowanie przepisu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- b. Wskazanie na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej,
- c. Ogólnikowe stwierdzenia o wartości gospodarczej - bez wskazania tej wartości,
- d. Ogólnikowe stwierdzenia o podjęciu działań w celu zachowania informacji w poufności - bez wskazania dowodów, np. umów, klauzul, procedur, itp.”

## **2.3.** Dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

„Odwołującemu nie udostępniono wykazu osób złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f Ustawy PZP. Co więcej - nie udostępniono nawet wezwania. O fakcie wystosowania wezwania Odwołujący dowiedział się z treści protokołu postępowania.

Odwołujący nie ma zatem nawet wiedzy, czy do w/w wykazu dołączono uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że uzasadnienie to jest tak samo enigmatyczne, jak uzasadnienie dołączone do oferty, omówione w pkt II.1 b i c powyżej. Stąd też odwołanie w tym zakresie jest zasadne.”

## **2.4.** Inne wyjaśnienia i/lub uzupełnienia.

„Odwołującemu nie udostępniono wszystkich wyjaśnień czy też uzupełnień złożonych przez Sygnity. Ze względu na brak wskazania w protokole postępowania Listy załączników oraz formę i terminy udostępniania dokumentów - Odwołujący nie ma nawet pełnej wiedzy, jakie wyjaśnienia i/lub uzupełnienia Sygnity składało. (...)

Odwołujący nie ma zatem nawet wiedzy, czy do złożonych wyjaśnień i uzupełnień dołączono uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że uzasadnienie to jest tak samo enigmatyczne, jak uzasadnienia omówione powyżej. Stąd też odwołanie w tym zakresie jest zasadne.”

**3)** Nieprawidłowa ocena złożonych przez Pentacomp wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

Odwołujący wskazuje, że niniejszy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1.

„Stosunek ceny ofert do szacunkowej wartości zamówienia (35 361 177,50 złotych netto, 43 494 248,33 złotych brutto) przedstawia się następująco:

| Wykonawca                          | Cena oferty    | % szacunkowej wartości zamówienia brutto |
|------------------------------------|----------------|--|
|                                    | zł zVAT        | %  |
| Pentacomp Systemy Informatyczne SA | 15 978 377,35* | 36,74%                                   |
| Asseco Poland S.A.                 | 30 997 537,50  | 71,27%                                   |
| S&T Services Polska Sp. z o.o.     | 16 384 288,80  | 37,67%                                   |
| Sygnity Spółka Akcyjna             | 18 578 535,00  | 42,71%                                   |

(...) Odwołującemu w dniu 8.11.2019r. udostępniono część I Wyjaśnień (6 stron w zakresie wyjaśnień ceny), przy czym nie udostępniono informacji o liczbie stron, liczbie załączników itp. (jak wskazywano już wcześniej). W zakresie II wyjaśnień nie udostępniono Odwołującemu żadnej treści.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że już sam fakt wystosowania II wezwania z dnia 20.09.2019r. w tym konkretnym stanie faktycznym stanowi naruszenie przepisów Ustawy PZP. Otóż w I wezwaniu z dnia 03.09.2019r. (identycznym do wszystkich wykonawców) Zamawiający bardzo szczegółowo wskazywał, jakie elementy kosztotwórcze Pentacomp ma wyjaśnić w składanych wyjaśnieniach. Tymczasem w II wezwaniu z 20.09.2019r. Zamawiający zawarł 6 pytań, które co do swej istoty są powtórzeniem pytań z I wezwania. Jeśli Zamawiający uznał, że Pentacomp nie odpowiedział na któreś szczegółowe pytanie z I wezwania, to skutkiem takiej oceny I wyjaśnień powinno być odrzucenie oferty Pentacomp, a nie - jak wadliwie zachował się Zamawiający - wystosowywanie kolejnego wezwania. Zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jest możliwe tylko wtedy, gdy dotyczy tych elementów, o które Zamawiający uprzednio nie pytał. (...)

W udostępnionej części I Wyjaśnień Pentacomp jako przyczynę zaoferowania tak niskiej ceny wskazuje posiadanie know-how i doświadczenia związanego z realizacją kluczowych systemów wspierających administrację publiczną i rządową w Polsce. Po pierwsze - Pentacomp nie realizuje żadnego z kluczowych systemów, już samo takie stwierdzenie jest wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Do kluczowych i największych systemów wspierających administrację państwową w Polsce można zaliczyć: KSI ZUS, SIA ARiMR, ePodatki, ePUAP, JPK, CEPIK, Systemy NFZ czy KRUS. Żaden z nich nie został zrealizowany przez Pentacomp.

### 3.1. Koszt wykonania Dokumentacji

„Ceny ofert w zakresie wykonania Dokumentacji przedstawiają się następująco:

| Wykonawca                          | Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych | Koszt wykonania dokumentacji | % ceny dokumentacji do ceny za „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych” |
|------------------------------------|---|------------------------------|--|
|                                    | zł z VAT  | zł z VAT                     | %  |
| Pentacomp Systemy Informatyczne SA | 7 768 927,81  | 675 671,93                   | 8,7%   |
| Asseco Poland S.A.                 | 11 931 000,00   | 3 444 000,00                 | 28,87%   |
| Sygnity Spółka Akcyjna             | 7 921 200,00  | 1 544 634,00                 | 19,5%  |

(...) Koszt wykonania Dokumentacji według Pentacomp to mniej niż 10% całości etapu zaprojektowania, budowy i wdrożenia (dokładnie 8,7%). Jest to wartość z całą pewnością zaniżona, nie obejmująca rzeczywistych kosztów wykonania dokumentacji. (...)

W celu rzetelnego i prawidłowego wykazania ceny oferty w przedmiotowym zakresie Pentacomp powinien w wyjaśnieniach przedstawić zarówno pracochłonność wykonania dokumentacji (ustaloną na podstawie wymagań SIWZ) jak i koszt realizacji tej pracochłonności (stawki osobowe ustalone na podstawie dołączonych do wyjaśnień umów ze specjalistami). Brak takich wyliczeń świadczy o nierzetelności wyjaśnień i powinien skutkować odrzuceniem oferty. (...)

Jak wynika z powyższego zakresu i doświadczenia z innych, podobnych projektów, koszt wykonania dokumentacji wraz z wynikiem wykonanej wcześniej analizy biznesowej i systemowej mieści się w granicach od 25% do nawet 35% kosztu zaprojektowania i budowy całego rozwiązania i w tym projekcie powinno to być między 13 000, a 16 000 osobogodzin. Tymczasem przy zastosowaniu stawki za osobogodzinę wskazanej w ofercie Pentacomp (100 zł netto/rbh) Pentacomp na wykonanie analizy biznesowej, systemowej i dokumentacji zamierza poświęcić jedynie 5.493 godziny.”

**3.2. Utrzymanie systemu, w tym: wsparcie utrzymania, świadczenie serwisu i wsparcie techniczne.**

„Cena za świadczenie usług utrzymania systemu przedstawia się w ofertach następująco:

| Wykonawca | Cena za 1 miesiąc | Cena za 1 miesiąc |
|-----------|-------------------|-------------------|
|           | zł z VAT          | zł bez VAT        |
| Asseco    | 209.100,00        | 170.000,00        |
| Sygnity   | 141.450,00        | 115.000,00        |
| Pentacomp | 54.645,21         | 44.427,00         |
| S&T       | 118.375,20        | 96.240,00         |

„(...) Powyżej opisane zobowiązania określone w SIWZ wymuszają zapewnienia przez wykonawcę dedykowanego wieloosobowego zespołu, którego wymiar zaangażowania miesięcznego jest nie mniejszy niż 6 etatów, przy czym do prawidłowego i profesjonalnego świadczenia usługi powinno ich być właściwie 8. Z kolei wymagania w zakresie doświadczenia i kompetencji członków Zespołu wykraczają znacząco powyżej standardowego profilu pracownika call center / help desk.

Dodatkowo konieczne jest skalkulowanie kosztów wsparcia bezpośredniego w 31 lokalizacjach geograficznych na terenie Polski, świadczonych na żądanie Zamawiającego.

Pentacomp - jako jedyny wykonawca - zaoferował zaskakująco niską cenę za świadczenie usługi utrzymania. Przy zastosowaniu wskazanej w ofercie stawki za 1 RBH w wysokości 100 zł wynika, że Pentacomp przewiduje, że usługa ta obejmuje jedynie 444 godziny na miesiąc.

Średnia ilość godzin roboczych w miesiącu to 170 - 180 godzin. Zatem Pentacomp przewidział na świadczenie usługi utrzymania zaledwie 2,5 etatu.

Pentacomp powinien w złożonych wyjaśnieniach wskazać, w jaki sposób zamierza z kwoty 44.427 zł netto pokryć koszty realizacji wszystkich w/w zobowiązań określonych w SIWZ jako Usługi wsparcia Systemu, w tym usługi świadczonej w trybie 7x24. Nawet jeśli przewidział niższą stawkę niż 100 zł za godzinę, to powinien wykazać realność tej stawki, poprzez dołączenie odpowiednich umów pracowników, którzy posiadają odpowiednie kwalifikacje. Gdyby bowiem Pentacomp rzeczywiście przewidział pracę dla co najmniej 4 osób (4 etaty = 680 godzin), to stawka osobowa musiałaby wynosić 65 złotych ze wszystkimi narzutami na wynagrodzenie:

$$44.427 \text{ złote} / 680 \text{ godzin} = 65 \text{ złotych}$$

Zaniżenie miesięcznego wynagrodzenia z tytułu utrzymania Systemu może sugerować, że Pentacomp mógł częściowo przenieść koszty utrzymania do wynagrodzenia z tytułu wykonania Systemu. Taka inżynieria cenowa jest niedozwolona i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - o czym w dalszej części odwołania.”

### 3.3. Prawo opcji - wykonanie komponentu TOŻSAMOŚĆ.

„Ceny z tytułu realizacji prawa opcji przedstawiają się następująco:

| <i>Wykonawca</i> | <i>Cena wykonania komponentu TOŻSAMOŚĆ</i> | <i>Cena osobogodziny</i> |
|------------------|--|--------------------------|
|                  | <i>zł bez VAT</i>                          | <i>zł bez VAT</i>        |
| Sygnity          | 152 000,00                                 | 90,00                    |
| Pentacomp        | 127 026,00                                 | 100,00                   |
| Asseco           | 655 000,00                                 | 180,00                   |
| S&T              | 88 300,00                                  | 86,00                    |

(...) W celu rzetelnego i prawidłowego wykazania ceny oferty w zakresie wykonania prawa opcji Pentacomp powinien w wyjaśnieniach przedstawić zarówno pracochłonność wykonania komponentu TOŻSAMOŚĆ (ustaloną na podstawie wymagań SIWZ) oraz koszt realizacji tej pracochłonności (stawki osobowe ustalone na podstawie dołączonych do wyjaśnień umów ze specjalistami). (...)

Analizując cenę wykonania komponentu TOŻSAMOŚĆ oferowaną przez Pentacomp i wykorzystując jako referencyjną cenę jednostkową (osobogodziny) dla analogicznego zadania, tj. rozwoju systemu, można wywnioskować, że (...) cały komponent TOŻSAMOŚĆ powinien zostać wykonany w ciągu 1,5 miesiący przez mniej niż dwóch programistów. Jest to liczba zdecydowanie zaniżona. Uwzględniając dodatkowo specyfikę tego komponentu opisaną w pkt 66, z której wynika, że należałoby przyjąć wyższe niż standardowe koszty wykonania testów, w takim 5 osobowym zespole liczba etatów przypadających na programistów byłaby jeszcze niższa. (...)

Zdaniem Odwołującego minimalna pracochłonność wykonania komponentu (wraz z pełną dokumentacją, oprogramowaniem, testami) wynosi 3010 roboczogodzin.

**3.4. Rzeczywiste koszty stawek osobowych - brak wskazania w wyjaśnieniach na wszystkie niezbędne elementy kosztotwórcze mające wpływ na stawkę osobową.**

Odwołujący wymienił koszty: delegacji, zakupu szkoleń, pracę w godzinach nocnych, w niedzielę i święta, zapewnienia miejsca pracy, telekomunikacyjne, PPK, PFRON, zarządu i sprzedaży, nieobecności w pracy.

**3.5. Brak uwzględnienia wzrostu kosztów pracy.**

„W ciągu ostatnich lat można zauważyć stały wzrost wysokości wynagrodzeń pracowników, zwłaszcza w branży IT. (...)

Zgodnie z w/w danymi w okresie ostatnich 48 miesięcy przeciętne miesięczne wynagrodzenie wzrosło o ponad 25 %. W związku z tak istotnym wzrostem kosztów pracy w sektorze IT w ostatnich latach, należy ze szczególną uwagą podchodzić do wyjaśnień

ceny w odniesieniu do wynagrodzeń pracowników. Każdy racjonalny wykonawca musi zakładać w swoich kalkulacjach, że ten trend będzie się utrzymywał i w związku z tym w cenie oferty powinien przewidzieć także wzrost wynagrodzeń w kolejnych batchach.”

**4)** Nieprawidłowa ocena złożonych przez Sygnity wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

„W pierwszej kolejności należy wskazać, że już sam fakt wystosowania II wezwania z dnia 20.09.2019r. w tym konkretnym stanie faktycznym stanowi naruszenie przepisów Ustawy PZP. Otóż w I wezwaniu z dnia 03.09.2019r. (identycznym do wszystkich wykonawców) Zamawiający bardzo szczegółowo wskazywał, jakie elementy kosztotwórcze Sygnity ma wyjaśnić w składanych wyjaśnieniach. Tymczasem w II wezwaniu z 20.09.2019r. Zamawiający zawarł 6 pytań, które są powtórzeniem pytań z I wezwania. (...)

#### 4.1. Koszt przeprowadzenia szkoleń przedwdrożeniowych.

Sygnity z tytułu wykonania szkoleń przedwdrożeniowych zaoferowało cenę 243 540,00 złotych brutto, tj. 198 000,00 zł netto. Jest to kwota niższa niż koszty realizacji tej usługi. (...)

Zestawienie stałych pozycji kosztowych, niezależnych od danego wykonawcy przedstawia się następująco:

| <i>Koszty niezależne od wykonawcy</i> |                                |                            |                                      |                                 |              |                               |                             |
|---------------------------------------|--------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|---------------------------------|--------------|-------------------------------|-----------------------------|
| <i>Pozycja</i>                        | <i>Administratorzy systemu</i> | <i>Użytkownicy systemu</i> | <i>Pracownicy Biur podawczych SR</i> | <i>Pracownicy sekretariatów</i> | <i>Razem</i> | <i>Koszt jednostkowy [zł]</i> | <i>Wartość [zł bez VAT]</i> |
| Wydruk certyfikatów (sztuki)          | 40                             | 364                        | 318                                  | 206                             | 928          | 2                             | 1 856,00 zł                 |
| Materiały szkoleniowe - wydruk        | 40                             | 364                        | 318                                  | 206                             | 928          | 5                             | 4 640,00 zł                 |
| Sala konferencyjna                    |                                | 30                         |                                      |                                 | 30           | 300                           | 9 000,00 zł                 |
| Catering                              |                                | 364                        |                                      |                                 | 364          | 40                            | 14 560,00 zł                |
| Suma:                                 |                                |                            |                                      |                                 |              |                               | 30 056,00 zł                |

Dowód: Przykładowe cenniki dot. usług szkoleniowych

Minimalny poziom kosztów stałych, niezależnych od wykonawcy to kwota 30 tys. złotych. Tymczasem Sygnity w swojej ofercie na całość szkoleń przewidziało kwotę 198.000 złotych netto. Po odjęciu kosztów stałych na samo wykonanie szkoleń pozostała kwota 168.000 złotych (198.000-30.000=168.000). (...)

Biorąc pod uwagę pracołłonność przygotowania i przeprowadzenia szkoleń na poziomie 2800 godzin oraz pozostałą kwotę 168.000 złotych średni koszt roboczogodziny wynosi 59,9 złotych (168.000/2800=59,9), co jest wartością rażąco niską i dalece

odbiegająca od stawek rynkowych dla szkoleń (w tym zaprezentowanych zarówno w pozostałych ofertach, jak i w ofercie Sygnity). (...)

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w SIWZ przewidział mechanizm oceny jakości realizowanych szkoleń (proces ankietowy). W przypadku stwierdzenia niskiej jakości szkolenia usługa będzie uznana za nieprawidłowo wykonaną. Wykonawca w takim przypadku musi na własny koszt zorganizować drugie/kolejne szkolenie w warunkach nie gorszych niż było wykonane szkolenie, w którym uczestnicy zdobędą stosowną wiedzę. Procedura jest powtarzana do skutku. W związku z tym wymaganiem wykonawcy powinni byli przewidzieć na ten cel stosowna rezerwę. Kwota przewidziana na przedmiotowe szkolenia przez Sygnity jest tak niska, że nie może się w niej zmieścić rezerwa na przeprowadzenie kolejnego szkolenia. Zamawiający powinien zbadać, czy Sygnity ujęło wszystkie w/w koszty w złożonych wyjaśnieniach - brak ujęcia takich kosztów powoduje powstanie obowiązku odrzucenia oferty."

#### **4.2. Prawo opcji - wykonanie komponentu TOŻSAMOŚĆ.**

„Odwołujący podtrzymuje w całości argumentację wskazaną (...) powyżej. (...) Oznacza to, że zgodnie z treścią oferty Sygnity, cały komponent TOŻSAMOŚĆ powinien zostać wykonany w ciągu 2 miesięcy przez mniej niż dwóch programistów. Jest to liczba zdecydowanie zaniżona.”

**4.3. Rzeczywiste koszty stawek osobowych - brak wskazania w wyjaśnieniach na wszystkie niezbędne elementy kosztotwórcze mające wpływ na stawkę osobową.**

**4.4. Brak uwzględnienia wzrostu kosztów pracy.**

**5) Zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.**

„(...) Pentacomp celowo zaniżył cenę za 3 elementy: wykonanie dokumentacji, za świadczenie usług utrzymania oraz wykonanie komponenty Tożsamość, przerzucając koszt ich realizacji do ceny za wykonanie systemu KRZ - „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”. (...)

Zaniżenie ceny było celowe - Pentacomp zaniżył te elementy wynagrodzenia, których płatność albo jest rozłożona w czasie: wynagrodzenie za utrzymanie systemu, albo jest okolicznością przyszłą i niepewną: realizacja prawa opcji w postaci wykonania komponentu Tożsamość. Wynagrodzenie za wykonanie tych elementów zostało częściowo ujęte w cenie za wykonanie pierwszego elementu przedmiotu umowy, tj. „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”. Wynika to z prostego porównania cen ofert. Różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a ceną oferty Pentacomp wynosi około 50% (cena oferty Pentacomp to ok. 50% ceny oferty Odwołującego). Zatem - gdyby Pentacomp realnie wycenił wszystkie elementy ceny, to w każdym takim elemencie cena danego elementu w ofercie Pentacomp powinna wynieść



około 50% ceny tegoż elementu w ofercie Asseco. Tymczasem cena za „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych” wynosi 65%. Z kolei ceny za w/w zaniżone elementy to 15 - 25%. A zatem Pentacomp zawyżył cenę za „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”, a zaniżył ceny za wykonanie dokumentacji, za świadczenie usług utrzymania oraz wykonanie komponenty Tożsamość. (...)

Każdy przedsiębiorca stara się tak szacować cenę oferty, aby pokryła ona koszty związane z realizacją zamówienia. Niemniej jednak na gruncie Prawa zamówień publicznych nie jest dopuszczalne przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami ceny, a zwłaszcza w sytuacji, w której wymagalność wynagrodzenia ma różne terminy lub też niektóre elementy przedmiotu zamówienia mogą nie zostać zamówione.

Jest to działanie na szkodę Zamawiającego - gdyż Zamawiający niejako „z góry” płaci wynagrodzenie za jeszcze niewykonane usługi, czy wręcz za usługi, których być może nawet nie zamówi (prawo opcji). (...)

Zaniżenie wynagrodzenia za świadczenie usługi wsparcia mogło też mieć na celu zminimalizowanie odpowiedzialności z tytułu kar umownych za niedochowanie terminów określonych dla tej usługi (SLA).”

**6)** Zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

„Sygnity celowo zaniżyło cenę za 2 elementy: szkolenia przedwdrożeniowe oraz wykonanie komponentu Tożsamość, przerzucając koszt ich realizacji do ceny za wykonanie systemu KRZ - „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”. (...)

Zaniżenie ceny było celowe - Sygnity zaniżyło cenę za wykonanie elementu Tożsamość, którego zlecenie jest okolicznością przyszłą i niepewną: realizacja prawa opcji. Wynagrodzenie za wykonanie tego elementów zostało częściowo ujęte w cenie za wykonanie pierwszego elementu przedmiotu umowy, tj. „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”. ”

**7)** Zaniechanie wykluczenia Pentacomp z postępowania, pomimo iż Pentacomp przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego.

„Zamawiający w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że nie przyznał Pentacomp maksymalnej ilości punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie i kwalifikacje zawodowe” dla 3 specjalistów: kierownika projektu, głównego analityka, kierownika ds. utrzymania.

Należy zatem wnioskować, że Pentacomp wskazał w przedmiotowym wykazie specjalistów w w/w wykazie oraz podał dla nich doświadczenie i kwalifikacje. Natomiast Zamawiający nie przyznał punktów, gdyż uznał, że informacje te nie mają odzwierciedlenia

w stanie faktycznym, są sprzeczne ze stanem faktycznym. Z kolei podanie w wykazie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem Pentacomp z postępowania, a nie - jak uczynił Zamawiający - jedynie brakiem przyznania punktów.

Podobna sytuacja zachodzi także w przypadku informacji wskazanych w Wykazie usług złożonym w odpowiedzi na wezwanie w trybie 26 ust. 1 Ustawy PZP. Z udostępnionego Wykazu usług w związku z treścią wezwania z dnia 22.10.2019r. wynika, że także w tym wykazie Pentacomp podał informacje wprowadzające w błąd. W wezwaniu z dnia 22.10.2019r. Zamawiający wskazał w pkt 2 wprost, że Pentacomp w Wykazie usług wskazał w pkt 4, że świadczył usługę utrzymania w okresie 18.05.2010 - 14.05.2018. Tymczasem usługa ta obejmowała usługę realizacji i wdrożenia, a nie usługę utrzymania. Zamawiający wzywał o „wyjaśnienie jaki był okres realizacji usługi utrzymania”. Tymczasem sam fakt podania informacji wprowadzających w błąd powinien być podstawą wykluczenia, a nie wzywania o wyjaśnienia.

Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że usługa utrzymania i serwisu, świadczona na rzecz GITD (pozycja 5) w okresie styczeń 2016 - grudzień 2017 nie może zostać uznana za wykonaną należycie z uwagi na potwierdzone w protokołach odbioru naliczenie kar umownych. Co więcej projekt ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zakres usług świadczonych przez Pentacomp nie pokrywa się z zakresem wymaganym przez Zamawiającego to jest: „Utrzymanie rozumiane jako udzielanie wsparcia Administratorom oraz użytkownikom, rozpoznawanie przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów, rozpoznawanie skutków awarii sprzętu dla oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego dedykowanego dla co najmniej 2000 użytkowników”. Według najlepszej wiedzy Odwołującego projekt ten nie obejmuje:

- i. rozpoznawanie skutków awarii sprzętu,
- ii. przygotowywanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego (SIWZ niniejszego postępowania precyzuje to w stosownym załączniku).

**8)** Zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, pomimo iż Sygnity przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego.

„Należy zatem wnioskować, że Sygnity wskazało w przedmiotowym wykazie kierownika projektu w w/w wykazie oraz podało dla niego doświadczenie i kwalifikacje. Natomiast Zamawiający nie przyznał punktów, gdyż uznał, że informacje te nie mają odzwierciedlenia w stanie faktycznym, są sprzeczne ze stanem faktycznym. Z kolei podanie w wykazie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem Sygnity z postępowania, a nie - jak uczynił Zamawiający - jedynie brakiem przyznania punktów.”

**9)** Zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

„Bezspornym w sprawie jest, że Sygnity nie złożyło samooczyszczenia, pomimo iż zaznaczyło w JEDZ, że znajdowało się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem. Tym samym Sygnity złożyło oświadczenie, że jest winne deliktu, który sam w sobie stanowi osobną podstawę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy PZP. Po złożeniu takiego oświadczenia Zamawiający mógł odstąpić od wykluczenia Sygnity tylko w sytuacji, w której zostałyby dokonane skuteczne samooczyszczenie. Tymczasem 2 okolicznością bezsporną jest, że Sygnity w ogóle nawet nie podjęło próby złożenia takiego samooczyszczenia.”

**10)** Naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia dla przyznania punktów w kryterium pozacenowym.

„Zamawiający przekazał w dniu 5.11.2019r. dokumentację, z której nie wynika uzasadnienie dla przyznania punktów w kryterium pozacenowym. Uzasadnienie to nie wynika także z pisma informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej. Takie zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 Ustawy w związku z art. 7 Ustawy.”

**11)** Zaniechanie udostępnienia pism kierowanych przez zamawiającego do Sygnity.

„W zakresie pism kierowanych przez Zamawiającego do Sygnity Odwołującemu nie udostępniono co najmniej:

- a. Wezwania kierowanego do Sygnity w trybie 26 ust. 2f Ustawy PZP,
- b. Wezwania kierowanego do Sygnity w dniu 20.09.2019r.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) wypełnienia pkt 27 protokołu postępowania,
- 3) udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania,
- 4) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 5) wykluczenia wykonawcy Pentacomp,
- 6) wykluczenia wykonawcy Sygnity,
- 7) odrzucenia oferty Pentacomp,
- 8) odrzucenia oferty Sygnity,
- 9) dokonania ponownej oceny ofert.

Ponadto odwołujący wniósł o powołanie biegłego z zakresu organizacji i realizacji projektów budowy i wdrożenia złożonych systemów IT oraz w zakresie realizacji procesów utrzymania złożonych systemów IT na okoliczność ustalenia, czy złożone przez Pentacomp i Sygnity oferty oraz wyjaśnienia w zakresie ceny uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia oraz czy koszty przyjęte w cenie oferty są na realnym poziomie.

W dniu 15 i 18 listopada 2019 r. przystąpienia zgłosili:

1. wykonawca Pentacomp, zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19,
2. wykonawca Sygnity, zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2288/19,
3. wykonawca Asseco, zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2284/19.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wszystkich wykonawców.

W trakcie posiedzenia i rozprawy wykonawcy złożyli następujące oświadczenia w zakresie cofnięcia zarzutów:

- 1) odwołujący Sygnity cofnął zarzut dotyczący zaniechania przyznania jego ofercie punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu”,
- 2) odwołujący Asseco cofnął zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie usługi wskazanej w pkt 4 wykazu usług oraz zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia odwołującemu pisma skierowanego do wykonawcy Sygnity S.A. na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp postępowania odwoławcze w zakresie cofniętych zarzutów podlegają umorzeniu.

W następujących postępowaniach odwoławczych pisma procesowe złożyli:

- 1) KIO 2284/19 – zamawiający, przystępujący Pentacomp, przystępujący Asseco,
- 2) KIO 2288/19 – zamawiający, odwołujący Asseco, przystępujący Pentacomp, przystępujący Sygnity.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

## ODWOŁANIE KIO 2284/19

**Zarzut dotyczący niezasadnego przyznania punktów ofercie złożonej przez wykonawcę Pentacomp w kryterium: „dodatkowe doświadczenie głównego architekta” i „dodatkowe doświadczenie głównego projektanta”.**

Pismem z dnia 29.04.2019 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz, w wyniku której zmienił m.in. kryteria oceny ofert. Zamawiający ustanowił kryterium ceny o wadze 60% oraz kryterium pozacenowe dotyczące wymagań dla pięciu ekspertów - o łącznej wadze 40%. W zakresie wymagań dla głównego architekta i głównego projektanta, zamawiający wskazał:

18.5. Zamawiający przyzna wykonawcy dodatkowe punkty w tym kryterium w następujący sposób: 2,5 pkt za dysponowanie osobą przewidzianą do realizacji zamówienia jako główny architekt, która poza wymaganym minimalnym doświadczeniem dla głównego architekta, określonym w pkt 7.2.2 SIWZ, będzie posiadała dodatkowe doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji głównego architekta w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w dodatkowych projektach spełniających wymagania minimalne w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego dla głównego architekta; Zamawiający przyzna w tym kryterium dodatkowe 2,5 punktu za udział w każdym dodatkowym projekcie w maksymalnie 4 dodatkowych projektach. W przedmiotowym kryterium można uzyskać maksymalnie 10 pkt. Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium tylko za doświadczenie dodatkowe.

18.6. Zamawiający przyzna wykonawcy dodatkowe punkty w tym kryterium w następujący sposób: 5 pkt za dysponowanie osobą przewidzianą do realizacji zamówienia jako główny projektant, która poza wymaganym minimalnym doświadczeniem dla głównego projektanta, określonym w pkt. 7.2.2 SIWZ, będzie posiadała dodatkowe doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji głównego projektanta w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania w dodatkowych projektach spełniających wymagania minimalne w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego dla głównego projektanta; Zamawiający przyzna w tym kryterium dodatkowe 5 punktów za udział w każdym dodatkowym projekcie — w maksymalnie 2 dodatkowych projektach. W przedmiotowym kryterium można uzyskać maksymalnie 10 pkt. Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium tylko za doświadczenie dodatkowe.

Przystępujący Pentacomp dla osoby wyznaczonej w wykazie osób w części B na oba ww. stanowiska wskazał dodatkowe doświadczenie, w tym funkcję pełnioną w projekcie: „architekt/projektant”, zamiast wymaganej w opisie kryteriów: „główny architekt” albo „główny projektant”. Zamawiający zwrócił się do przystępującego Pentacomp, na podstawie art. 87

ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie tej kwestii, zaś przystępujący odpowiedział, że pominięcie słów: „główny” było wynikiem omyłki i oświadczył, że ww. osoba we wszystkich projektach pełniła funkcję „głównego architekta” lub „głównego projektanta”. Zamawiający przyznał przystępującemu Pentacomp maksymalne liczby punktów w ww. kryteriach, tj. 10 punktów za dodatkowe doświadczenie głównego architekta i 10 punktów za dodatkowe doświadczenie głównego projektanta.

W związku z powyższym należy zauważyć, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które wskazują nowe informacje, niezawarte uprzednio w treści oferty – w tym wypadku informacje o tym, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji głównego architekta i głównego projektanta posiada doświadczenie w pełnieniu właśnie takich funkcji, a nie tylko funkcji architekta i projektanta - prowadzi do uzupełnienia tej oferty o nowe treści, a w konsekwencji prowadzi do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle ww. przepisu.

Nie można przy tym zgodzić się z argumentacją zamawiającego wskazującą na fakt, że w kolumnie, w której należało opisać dodatkowe doświadczenie proponowanych osób, przystępujący Pentacomp na samej górze wpisał: „Dodatkowe doświadczenie głównego architekta:” oraz „Dodatkowe doświadczenie głównego projektanta:”. Należy zauważyć, że do pisma z dnia 29.04.2019 r., w którym zamawiający poinformował wykonawców o zmianie m.in. kryteriów oceny ofert dołączony został wzór wykazu osób, z którego wynika, że wstęp o treści: „Dodatkowe doświadczenie głównego architekta” oraz „Dodatkowe doświadczenie głównego projektanta” stanowił część tego wzoru, a zatem stanowił treść przewidzianą już przez zamawiającego, a nie dopisywaną przez wykonawców. Tym samym przystępujący Pentacomp wpisał we właściwych miejscach wykazu osób jedynie: „architekt/projektant” i nie jest dopuszczalne, aby treść ta w świetle przepisów ustawy Pzp została zamieniona na: „główny architekt/główny projektant”.

Przyjęcie wyjaśnień przystępującego Pentacomp należy uznać zatem za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli

zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy, w których podaje on nowe informacje, nie wynikające z treści oferty, a które skutkują przyznaniem tej ofercie maksymalnej liczby punktów w dwóch podkryteriach. W oparciu o ww. nowe informacje zamawiający przyznał bowiem ofercie przystępującego Pentacomp 20 punktów, które pozwoliły tej ofercie zająć pierwsze miejsce w rankingu ofert.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyżej wskazanych przepisów. Mimo uwzględnienia zarzutu, Izba nie nakazała zamawiającemu zmniejszenia liczby przyznanych ofercie wykonawcy Pentacomp punktów o 20, gdyż uwzględniając odwołanie KIO 2288/19 - nakazała wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Tym samym nakazywanie zmniejszenia liczby przyznanych punktów wykonawcy podlegającemu wykluczeniu, byłoby niecelowe.

**Zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy Pentacomp do uzupełnienia wykazu usług i ewentualnego wykluczenia go z postępowania z powodu braku wykazania wymaganego doświadczenia.**

W pkt 7.2.1. siwz zamawiający wskazał warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (tj. świadczył, zrealizował, zakończył), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych (świadczonych, realizowanych), tj. aktualnie wykonuje (świadczy, realizuje) co najmniej:

1) dwie usługi, których przedmiotem była co najmniej budowa oraz wdrożenie lub modyfikacja oraz wdrożenie systemu teleinformatycznego obsługującego centralną bazę danych z wykorzystaniem następujących rozwiązań architektonicznych i technologicznych:

- a) system zbudowany w oparciu o model warstwowy,
- b) system oparty o architekturę SOA, z wydzieleniem usług sieciowych dostępnych dla podsystemów, modułów oraz systemów zewnętrznych za pośrednictwem szyny usług (ESB), działającej w układzie wysokiej dostępności (HA);
- c) system oparty na relacyjnej bazie danych;

każda z usług o wartości nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto (podana kwota dotyczy wartości samych usług bez wartości dostaw sprzętu oraz oprogramowania gotowego).

W przypadku świadczeń nadal wykonywanych wartość musi dotyczyć części już wykonanej, nie zaś całości, w tym przyszłego nierealizowanego zakresu usług.

W przypadku świadczeń nadal wykonywanych (np. których przedmiotem jest budowa, wdrożenie oraz utrzymanie systemu) zamawiający wymaga, aby każda z usług w zakresie

warunku opisanego w ppkt. 1 była w całości zrealizowana.

Zamawiający wymaga, aby każda z usług spełniała wszystkie wymagania określone w pkt. 7.2.1 ppkt 1.

Przystępujący Pentacomp złożył wykaz usług, w którym dla spełnienia ww. warunku wskazał trzy usługi wykonywane na rzecz: Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego (GITD), Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia (CSIOZ) oraz Ministerstwa Finansów (MF).

W stosunku do usługi wykonywanej na rzecz GITD odwołujący wskazał, że na podstawie dołączonych do wykazu referencji i protokołu odbioru Fazy V Etapu 3, niemożliwe jest stwierdzenie, że usługa ta została wykonana należycie. Z referencji wystawionych w dniu 30.10.2017 r. wynika bowiem, że w dalszym ciągu wykonywany jest kolejny etap zamówienia, zaś protokół obioru wystawiony w dniu 08.05.2019 r. i dotyczący jednej z faz, nie daje podstawy do uznania, że wszystkie fazy zostały należycie wykonane. Z argumentacją odwołującego należy się zgodzić, niemniej jednak należy także zauważyć, że na posiedzeniu przystępujący Pentacomp złożył pismo procesowe, do którego dołączył m.in.:

- umowę nr 106/2017 zawartą z GITD, z której wynika, że przedmiot zamówienia obejmował: Etap 2 składający się z dwóch faz i polegający na budowie podstawowej wersji systemu KREPTD oraz Etap 3 składający się z pięciu faz i polegający na budowie docelowej wersji systemu KREPTD,
- pięć protokołów odbioru z każdej fazy Etapu 3 zamówienia.

Tym samym z referencji złożonej w toku postępowania wynika, że odbiór wersji podstawowej (czyli Etapu 2) nastąpił w terminie, natomiast z protokołów złożonych na posiedzeniu wynika, że przedmiot odbioru wszystkich pięciu faz Etapu 3 został odebrany bez zastrzeżeń. Łącznie dokumenty złożone w toku postępowania i na posiedzeniu potwierdzają należyte wykonanie ww. usługi.

W stosunku do usługi wykonywanej na rzecz CSIOZ odwołujący wskazał, że usługa ta polegała jedynie na wsparciu zamawiającego w utrzymaniu systemu, nie zaś na budowie i wdrożeniu systemu – zgodnie z opisem warunku. Należy zauważyć, że z wystawionego przez CSIOZ listu referencyjnego wynika, że przystępujący Pentacomp zrealizował „zadania związane ze wsparciem Zamawiającego w realizacji Systemów teleinformatycznych oraz z wytworzeniem i uruchomieniem e-recepty w ramach projektu P1”. W ww. sformułowaniu mowa jest zatem jedynie o „zadaniach związanych” z wytworzeniem i uruchomieniem systemu (cokolwiek się pod tym kryje), nie zaś o samym wytworzeniu i uruchomieniu, który



mógłby być ewentualnie odczytywany jako budowa i wdrożenie wymagane w opisie warunku.

Nie można się też zgodzić z zamawiającym, że dopuszczalna była każda konwencja, w ramach której wykonywana będzie budowa i wdrożenie, w tym konwencja wsparcia, co oznaczałoby wg zamawiającego, że wykazana usługa potwierdza spełnienie warunku. W niniejszym przypadku nie ma znaczenia zastosowana konwencja, ponieważ z referencji wynika, że usługa nie polegała na wsparciu w wytworzeniu i uruchomieniu systemu. Z referencji wynika, że usługa polegała na bliżej niesprecyzowanych „zadaniach związanych” ze wsparciem (w dodatku bliżej niesprecyzowanych systemów teleinformatycznych, co oznacza, że być może w ogóle nie chodzi o wskazaną w wykazie e-receptę) oraz „zadaniach związanych” z wytworzeniem i uruchomieniem e-recepty. Abstrahując od tego, na czym w istocie polegała zatem usługa wykonywana na rzecz CSIOZ, należy stwierdzić, że treść listu referencyjnego potwierdza zarzut odwołującego, zgodnie z którym ww. usługa nie polegała na budowie (modyfikacji) i wdrożeniu systemu teleinformatycznego.

W stosunku do usługi wykonywanej na rzecz MF odwołujący wskazał, że usługa ta była wykonywana na podstawie co najmniej kilku umów, zatem nie spełnia wymagania zawartego w opisie warunku. W tym miejscu należy zauważyć, że zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w dwóch „usługach”, co nie oznacza, że usługa jest równoznaczna z umową. Tym samym fakt zawarcia przez przystępującego kilku umów, na podstawie których realizowana była usługa, nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że usługa ta potwierdza spełnienie warunku.

Reasumując, należy zauważyć, że zamawiający wymagał w opisie warunku w pkt 1 wykazania dwóch usług, natomiast przystępujący Pentacomp wskazał trzy, z których:

- jedna nie potwierdzała spełnienia warunku (usługa dla CSIOZ),
- jedna potwierdzała spełnienie warunku (usługa dla MF),
- jedna potwierdzała spełnienie warunku (usługa dla GITD), co wynika łącznie z dokumentów złożonych w toku postępowania i w trakcie posiedzenia.

Okoliczności faktyczne podnoszone przez odwołującego potwierdziły się zatem w stosunku do usługi wykonanej na rzecz CSIOZ oraz GITD. Przy czym dla wykazania spełnienia warunku nie ma znaczenia fakt, że dokumenty przedstawione dla usługi wykonanej dla CSIOZ nie potwierdzają zgodności z tym warunkiem, gdyż jest to usługa „nadmiarowa” w stosunku do liczby usług wymaganych przez zamawiającego. Znaczenie ma natomiast niewystarczająca treść dokumentów mających na celu potwierdzenie należytego wykonania usługi dla GITD, złożonych w toku postępowania przez przystępującego Pentacomp. Biorąc jednak pod uwagę, że Izba nakazała wykluczenie tego wykonawcy na

skutek rozpoznania odwołania KIO 2288/19, nie można uznać, że doszło do naruszenia podniesionego przez odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeśli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Innymi słowy: skoro w postępowaniu odwoławczym KIO 2288/19 Izba ustaliła, że przystępujący Pentacomp podlega wykluczeniu, a tym samym jego oferta zostaje uznana za odrzuconą, to nie ma podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zatem nie mogło dojść do jego naruszenia przez zamawiającego.

### **Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pentacomp z powodu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

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

Odwołujący Sygnity podniósł zarzuty, zgodnie z którymi złożenie oferty przez przystępującego Pentacomp stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zaś cena tej oferty jest rażąco niska. Pierwszy z zarzutów nie został uzasadniony w treści odwołania, w zakresie drugiego natomiast odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego dotyczące udzielania wsparcia Administratorom Systemu i użytkownikom, rozpoznawania przyczyn i usuwania błędów systemu, instalowania i wdrażania poprawek, aktualizacji

Dokumentacji oraz zarządzania projektem, wykonywanie usługi utrzymania wymaga min. 9 etatów. Tymczasem wg obliczeń odwołującego, opierających się na stosowanej przez Pentacomp stawce za roboczogodzinę w wysokości 123 zł brutto i przyjęciu, że miesiąc liczy 160 roboczogodzin, przystępujący Pentacomp przewidział dla wykonania usług utrzymania zaledwie 2,78 etatu.

Odnosząc się do ww. argumentów, przede wszystkim wskazać należy, że stawka za roboczogodzinę w wysokości 123 zł brutto jest w ofercie Pentacomp stawką obowiązującą tylko dla wykonywania usług rozwoju. Tymczasem przyjmując rzeczywistą średnią stawkę za roboczogodzinę wskazaną w wyjaśnieniach Pentacomp z dnia 11.09.2019 r. (właściwą także dla usług utrzymania wg wyjaśnień z dnia 27.09.2019 r.) i dokonując obliczeń metodą wynikającą z odwołania, uzyskujemy ok. 5,5 etatu. Oznacza to, że przystępujący Pentacomp nie założył dla wykonania usług utrzymania tylu etatów, ile odwołujący Sygnity uważa za właściwe, niemniej jednak nie przewidział ich też tak mało, jak zarzuca odwołujący.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że wykonawca Pentacomp w wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. i 27.09.2019 r. wskazał m.in., że dla usług utrzymania posiada dedykowany zespół wsparcia działający w sposób pozwalający na uzyskanie oszczędności, ponadto podzielił świadczenie usługi utrzymania na okresy, z których również wynika określona pracochołność. Przystępujący wskazał zatem okoliczności, które wpływają na sposób oszacowania kosztów wykonania zadania.

Po drugie, należy zauważyć, że w odwołaniu wykonawcy Asseco w sprawie KIO 2288/19 w stosunku do tych samych usług utrzymania wskazano minimalną liczbę etatów – 6 (co jest bliższe liczbie etatów wynikającej z wyjaśnień Pentacomp). Powyższe potwierdza, że różne mogą być założenia co do sposobu wykonania zamówienia i różne metodyki kalkulacji pracochołności, stąd też nie można stanowczo uznać, że wskazane przez odwołującego Sygnity 9 etatów jest niepodważalnie niezbędne do wykonania usług utrzymania. Jak pokazują wyjaśnienia Pentacomp i treść odwołania Asseco, możliwe jest też wykonanie ww. usług przy zaangażowaniu na poziomie ok. 6 etatów.

Po trzecie, w załączniku nr 4 do umowy w punkcie 3.1. rzeczywiście wskazano, że kanał komunikacji określa zamawiający, jednakże udzielanie wsparcia Administratorom systemu i Użytkownikom wewnętrznym w miejscu wskazanym przez zamawiającego (czyli w miejscu pracy administratora/użytkownika) jest tylko jednym z czterech możliwych kanałów komunikacji i trudno zakładać, że przy możliwości porozumiewania się na odległość, kanał ten będzie wykorzystywany najczęściej. Jak wynika zresztą z pisma przystępującego Pentacomp z dnia 25.11.2019 r., przystępujący nie wykluczył tej konieczności, a jedynie uznał jej ryzyko za „zminimalizowane”.

Po czwarte, odwołujący wskazał też na konieczność uwzględnienia w wycenie kosztów: delegacji, szkoleń, nadgodzin, wyposażenia miejsca pracy, pracowniczych planów kapitałowych, PFRON, zarządu, sprzedaży i koszty nieobecności w pracy. Przystępujący Pentacomp w swoich wyjaśnieniach nie rozbił ww. kosztów na tak szczegółowe pozycje, jak uczynił to odwołujący, niemniej jednak w wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. w tabeli nr 4 dotyczącej usług utrzymania, w pozycji 9 wskazał: „Koszty pośrednie, w tym koszty amortyzacji i konserwacji urządzeń, koszty dostarczonej energii, koszty administracyjne i związane z tworzeniem i utrzymaniem warunków pracy, koszty zarządu oraz wszelkie inne koszty nie uwzględnione w innych pozycjach tabeli”. Należy przy tym mieć na uwadze, że sposób udzielania wyjaśnień wynika ze stopnia szczegółowości i sposobu zadania pytania przez zamawiającego, nie odnosi się zaś do (nieznanych jeszcze na etapie wyjaśniania) zarzutów konkurentów.

Podsumowując powyższe ustalenia, Izba uznała, że wyjaśnienia przystępującego Pentacomp w zakresie kosztów usługi utrzymania, w świetle zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska. Wobec braku argumentacji w treści odwołania, Izba nie stwierdziła też, aby złożenie oferty Pentacomp stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Asseco na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.**

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji; zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Ww. przepisy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. f) dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków. Zgodnie z art. 41 ww. dyrektywy: jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84.

Z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wynika, że podstawa wykluczenia zachodzi, gdy udział w przygotowaniu postępowania brał:

- sam wykonawca lub
- pracownik wykonawcy lub
- osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług.

Jednocześnie zarówno ustawodawca polski, jak i ustawodawca unijny przewidują wykluczenie wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy nie można w inny sposób zapewnić konkurencji w postępowaniu. Przy czym w art. 41 dyrektywy ustawodawca unijny wskazał, w jaki sposób może zostać zapewniona konkurencja: „wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert”, co odpowiada treści art. 31d ustawy Pzp.

Biorąc powyższe od uwagę, nie można zgodzić się z przystępującym Asseco, że nie brał on udziału w przygotowaniu postępowania, skoro – jak sam wskazał w JEDZ – „oddelegowani pracownicy Wykonawcy brali udział w zadaniach analitycznych dla Systemu

KRZ. W wyniku tych prac, zrealizowanych w całości pod kierunkiem i nadzorem Zamawiającego (model outsourcing), przygotowany został opis procesów biznesowych oraz dostosowano opis wymagań funkcjonalnych i niefunkcjonalnych do stanu procesów i aktualnych potrzeb Zamawiającego. Przedmiotowa dokumentacja została dołączona do SIWZ". Zatem w obecnie prowadzonym postępowaniu dokumenty przygotowywane w ramach ww. współpracy stanowią część przedmiotu zamówienia. Z kolei przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia ma miejsce w trakcie przygotowania postępowania, o czym świadczy też fakt, że przepisy ustawy Pzp dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 – art. 31) znajdują się w rozdziale nazwanym „Przygotowanie postępowania”. Stwierdzić zatem należy, że przystępujący Asseco brał udział w przygotowaniu postępowania, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

W związku z powyższym ustalić należy, czy spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że przystępujący Asseco w związku ze swoim udziałem w przygotowaniu postępowania, jest w posiadaniu wiedzy wykraczającej poza wiedzę dostępną innym wykonawcom. W szczególności nie potwierdził się zarzut odwołującego, zgodnie z którym innym niż Asseco wykonawcom nie jest znana pełna treść dokumentu Enterprise Architect udostępnionego w formacie pdf. Dokument „Model procesów biznesowych KRZ”, będący wyciągiem z Enterprise Architect, zawiera wiele diagramów, w których znajdują się różne znaki (m.in. nieskończoności i plusy), jednakże brak możliwości rozwinięcia w miejscu tych znaków nie jest dowodem na to, że uniemożliwiono innym wykonawcom dostęp do określonej wiedzy, którą posiada tylko Asseco. Innymi słowy: odwołujący nie wykazał tego, że treść oznaczona tymi znakami jest znana przystępującemu Asseco i że nie ma racji zamawiający twierdząc, że nieskończoności oznaczają wiedzę pozyskiwaną od sędziów sądów upadłościowych z wyłączeniem Asseco oraz że plusy oznaczają konieczność poszukiwania informacji w innych miejscach OPZ. Wobec powyższego brak podstaw do uznania, że przystępujący Asseco dysponuje większą wiedzą niż pozostali wykonawcy.

Ponadto stwierdzić należy, że wyznaczony pierwotnie przez zamawiającego termin składania ofert (35 dni), ostatecznie przedłużony do 19.08.2019 r. (łącznie 140 dni). Był odpowiedni termin do przygotowania i złożenia oferty przez wszystkich wykonawców zainteresowanych zamówieniem.

W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia uprzywilejowanej pozycji Asseco wobec innych wykonawców i do stwierdzenia zakłócenia konkurencji w postępowaniu, w kontekście okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Nie sposób też nie zauważyć, że wykonawca Asseco złożył najdroższą i znajdującą się

na końcu rankingu ofertę, co przeczy możliwości wykorzystania przez niego szczególnej wiedzy, niedostępnej innym wykonawcom. W ocenie Izby, nie zachodzi zatem przesłanka zakłócenia konkurencji skutkująca obowiązkiem wykluczenia przystępującego Asseco na podstawie ww. przepisu.

## **ODWOŁANIE 2288/19**

Odwołujący Asseco podniósł w pierwszej kolejności zarzuty dotyczące zaniechania przez zamawiającego odtajnienia szeregu dokumentów zastrzeżonych przez przystępujących Pentacomp i Sygnity jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z powyższym odwołujący Asseco określił kolejne podniesione przez siebie zarzuty jako „ewentualne” i złożył wniosek o ich rozpoznanie przez Izbę wyłącznie w sytuacji oddalenia zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez obu przystępujących. Ustosunkowując się do tego wniosku, Izba stwierdziła, że przepisy ustawy Pzp nie dają podstawy do nierozpoznania zarzutu, który nie został cofnięty przez odwołującego albo skutecznie (bez wniesienia sprzeciwu) uwzględniony przez zamawiającego. W szczególności należy zwrócić uwagę na art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co a contrario należy rozumieć również w ten sposób, że zarzuty zawarte w odwołaniu Izba ma rozpoznać. Powyższe potwierdza treść szeregu innych przepisów ustawy Pzp (np. art. 188 ust. 1, art. 189 ust. 1, art. 189 ust. 5), w którym użyty jest zwrot: „Izba rozpoznaje odwołanie”, co w połączeniu z treścią § 4 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.) wskazującego, że elementem odwołania są zarzuty, oznacza, że Izba ma obowiązek rozpoznać wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym w niniejszej sprawie Izba rozpoznała wszystkie zarzuty, które nie zostały cofnięte przez odwołującego Asseco.

### **Zarzut zaniechania odtajnienia przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Pentacomp jako tajemnica przedsiębiorstwa.**

Przystępujący Pentacomp zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty: wykaz osób złożony wraz z ofertą, wykaz osób złożony w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie odtajnił:

- w obu wykazach: nazwisk personelu, okresu realizacji projektu, nazwy projektu, wskazania podmiotu zlecającego wykonanie projektu,

- większości wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 11.09.2019 r.,
- całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 27.09.2019 r.

Zgodnie z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

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

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Ww. przepis przewiduje następujące przesłanki:



- informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje zastrzeżone przez przystępującego Pentacomp nie mają charakteru technicznego, czy technologicznego, mogą w pewnym zakresie mieć charakter organizacyjny (w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz inny (w przypadku wszystkich dokumentów), co jednak każdorazowo wymaga wykazania ich wartości gospodarczej. Poza tym przystępujący zobowiązany był wykazać rzeczywiste pozostawanie wszystkich tych informacji w poufności.

W stosunku do wykazu osób złożonego z ofertą, przystępujący Pentacomp wyjaśnił, że występujące na rynku informatycznym zjawisko „podkupowania” specjalistów, w przypadku realizowania przez wykonawcę wieloletnich projektów, może skutkować destabilizacją zespołu, problemami z wykonaniem projektu w terminie, nienależytym jego wykonaniem i karami umownymi. Taka argumentacja wskazuje na wartość gospodarczą w postaci ryzyka finansowego, jakie grozi wykonawcy w przypadku utraty części personelu. Trudno natomiast byłoby wykonawcy udowodnić występowanie na rynku zjawiska „podkupowania”, bo po pierwsze, przystępujący prowadząc odpowiednią politykę kadrową, nie musiał go doświadczyć, po drugie, nawet jeśli część jego zespołu zrezygnowała z pracy, nie musi dysponować wiedzą, jakie były przyczyny odejść i czy były one wynikiem „podkupienia” danej osoby. Dlatego też same wyjaśnienia w zakresie tego, na czym polega wartość gospodarcza informacji o zatrudnionym personelu, Izba uznała za wystarczające.

Co do kwestii zachowania poufności przystępujący Pentacomp powołał się na „odpowiednią klauzulę określoną w Polityce Bezpieczeństwa Informacji”, na „inne dokumenty funkcjonującego w Spółce Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji zgodnego z wymaganiami normy ISO 27001:2013” oraz na ograniczenie i kontrolę dostępu do informacji wewnątrz spółki. Należy zauważyć, że przystępujący nie dołączył do wyjaśnień kopii tych dokumentów, w związku z czym nie sposób zweryfikować, czy w ogóle dotyczą one informacji kadrowych oraz czy i w jakim stopniu rzeczywiście skutkują zachowaniem informacji kadrowych w poufności. Deklaracja przystępującego, że takie dokumenty istnieją i zawierają wskazane treści, nie jest wystarczająca w świetle ustawowego wymogu „wykazania” zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym przystępujący

nie udowodnił, że zastrzeżenie przez niego informacji w wykazie osób złożonym z ofertą, zostało dokonane zgodnie z drugą przesłanką zawartą w art. 11 ust. 2 uznk, dotyczącą zapewnienia poufności.

W konsekwencji należy uznać, że informacje zawarte w wykazie osób złożonym z ofertą nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W stosunku do wykazu osób złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, należy zauważyć, że do wykazu tego przystępujący Pentacomp nie dołączył żadnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby zachować niejawnosć zawartych w nim informacji. Oznacza to, że informacje zawarte w tym wykazie nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W stosunku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępujący Pentacomp wskazał m.in., że:

- „Każdy z pracowników ma określony zakres dostępu do zasobów firmowych, przez co eliminowane jest już w ramach przedsiębiorstwa zapoznanie się przez osoby inne niż konieczne do przygotowania oferty”,
- ujawnienie kosztów osobowych skutkować może „podkupywaniem” specjalistów,
- „Wszystkie informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach stanowią informacje organizacyjne oraz inne (w tym handlowe) o istotnej wartości gospodarczej, obejmujące w szczególności informacje na temat sposobu kalkulacji wynagrodzenia w tego typu projektach informatycznych, stosowanych marżach, narzutach na tzw. koszty ogólne, przyjmowanych poziomach rezerw na ryzyka projektowe, o wysokości wynagrodzenia personelu zatrudnionego w Pentacomp, które stanowi najważniejszy element cenotwórczy każdej oferty przedkładanej przez Pentacomp a także informacje o obowiązujących w Pentacomp regulacjach wewnętrznych zapewniających poufność tych informacji”.
- zasady zachowania poufności wynikają z następujących dokumentów:
  - IWB0403 Polityka Bezpieczeństwa Informacji;
  - IWB0401 Polityka bezpieczeństwa danych osobowych;
  - IWB0405 Zasady zarządzania dokumentami i nośnikami;
  - IIT0301 Zarządzanie upoważnieniami w Systemach IT;
  - WB-04 Zarządzanie bezpieczeństwem;
  - SP01 Obsługa okazji biznesowych;
  - FKR05012 – Oświadczenie o zachowaniu w poufności informacji;
  - FKR0522 – Oświadczenie o zachowaniu w poufności dla przedstawicieli firmy sprzątajacej.

„ujawnienie informacji obejmujących treść obowiązujących w spółce regulacji wewnętrznych z zakresu bezpieczeństwa informacji, oznaczałoby ujawnienie przez spółkę niezwykle cennych informacji organizacyjnych”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przystępujący Pentacomp, mimo wskazania na str. 3, że „załącza” wymienione regulacje wewnętrzne, w rzeczywistości ich nie załączył. W związku z tym nie sposób zweryfikować, czy w ogóle dotyczą one informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz czy i w jakim stopniu rzeczywiście skutkują zachowaniem takich informacji w poufności. Jak wskazano już wyżej, deklaracja przystępującego, że takie dokumenty istnieją i zawierają wskazane treści, nie jest wystarczająca w świetle ustawowego wymogu „wykazania” zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W żaden sposób przystępujący nie wykazał też, że pracownicy mają ograniczony dostęp do „zasobów firmowych”. Tym samym przystępujący nie udowodnił, że zastrzeżenie przez niego informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, zostało dokonane zgodnie z drugą przesłanką zawartą w art. 11 ust. 2 uznk, dotyczącą zapewnienia poufności.

Ponadto należy zauważyć, że przystępujący Pentacomp nie wykazał, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają wartość gospodarczą. Przystępujący wymienił, które informacje posiadają wg niego istotną wartość gospodarczą, natomiast nie wskazał, z czego ta wartość wynika, co przesądza o jej istnieniu. Tym samym nie ma podstaw, by stwierdzić, że jakakolwiek wartość gospodarcza została wykazana.

Nie można jednocześnie zgodzić się z argumentem podniesionym przez przystępującego Pentacomp, zgodnie z którym w niniejszej sprawie o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji przesądza treść art. 39 ust. 2 lit. b Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Dz.U. z 1996 r., Nr 32, poz. 143), zwanego: „TRIPS”. Zgodnie z tym przepisem informacje mają wartość handlową, dlatego że są poufne, co oznacza, że sam fakt poufności powoduje, że informacje mają wartość gospodarczą. Abstrahując od tego, czy ww. Porozumienie dotyczące ochrony praw własności intelektualnej w ogóle ma zastosowanie do informacji, jakie zostały zastrzeżone przez przystępującego Pentacomp, przede wszystkim należy zauważyć, że uzależnia ono wartość gospodarczą informacji od jej poufności. Tymczasem właśnie poufności przystępujący nie wykazał w stosunku do wszystkich dokumentów, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wchodząc zatem w dywagacje co do podstaw zastosowania Porozumienia w niniejszej sprawie, należy stwierdzić, że opierając się na przytoczonym przez przystępującego Pentacomp przepisie, niemożliwe jest uznanie, że zastrzeżone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają wartość gospodarczą, skoro nie została wykazana ich poufność.

W konsekwencji należy uznać, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Reasumując, Izba stwierdziła, że dokumenty zastrzeżone przez przystępującego Pentacomp jako tajemnica przedsiębiorstwa, z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, nie zostały skutecznie zastrzeżone. Oznacza to, że podlegają one odtajnieniu, przy czym zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie, wystarczające byłoby dla niego odtajnienie dokumentów z wyłączeniem imion i nazwisk wskazanych w nich osób. Izba jednakże nie nakazała zamawiającemu odtajnienia tych dokumentów z uwagi na fakt, że wskutek rozpoznania innego zarzutu, nakazała wykluczenie przystępującego Pentacomp z postępowania. Wobec faktu wykluczenia tego wykonawcy, odtajnianie informacji zawartych w zastrzeżonych przez niego dokumentach, staje się niecelowe.

Jednocześnie Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, że podniesienie ww. zarzutu jest spóźnione. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający w ramach prowadzonej korespondencji nie poinformował odwołującego jednoznacznie, mimo zadawanych pytań, że zakończył ocenę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero w dniu 08.11.2019 r. zamawiający przekazał odwołującemu ostatnią część dokumentów. Odwołanie w tym zakresie nie może zatem zostać uznane za wniesione z uchybieniem terminu.

### **Zarzut zaniechania odtajnienia przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Sygnity jako tajemnica przedsiębiorstwa.**

Przystępujący Sygnity zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty: wykaz osób złożony wraz z ofertą, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, część JEDZ. Zamawiający nie odtajnił:

- w wykazie osób: nazwisk personelu, okresu realizacji projektu, opisu projektu wraz ze wskazaniem podmiotu zlecającego wykonanie projektu,
- załącznika do JEDZ dotyczącego części III lit. C JEDZ,
- całości zastrzeżonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Przedstawione powyżej (w stosunku do przystępującego Pentacomp) rozważania natury prawnej dotyczące art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 uznk, pozostają aktualne również w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego Sygnity.

Podobnie, jak w przypadku przystępującego Pentacomp, informacje zastrzeżone przez przystępującego Sygnity nie mają charakteru technicznego, czy technologicznego, mogą w pewnym zakresie mieć charakter organizacyjny (w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz inny (w przypadku wszystkich dokumentów), co jednak każdorazowo wymaga wykazania ich wartości gospodarczej. Poza tym przystępujący zobowiązany był wykazać rzeczywiste pozostawanie wszystkich tych informacji w poufności.

W stosunku do wykazu osób złożonego z ofertą, przystępujący Sygnity wskazał, że informacje „dotyczą wysokiej klasy specjalistów o określonych umiejętnościach. Ujawnienie wskazanych w Wykazie osób informacji może narazić Spółkę na utratę pracowników lub całego zorganizowanego zespołu a także na utratę płynności działalności gospodarczej. Pozyskanie nowych pracowników, w tym przeprowadzenie procedury rekrutacyjnej a przede wszystkim stworzenie zespołu pracowników dla realizacji danego postępowania, który zagwarantuje należyłą realizację danego zamówienia, jest czasochłonne i kosztowne”. Taka argumentacja odwołuje się do praktyki przejmowania na rynku pracowników i do wartości gospodarczej w postaci ryzyka finansowego, jakie grozi wykonawcy w przypadku utraty części zespołu w toku realizacji zamówienia. Izba uznała wyjaśnienia w tym zakresie za wystarczające.

Co do kwestii zachowania poufności przystępujący Sygnity powołał się na: „(1) nierozpowszechnianie tych informacji na stronie internetowej Wykonawcy oraz w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, (2) zobowiązanie w umowach z pracownikami i współpracownikami do zachowania poufności informacji dotyczących w szczególności planów i strategii handlowych, negocjowanych, zawieranych i realizowanych umowach z klientami, (3) zobowiązanie do zachowania poufności informacji dotyczących przygotowywanych ofert i wniosków, (4) zamieszczanie w umowach handlowych klauzul o obowiązku zachowania poufności informacji przekazywanych w związku ze realizowanymi umowami, (5) zastrzeżenie w uzasadnionych przypadkach jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert i wniosków składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak i konkursach”. Po pierwsze, wskazane „zobowiązanie w umowach z pracownikami i współpracownikami do zachowania poufności informacji dotyczących w szczególności planów i strategii handlowych, negocjowanych, zawieranych i realizowanych umowach z klientami”, nie wydaje się mieć jakiegokolwiek związku z zastrzeżeniem informacji o charakterze kadrowym. Ponadto przystępujący Sygnity, poza załącznikami do umów o pracę dotyczącymi tajemnicy przedsiębiorstwa, nie dołączył do uzasadnienia kopii pozostałych dokumentów potwierdzających podejmowanie wskazanych przez niego czynności. W związku z tym nie sposób zweryfikować, czy np. wskazane klauzule w umowach handlowych rzeczywiście są stosowane i w jakim stopniu skutkują zachowaniem

w poufności informacji o charakterze kadrowym oraz czy w innych postępowaniach zastrzeżone zostały informacje o tych samych osobach, co wskazane w przedmiotowym wykazie. Deklaracja przystępującego Sygnity w tym zakresie nie jest wystarczająca w świetle ustawowego wymogu „wykazania” zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym przystępujący nie udowodnił, że zastrzeżenie przez niego informacji w wykazie osób zostało dokonane zgodnie z drugą przesłanką zawartą w art. 11 ust. 2 uznk, dotyczącą zapewnienia poufności. W konsekwencji należy uznać, że informacje te nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W stosunku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przystępujący Sygnity wskazał w kilku miejscach na „oczywistość” tego, że informacje takie jak: sposób wyliczenia pracochłonności zadań, użyte do wyceny metody kalkulacyjne, wysokość przyjętych do kalkulacji cen stawek kosztowych poszczególnych pozycji całej kalkulacji, czy informacje odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia, posiadają wartość gospodarczą. Nie wskazał jednak, z czego ta wartość wynika i co przesądza o jej istnieniu. Nie można też uznać, że wartość gospodarcza stawek wynagrodzeń wynika z faktu, że przedsiębiorstwo „w dużej mierze opiera się na sprzedaży usług opartych właśnie na pracy zatrudnionych w nim pracowników”. Fakt, że do sprzedaży usług konieczna jest praca ludzi jest oczywistością, ale nie dowodzi wartości gospodarczej informacji o wysokości wynagrodzeń. Również załączone faktury i wydruki ze stron internetowych z ofertami handlowymi ośrodków szkoleniowych (abstrahując od ich powszechnej dostępności), nie są same w sobie dowodem na wartość gospodarczą wynikających z nich informacji. Po raz kolejny należy podkreślić, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca ma wykazać ziszczenie się przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 uznk, a nie tylko szeroko opisywać różne okoliczności faktyczne z zakresu działalności przedsiębiorstwa bez wskazywania ich konkretnego związku i wpływu np. na wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa. Przystępujący Sygnity, w ocenie Izby, takiego związku i wpływu nie wykazał.

W zakresie zachowania poufności przystępujący Sygnity wskazał m.in., że: „W przedsiębiorstwie Wykonawcy została wdrożona i jest stosowana polityka ochrony informacji, dokonuje klasyfikacji informacji wewnątrz swojej organizacji, ograniczając dostęp do części informacji określonej grupie swoich pracowników. Wszystkie te działania, a także fakt dokonania stosownego zastrzeżenia w treści wyjaśnień złożonych Zamawiającemu prowadzą w każdym przypadku do takiego zabezpieczenia informacji poufnych, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, że nie ma możliwości, aby osoba postronna mogła wejść w ich posiadania w zwykłej i legalnej drodze. Informuję ponadto, iż w odniesieniu do informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji, w szczególności poprzez:

(1) nie rozpowszechnianie tych informacji na stronie internetowej Wykonawcy oraz w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, (2) zobowiązanie w umowach z pracownikami i współpracownikami do zachowania poufności informacji, w szczególności dotyczących przygotowywanych ofert”. Przystępujący dołączył wprawdzie kopie umów o pracę z załącznikami dotyczącymi zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa (choć nie ma w nich mowy o poufności ofert, a jedynie ogólnie m.in. o: informacjach finansowych, sposobach i metodach prowadzenia działalności), jednakże nie dołączył do uzasadnienia żadnych dokumentów potwierdzających dokonywanie klasyfikacji informacji wewnątrz organizacji, ograniczające dostęp do części informacji określonej grupie swoich pracowników, a nie wiadomo też, czy do wszystkich umów o pracę dodawane są załączniki dotyczące zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazano powyżej, sama deklaracja co do istnienia procedur ograniczających dostęp do określonych informacji, nie jest wystarczająca wobec wymogu „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W stosunku do oświadczenia JEDZ w zakresie części III lit. C, przystępujący Sygnity wskazał m.in., że: „Wśród zbioru informacji są tam również informacje dotyczące strategii Spółki związanej z działaniami wobec zamawiającego, wskazanego w Części III lit. C JEDZ, zarówno podjętych dotychczas przez Spółkę oraz jej partnera biznesowego (zamówienie to realizowane było bowiem w ramach konsorcjum), jak i działań, które są planowane do podjęcia. Całość tych informacji niewątpliwie ma również dla Spółki wartość gospodarczą, gdyż ich ujawnienie z jednej strony z całą pewnością mogłoby spowodować powstanie po stronie Spółki szkody związanej z upublicznieniem przyjętej przez Spółkę strategii postępowania w tym przypadku, a także realnie informacje te mogą wpłynąć chociażby na cenę akcji Spółki. Zwrócić również należy uwagę, iż informacje te stanowią również tajemnicę związaną z ustaleniami biznesowymi pomiędzy oboma Partnerami tworzącymi konsorcjum w zakresie planów dalszych decyzji związanych ze stanem faktycznym powstałym w związku z zakończeniem realizacji przedmiotu umowy z innym zamawiającym. Potencjalne ujawnienie tych informacji wpływa więc nie tylko na ochronę informacji dotyczących samej Spółki, ale też jej Partnera biznesowego, co – w przypadku ujawnienia tych informacji podmiotom trzecim – wpływać może na ocenę wiarygodności Sygnity S.A. jako podmiotu działającego na rynku informatycznym”. Z kolei w celu zachowania poufności przystępujący Sygnity zaznaczył, że w niniejszym postępowaniu zastrzegł JEDZ jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a także podjął następujące czynności:

- zobowiązanie pracowników przygotowujących ofertę do zachowania ww. informacji w poufności,

- nieujawnianie ww. informacji w publicznie dostępnych miejscach, w szczególności w internecie,
- zawieranie w kontaktach handlowych, w tym ze współpracownikami stosownych klauzul dotyczących poufności uzyskiwanych informacji,
- zobowiązanie ewentualnych konsorcjantów do nieujawniania treści informacji, jakie powezmą w związku z udziałem w tworzeniu ofert handlowych wspólnie z Sygnity.

Odnosząc się do powyższej argumentacji należy przede wszystkim zauważyć, że zastrzeżone informacje dotyczą w tym wypadku zamówienia realizowanego na rzecz zamawiającego publicznego, co oznacza, że z zasady są one jawne i dostępne choćby w oparciu o przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej. Tym samym, nawet gdyby przystępujący Sygnity podjął jakieś działania w celu zachowania ich w poufności, to i tak możliwe byłoby uzyskanie tych informacji od zamawiającego, z którym toczy się spór. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że przystępujący nie dołączył do uzasadnienia kopii dokumentów potwierdzających podejmowanie wskazanych przez niego czynności, takich jak zobowiązanie pracowników do zachowania poufności, czy zawieranie klauzul nakazujących zachowanie poufności w kontaktach handlowych, w tym z konsorcjantami. W związku z tym nie sposób zweryfikować, czy takie zobowiązania i klauzule rzeczywiście są stosowane i w jakim stopniu skutkują zachowaniem w poufności informacji o rozwiązaniu umowy i pozostawaniu w sporze z danym zamawiającym. Deklaracja przystępującego Sygnity, że takie dokumenty istnieją i zawierają wskazane treści, nie jest wystarczająca w świetle ustawowego wymogu „wykazania” zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym przystępujący nie udowodnił, że zastrzeżenie przez niego informacji w załączniku do JEDZ, zostało dokonane zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk. W konsekwencji należy uznać, że informacje te nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Reasumując, Izba stwierdziła, że dokumenty zastrzeżone przez przystępującego Sygnity jako tajemnica przedsiębiorstwa, z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, nie zostały skutecznie zastrzeżone. Oznacza to, że podlegają one odtajnieniu, przy czym zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie, wystarczające byłoby dla niego odtajnienie dokumentów z wyłączeniem imion i nazwisk wskazanych w nich osób. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie tych dokumentów w zakresie zgodnym z ww. żądaniem.

Z przyczyn wskazanych powyżej w stosunku do zastrzeżonych dokumentów przystępującego Pentacomp, Izba stwierdziła, że zarzut w tym zakresie nie jest spóźniony.



**Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pentacomp z powodu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.**

Odwołujący Asseco podniósł, że wykonawca Pentacomp nie powinien być wzywany dwukrotnie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż pytania zadane w drugim wezwaniu w istocie stanowiły powtórzenie pytań z pierwszego wezwania. Ponadto odwołujący zakwestionował ceny wykonawcy Pentacomp podane za takie elementy usługi, jak: Dokumentacja, utrzymanie, komponent Tożsamość. Odwołujący zarzucił także, że koszty wykonania ww. elementów zostały przez Pentacomp celowo zaniżone i częściowo przeniesione do pozycji: „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do pierwszego z ww. zarzutów należy wyjaśnić, że przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy o wyjaśnienia, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponownie wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty. Udzielenie takich wyjaśnień (ogólnych i lakonicznych, nic nie wnoszących do sprawy) należy uznać w istocie za brak udzielenia wyjaśnień, zaś ponowienie prośby o ich złożenie – za naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „danie wykonawcy drugiej szansy”.

W niniejszej sprawie należy zauważyć, że w pierwszym wezwaniu z dnia 03.09.2019r. zamawiający zapytał, czy łączna cena brutto oferty obejmuje koszt realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz, w tym obejmuje określone w ośmiu punktach elementy. Zamawiający dodał, że oczekuje w tym zakresie szczegółowych kalkulacji. W drugim wezwaniu z dnia 20.09.2019 r. zamawiający zadał 6 kolejnych pytań, w których prosił o wyjaśnienie sposobu (metodyki) oszacowania określonych kosztów, sposób obliczenia kosztów osobowych w danym elemencie zamówienia, czy metodykę oszacowania nakładu pracy w określonych elementach zamówienia.

Należy zatem stwierdzić, że pytania w obu wezwaniach nie powtarzały się, zaś żądając szczegółowych kalkulacji w pierwszym wezwaniu zamawiający nie dookreślił stopnia tej szczegółowości. W konsekwencji dla każdego z wykonawców szczegółowość kalkulacji mogła oznaczać co innego i konieczne było doprecyzowanie pytań w drugim wezwaniu. Dlatego też w drugim wezwaniu pytania skierowane do obu wykonawców tylko częściowo się pokrywały, częściowo zaś zostały zindywidualizowane adekwatnie do treści wyjaśnień uzyskanych przez zamawiającego w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Przykładowo: czym innym jest żądanie w pierwszym wezwaniu szczegółowej kalkulacji w zakresie zadania: „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”, a czym innym zapytanie w drugim wezwaniu o metodykę oszacowania nakładu pracy dla tego zadania w konkretnej liczbie osobodni. Z treści obu wezwań wynika, że wykonawca uznał, że dla podania szczegółowej kalkulacji wystarczające jest m.in. wskazanie liczby osobodni, a nie domyślił się, że zamawiający oczekuje także wskazania metodyki oszacowania tej liczby. „Jakie pytanie, taka odpowiedź”, zatem nie można obciążać wykonawcy konsekwencjami braku dookreślenia przez zamawiającego oczekiwanego stopnia szczegółowości wyjaśnień w sytuacji, gdy generalnie pierwotne wyjaśnienia były szczegółowe, a jedynie w pojedynczych aspektach wymagały jeszcze doprecyzowania. W przypadku wyjaśnień udzielonych przez przystępującego Pentacomp w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie zachodziła zatem podstawa do odrzucenia jego oferty, natomiast dopuszczalne było skierowanie do niego drugiego wezwania w celu uzyskania przez zamawiającego w określonym zakresie bardziej precyzyjnych informacji.

Odnosząc się do oszacowania elementu Dokumentacja w pierwszej kolejności należy ustalić treść powoływanych przez strony i uczestników dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 1 do OPZ pn. „Koncepcja systemu”, w wymaganiu WN-109 pod słowami: „Wykonawca opracuje i dostarczy Zamawiającemu Dokumentację w zakresie:” zawarta jest tabela, w której nie przewidziano analizy systemowej i biznesowej. W załączniku nr 1 do umowy w pkt 2.2.1. wskazano: „Zakres zamówienia, określonego w pkt 2.1. obejmuje realizację zamówienia w dwóch Fazach: (...) Etap 2 - Przeprowadzenie analizy biznesowej i systemowej oraz opracowanie Dokumentacji Systemu, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego obejmującą wszystkie elementy Systemu na podstawie wymagań opisanych w Koncepcji systemu KRZ”. W Formularzu cenowym wskazano m.in. koszt wykonania Dokumentacji\*, a przy znaku \* dodano: „Dokumentacja - Zbiór dokumentów opisujących działanie Systemu, m.in.: Dokumentacja Użytkownika wewnętrznego, Dokumentacja Użytkownika branżowego, Dokumentacja Użytkownika zarejestrowanego, Dokumentacja Administratora, Dokumentacja Techniczna, Dokumentacja Instalacji, Dokumentacja Analityczna, wytworzonych przez Wykonawcę i dostarczonych Zamawiającemu w ramach

wykonania przedmiotu Umowy”. W drugim wezwaniu w sprawie rażąco niskiej ceny zamawiający zadał m.in. pytanie: „czy w pozycji "wykonanie dokumentacji" zawarty jest koszt wykonania analizy biznesowej i systemowej oraz wykonania projektu systemu, o których mowa w WN-109 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia „Koncepcja systemu”. Jeśli koszt wykonania analizy biznesowej i systemowej oraz wykonania projektu systemu nie jest zawarty w pozycji "wykonanie dokumentacji" to prosimy o podanie pozycji kosztorysu, w której ten koszt jest ujęty”.

Z powyższych dokumentów wynika, że w wymaganiu WN-109 analiza systemowa i biznesowa nie została wprost przewidziana, jak też nie została wprost przewidziana w koszcie Dokumentacji w formularzu cenowym (choć zawarto tam zwrot: „m.in.”), natomiast w załączniku nr 1 do umowy wykonanie analizy wskazano nie jako część, ale obok opracowania Dokumentacji. Wreszcie w wezwaniu dotyczącym rażąco niskiej ceny zamawiający zapytał, czy analiza została uwzględniona w kosztach Dokumentacji, a jeśli nie – poprosił o wskazanie pozycji, w której została uwzględniona. Tym samym zamawiający w zadanym pytaniu dopuścił, aby koszt analizy systemowej i biznesowej został uwzględniony w innej pozycji, niż pozycje dotyczące Dokumentacji.

W odpowiedzi na drugie wezwanie (w pierwszym wezwaniu zamawiający nie pytał o Dokumentację) przystępujący Pentacomp wyjaśnił, że: „Koszt wykonania projektu systemu, analizy biznesowej i systemowej zawarty został w bloku zadania analityczne, a oszacowanie czasochłonności tego bloku zostało zrealizowane w oparciu o metodę wskaźnikową opisaną w pkt. 1 ppkt. 1.2. W pozycji „wykonanie dokumentacji” zawarty jest koszt wykonania poszczególnych dokumentów, w szczególności wskazanych w wymaganiach WN-104 oraz WN-109 w Tabeli 4 – Dokumentacja”. Uwzględnienie przez przystępującego zadań analitycznych potwierdza treść tabeli nr 5 i tabeli nr 6. Jak wskazano wyżej, ujęcie kosztów analizy systemowej i biznesowej w innych pozycjach niż dotyczące Dokumentacji, było dopuszczalne w świetle ww. dokumentów, zatem nie ma podstaw do stwierdzenia, że przystępujący popełnił błąd w sposobie kalkulacji.

Ponadto odwołujący wskazał w odwołaniu, że pracochłonność wykonania Dokumentacji wraz z ww. analizą powinna wynieść od 13.000 do 16.000 osobogodzin, przy czym opierając się na stawce 100 zł netto za roboczogodzinę, odwołujący obliczył, że przystępujący Pentacomp zamierza przeznaczyć na wykonanie tych prac jedynie 5.493 godziny. Odnosząc się do ww. argumentów, przede wszystkim wskazać należy, że stawka za roboczogodzinę w wysokości 123 zł brutto jest w ofercie Pentacomp stawką obowiązującą tylko dla wykonywania usług rozwoju. Tymczasem przyjmując rzeczywistą średnią stawkę za roboczogodzinę wskazaną w wyjaśnieniach Pentacompu z dnia 11.09.2019 r. i dokonując obliczeń metodą wynikającą z odwołania, uzyskujemy prawie 11.000 osobogodzin. Przy czym pamiętać należy, że przystępujący Pentacomp koszt analizy systemowej i biznesowej

wycenił odrębnie w kosztach zadań analitycznych. Odwołujący nie wskazał natomiast, ile godzin powinna zająć sama analiza lub wykonanie samej Dokumentacji bez analizy. Skoro jednak 13.000 osobogodzin wystarczy wg odwołującego na wykonanie Dokumentacji wraz z analizą, to 11.000 osobogodzin na wykonanie samej Dokumentacji nie wydaje się pracochłonnością zaniżoną.

Odnosząc się do oszacowania usług utrzymania odwołujący wskazał, że do ich wykonania potrzebne jest min. 6 etatów (najlepiej 8). Tymczasem wg obliczeń odwołującego, opierających się na stosowanej przez Pentacomp stawce za roboczogodzinę w wysokości 123 zł brutto i przyjęciu, że miesiąc liczy 170 - 180 roboczogodzin, przystępujący Pentacomp przewidział dla wykonania usług utrzymania zaledwie 2,5 etatu.

Odnosząc się do ww. argumentów, przede wszystkim wskazać należy, że stawka za roboczogodzinę w wysokości 123 zł brutto jest w ofercie Pentacomp stawką obowiązującą tylko dla wykonywania usług rozwoju. Tymczasem przyjmując rzeczywistą średnią stawkę za roboczogodzinę wskazaną w wyjaśnieniach Pentacompu z dnia 11.09.2019 r. (właściwą także dla usług utrzymania wg wyjaśnień z dnia 27.09.2019 r.) i dokonując obliczeń metodą wynikającą z odwołania, uzyskujemy ok. 5 etatów (różnica w obliczonej liczbie etatów dla usług utrzymania w obu odwołaniach wynika z tego, że odwołujący Sygnity przyjął 160 godzin w miesiącu, a odwołujący Asseco 170 – 180 godzin, zaś Izba każdorazowo dostosowuje swoje wyliczenia do metody przyjętej przez danego odwołującego). Oznacza to, że przystępujący Pentacomp nie założył dla wykonania usług utrzymania tylu etatów, ile odwołujący Asseco uważa za właściwe, niemniej jednak jest to liczba bliska wymaganej przez odwołującego i na pewno nie tak niska, jak zarzuca odwołujący.

Należy zatem zauważyć, że wykonawca Pentacomp w wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. i 27.09.2019 r. wskazał m.in., że dla usług utrzymania posiada dedykowany zespół wsparcia działający poza standardowymi godzinami pracy pozwalający połączyć dodatkowe serwisy przy minimalnych nakładach, ponadto podzielił świadczenie usługi utrzymania na 5 okresów, w ramach których w związku z malejącą liczbą błędów szacowane jest różne zaangażowanie I i II linii wsparcia. Przystępujący wskazał zatem okoliczności, które wpływają na określone oszacowanie kosztów wykonania zadania, a liczba etatów wynikająca z dokonanych obliczeń nie różni się istotnie od liczby wskazanej w odwołaniu jako wystarczająca. Podsumowując zatem powyższe ustalenia, a także biorąc pod uwagę, że metodyka szacowania kosztów przez każdego wykonawcę nie musi być taka sama, Izba uznała, że wyjaśnienia przystępującego Pentacomp w zakresie kosztów usługi utrzymania, w świetle zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska.

Odnosząc się do oszacowania komponentu Tożsamość odwołujący Asseco wskazał, że dla jego wykonania potrzeba min. 3010 roboczogodzin. W wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. przystępujący Pentacomp wskazał pracochłonność rzeczywiście na poziomie prawie o połowę niższym. Niemniej jednak w wyjaśnieniach z dnia 27.09.2019 r. dodał, że: „W oszacowaniu nakładu pracy dla modułu Tożsamość wykorzystano metodę porównawczą wraz z metodą wskaźnikową. Metoda porównawcza, w tym przypadku, polega na porównywaniu czasochłonności developmentu z innym, podobnym systemem zrealizowanym w przeszłości. Możliwość wykorzystania tej metody jest warunkowana posiadaniem doświadczeń w realizacji zbliżonego systemu i możliwa była do zastosowania w tym przypadku w związku ze zrealizowaniem przez Pentacomp innych systemów w obszarze zarządzania tożsamością: Profil Zaufany dla Centralnego Ośrodka Informatyki, Systemu autoryzacji dla systemu P2 SA dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia oraz mojeID dla Krajowej Izby Rozliczeniowej. Pracochłonność developmentu modułu Tożsamość oszacowano na 93MD. Pracochłonność pozostałych bloków zadań została określona w oparciu o metodę wskaźnikową, zgodnie z opisem metody w pkt. 1 ppkt. 1.2.” Dalej przystępujący Pentacomp zamieścił 2 tabele ze wskaźnikami udziału procentowego developmentu do bloków zadań Tożsamość oraz z summarycznym zestawieniem zadań Tożsamość. W ocenie Izby, brak jest podstaw, by zakwestionować te wyliczenia, zwłaszcza że koszt komponentu Tożsamość w ofercie Pentacomp jest średnim kosztem wśród trzech ofert złożonych w postępowaniu, a jedynie koszt przewidziany przez wykonawcę Asseco znacząco od tych kwot odbiega. Ponadto ponownie odwołujący Asseco oparł swoje zarzuty na stawce 100 zł netto za roboczogodzinę, podczas gdy, jak wskazano już wyżej, średnia stawka stosowana przez Pentacomp, także dla komponentu Tożsamość (co wynika z tabeli nr 8 wyjaśnień z dnia 11.09.2019 r.) jest znacznie niższa. Tym samym zarzutów odwołującego nie można uznać za zasadne.

Ponadto odwołujący wskazał też na konieczność uwzględnienia w wycenie kosztów: delegacji, szkoleń, nadgodzin, wyposażenia miejsca pracy, pracowniczych planów kapitałowych, PFRON, zarządu, sprzedaży i koszty nieobecności w pracy oraz wzrostu kosztów pracy. Przystępujący Pentacomp w swoich wyjaśnieniach nie rozbił ww. kosztów na tak szczegółowe pozycje, jak uczynił to odwołujący, niemniej jednak w wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. w poz. 9 tabeli nr 4 dotyczącej usług utrzymania i w poz. 12 tabeli nr 8 dotyczącej komponentu Tożsamość wskazał: „Koszty pośrednie, w tym koszty amortyzacji i konserwacji urządzeń, koszty dostarczonej energii, koszty administracyjne i związane z tworzeniem i utrzymaniem warunków pracy, koszty zarządu oraz wszelkie inne koszty nie uwzględnione w innych pozycjach tabeli”. Należy przy tym mieć na uwadze, że sposób udzielania wyjaśnień wynika ze stopnia szczegółowości i sposobu zadania pytania przez

zamawiającego, nie odnosi się zaś do (nieznanych jeszcze na etapie wyjaśniania) zarzutów konkurentów.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, wobec poczynionych powyżej ustaleń, nie można uznać, że przystępujący Pentacomp celowo zaniżył koszty Dokumentacji, usług utrzymania i komponentu Tożsamość i ich część przeniósł do pozycji: „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”. Z wyjaśnień przystępującego wynika, że koszty nie zostały zaniżone, zatem zarzut dopuszczenia się przez niego czynu nieuczciwej konkurencji należy uznać za niezasadny.

Podsumowując powyższe ustalenia, Izba uznała, że wyjaśnienia przystępującego Pentacomp z dnia 11.09.2019 r. i 27.09.2019 r., w świetle zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska. Wobec powyższego ustalenia, nie sposób stwierdzić też, aby złożenie oferty Pentacomp stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższymi zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

W tym miejscu Izba odniesie się także do wniosku odwołującego Asseco o powołanie biegłego specjalizującego się w zakresie organizacji i realizacji projektów budowy i wdrożenia złożonych systemów IT oraz w zakresie realizacji procesów utrzymania złożonych systemów IT na okoliczność ustalenia, czy złożone przez Pentacomp i Sygnity oferty oraz wyjaśnienia w zakresie ceny uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia oraz czy koszty przyjęte w cenie oferty są na realnym poziomie w wymienionym w odwołaniu zakresie. Izba uznała, że w świetle podniesionych zarzutów i wyjaśnień przystępującego Pentacomp, których treść pozwoliła także Izbie na samodzielne dokonanie określonych obliczeń oraz odnalezienie odpowiedzi na argumentację odwołującego, nie ma potrzeby powoływania biegłego. W związku z powyższym wniosek został oddalony.

### **Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity z powodu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.**

Odwołujący Asseco podniósł, że wykonawca Sygnity nie powinien być wzywany dwukrotnie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż pytania zadane w drugim wezwaniu w istocie stanowiły powtórzenie pytań z pierwszego wezwania. Ponadto odwołujący zakwestionował ceny wykonawcy Sygnity podane za takie elementy usługi, jak:

szkolenia przedwdrożeniowe i komponent Tożsamość. Odwołujący zarzucił także, że koszty wykonania ww. elementów zostały przez Sygnity celowo zaniżone i częściowo przeniesione do pozycji: „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W stosunku do pierwszego z ww. zarzutów aktualne pozostają ustalenia dotyczące tego samego zarzutu w stosunku do oferty Pentacomp. Należy zatem stwierdzić, że pytania w obu wezwaniach nie powtarzały się, zaś żądając szczegółowych kalkulacji w pierwszym wezwaniu zamawiający nie dookreślił stopnia tej szczegółowości. Dlatego też po uzyskaniu pierwszych wyjaśnień, konieczne było doprecyzowanie pytań w drugim wezwaniu. Przykładowo: czym innym jest żądanie w pierwszym wezwaniu szczegółowej kalkulacji w zakresie komponentu Tożsamość, a czym innym zapytanie w drugim wezwaniu o metodykę oszacowania nakładu pracy dla tego zadania. Z treści obu wezwań wynika, że wykonawca uznał, że dla podania szczegółowej kalkulacji wystarczające jest m.in. wskazanie liczby etatów, a nie domyślił się, że zamawiający oczekuje także wskazania metodyki oszacowania tej liczby. Nie można jednak obciążać wykonawcy konsekwencjami braku dookreślenia przez zamawiającego oczekiwanego stopnia szczegółowości wyjaśnień w sytuacji, gdy generalnie pierwotne wyjaśnienia były szczegółowe, a jedynie w pojedynczych aspektach wymagały jeszcze doprecyzowania. W przypadku wyjaśnień udzielonych przez przystępującego Sygnity w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie zachodziła zatem podstawa do odrzucenia jego oferty, natomiast dopuszczalne było skierowanie do niego drugiego wezwania w celu uzyskania przez zamawiającego w określonym zakresie bardziej precyzyjnych informacji.

Odnosząc się do oszacowania komponentu Tożsamość odwołujący Asseco wskazał, że dla jego wykonania potrzeba min. 3010 roboczogodzin. W wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. i 27.09.2019 r. przystępujący Sygnity rzeczywiście przewidział mniejszą pracochłonność niż wskazana przez odwołującego. Przewidział natomiast większą liczbę programistów niż wskazana przez odwołującego. Przystępujący podzielił wymagania dla komponentu Tożsamość na 5 grup i do każdej z nich przypisał specjalistów wg ról w projekcie. Na podstawie przewidywanego zaangażowania każdej z ról w wykonanie zadania, obliczył niezbędną liczbę etatów. W ocenie Izby, brak jest podstaw, by zakwestionować tę metodę kalkulacji, zwłaszcza że koszt komponentu Tożsamość w ofercie Sygnity jest najwyższym kosztem wśród trzech ofert złożonych w postępowaniu, ale porównywalnym do nich, a jedynie koszt przewidziany przez wykonawcę Asseco znacząco od tych kwot odbiega. Ponadto odwołujący Asseco oparł swoje zarzuty na stawce 90 zł netto za roboczogodzinę, podczas gdy średnia stawka stosowana przez Sygnity, także dla

komponentu Tożsamość, jest znacznie niższa. Tym samym zarzutów odwołującego nie można uznać za zasadne.

Odnosząc się do oszacowania kosztów szkoleń przedwdrożeniowych odwołujący Asseco wskazał, że koszty stałe prowadzenia szkoleń wynoszą ok. 30.000 zł, co oznacza, że po ich odjęciu przystępującemu Sygnity zostaje 198.000 zł netto na przeprowadzenie szkoleń, co jest kwotą niewystarczającą. Odwołujący obliczył średni koszt roboczogodziny w ofercie Sygnity na 59,90 zł, co jest wg niego kwotą rażąco niską, zwłaszcza w stosunku do stawki za roboczogodzinę przewidzianą dla szkoleń powdrożeniowych.

Przede wszystkim należy wskazać, że stawka za roboczogodzinę szkolenia przedwdrożeniowego i powdrożeniowego nie musi być taka sama ze względu na inny krąg adresatów obu tych rodzajów szkoleń (głównie: użytkownicy końcowi i administratorzy), który wpływa na inny poziom wiedzy technicznej, jaką musi posiadać szkolący, a co za tym idzie – na inną stawkę za roboczogodzinę. Podana przez Sygnity średnia stawka przy szkoleniach przedwdrożeniowych rzeczywiście wynosi niemal tyle, ile wskazał odwołujący, niemniej jednak, jak wskazano wyżej, jest to podyktowane innym charakterem szkoleń przedwdrożeniowych w stosunku do szkoleń powdrożeniowych. Ponadto odwołujący nie uwzględnił w swojej argumentacji dopuszczonej przez zamawiającego możliwości przeprowadzenia dla administratorów jednego szkolenia w jednej lokalizacji.

W wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. przystępujący Sygnity przedstawił w stosunku do każdego z rodzajów szkoleń odrębnie koszt przygotowania szkolenia i materiałów szkoleniowych oraz koszt przeprowadzenia szkolenia (wynajem sali, amortyzacja komputerów, usługa gastronomiczna i koszt wykładowcy wraz z kosztami wyjazdu służbowego). Do wyjaśnień przystępujący dołączył wydruki ze stron internetowych z ofertami handlowymi ośrodków szkoleniowych. Izba po analizie ww. wyjaśnień stwierdziła, że są one wiarygodne i wyczerpujące. W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że cena za szkolenia przedwdrożeniowe w ofercie Sygnity, jest ceną rażąco niską.

Ponadto odwołujący wskazał też na konieczność uwzględnienia w wycenie kosztów: delegacji, szkoleń, nadgodzin, wyposażenia miejsca pracy, pracowniczych planów kapitałowych, PFRON, zarządu, sprzedaży i koszty nieobecności w pracy oraz wzrostu kosztów pracy. Przystępujący Sygnity w swoich wyjaśnieniach nie rozbił ww. kosztów w taki sposób, jak uczynił to odwołujący, niemniej jednak w wyjaśnieniach z dnia 11.09.2019 r. wskazał: „Koszty stałe Sygnity związane z wynagrodzeniem pracowników wynoszą łącznie 19,48% (w tym znajdują się koszty: FP, FGŚP, koszty ubezpieczeń emerytalnych, rentowych, wypadkowych, które dla takiej instytucji jak Sygnity SA zostały ustalone przez ZUS na poziomie 0,67%). Dodatkowo w związku z Pracowniczym Planem Kapitałowym



założono, z ostrożności, że wszystkie koszty stałe zostaną podwyższone o 1,5%, co daje łącznie 20,98%. Wartość została zaokrąglona i na potrzeby poniższych wyliczeń koszty stałe pracodawcy przyjęto łącznie na poziomie 21%”. Przystępujący podając też wynagrodzenie określonych specjalistów w tabeli na str. 2 zaznaczył, że wynagrodzenie to uwzględnia stały koszt pracodawcy. Ponadto na str. 10 wyjaśnień z dnia 11.09.2019 r. przewidział takie koszty, jak: koszty finansowe, koszty środowisk wytwórczych Wykonawcy, koszty ogólnego zarządu, pozapłacowe koszty zatrudnienia pracowników (sprzęt, biuro, urlopy), koszty związane z zadaniami i zakresem odpowiedzialności, o którym mowa w § 4 Istotnych dla stron postanowień umowy „Współdziałanie i obowiązki Stron”. Należy przy tym ponownie podkreślić, że sposób udzielania wyjaśnień wynika ze stopnia szczegółowości i sposobu zadania pytania przez zamawiającego, nie odnosi się zaś do (nieznanych jeszcze na etapie wyjaśniania) zarzutów konkurentów.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, wobec poczynionych powyżej ustaleń, nie można uznać, że przystępujący Sygnity celowo zaniżył koszty szkoleń przedwdrożeniowych i komponentu Tożsamość i ich część przeniósł do pozycji: „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu oraz przeprowadzenie szkoleń przedwdrożeniowych”. Z wyjaśnień przystępującego wynika, że koszty nie zostały zaniżone, zatem zarzut dopuszczenia się przez niego czynu nieuczciwej konkurencji należy uznać za niezasadny.

Podsumowując powyższe ustalenia, Izba uznała, że wyjaśnienia przystępującego Sygnity z dnia 11.09.2019 r. i 27.09.2019 r., w świetle zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska. Wobec powyższego ustalenia, nie sposób stwierdzić też, aby złożenie oferty Sygnity stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Wniosek odwołującego Asseco o powołanie biegłego został oddalony z przyczyn wskazanych powyżej, tj. w części uzasadnienia dotyczącego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w stosunku do oferty Pentacomp.

### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawców Pentacomp i Sygnity na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.**

Odwołujący Asseco wskazał w odwołaniu, że obaj wykonawcy Pentacomp i Sygnity nie uzyskali punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu”, ponadto

wykonawca Pentacomp nie uzyskał maksymalnej liczby punktów w kryteriach „dodatkowe doświadczenie głównego analityka” oraz „dodatkowe doświadczenie kierownika ds. utrzymania”. Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł zarzut, że w wykazie usług na potwierdzenie drugiego z warunków dotyczącego doświadczenia, przystępujący Pentacomp wskazał usługę wykonywaną dla GITD, która wbrew treści warunku, nie obejmowała rozpoznawania skutków awarii sprzętu.

W opisie pozacenowych kryteriów oceny ofert zamawiający wymagał:

- 1) dla kierownika projektu – dodatkowego doświadczenia w projekcie dotyczącym co najmniej budowy lub modyfikacji systemu teleinformatycznego wspierającego procesy w postępowaniach sądowych i prokuratorskich (w dalszej części opisu kryterium zamawiający wskazał: „W przypadku gdy wskazana przez Wykonawcę osoba przewidziana do realizacji zamówienia jako kierownik projektu będzie posiadała minimalne doświadczenie określone w pkt. 7 2.2 SIWZ polegające jednocześnie na pełnieniu funkcji kierownika projektu w projekcie dotyczącym co najmniej budowy lub modyfikacji systemu teleinformatycznego wspierającego sądownictwo lub prokuraturę (tj. będzie to jedna ta sama usługa) Zamawiający nie przyzna ocenianej ofercie punktów w tym kryterium”); w kryterium tym można było uzyskać 5 pkt,
- 2) dla głównego analityka - dodatkowego doświadczenia w projekcie dotyczącym co najmniej budowy lub modyfikacji systemu teleinformatycznego wspierającego sądownictwo lub prokuraturę, za które można było uzyskać 5 pkt; ponadto również 5 pkt można było uzyskać za posiadanie certyfikatu Certified Business Analysis Professional lub równoważnego,
- 3) dla kierownika ds. utrzymania - dodatkowego doświadczenia w ramach systemu, w którym wskazana osoba pełniła rolę koordynatora utrzymania systemu odpowiedzialnego za udzielanie wsparcia Administratorom oraz użytkownikom, rozpoznawanie przyczyn i usuwanie Błędów oraz skutków Błędów, rozpoznawanie skutków awarii sprzętu oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego dedykowanego dla co najmniej 2000 użytkowników; za każdą taką rolę można było uzyskać 2,5 pkt, maksymalnie 5 pkt.

Odnosząc się do kwestii nieprzyznania punktów ofercie wykonawcy Pentacomp należy zauważyć, że:

- 1) Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, nie przyznał on punktów ofercie Pentacomp za dodatkowe doświadczenie kierownika projektu, ponieważ dla osoby wyznaczonej na to stanowisko przystępujący wskazał projekt, który obejmował tylko

wsparcie procesów sądowych, a nie obejmował jednocześnie wsparcia procesów prokuratorskich. Należy jednak zauważyć niekonsekwencję zamawiającego w opisie tego kryterium, polegającą na tym, że zamawiający w jednym miejscu żądał wsparcia procesów sądowych i prokuratorskich, a w drugim – wsparcia sądownictwa lub prokuratury. Niejasności treści siwz, w tym sprzeczność w opisie kryterium, nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców w postępowaniu. Wobec niespójności w opisie ww. kryterium, w ocenie Izby, należy wątpliwości rozstrzygać na korzyść wykonawców, a zatem przyznawać punkty zarówno za doświadczenie w projektach obejmujących wsparcie w postępowaniach sądowych i prokuratorskich, jak i w projektach obejmujących wsparcie w postępowaniach sądowych lub prokuratorskich.

Dla osoby wyznaczonej na ww. stanowisko przystępujący Pentacomp wskazał doświadczenie „w postępowaniach sądowych/prokuratorskich”. Tym samym nie można uznać, że przystępujący w świetle opisu kryterium, w którym w jednym miejscu dopuszczono wsparcie sądownictwa lub prokuratury, podał informacje nieprawdziwe stosując w opisie projektu znak „/”. Nie można też uznać, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd (raczej zamawiający wprowadził w błąd wykonawców) i że sposób wypełnienia wykazu osób przez przystępującego ma istotny wpływ na decyzje zamawiającego, skoro i tak wskazany projekt, wobec sprzeczności siwz, musi być uznany za spełniający postawiony wymóg.

- 2) W przypadku kryterium dodatkowego doświadczenia głównego analityka, przystępujący Pentacomp dla osoby wyznaczonej na to stanowisko nie wskazał żadnego doświadczenia, a jedynie certyfikat. Dlatego też uzyskał jedynie 5 pkt i nie ma podstaw do stwierdzenia, że podał jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje.
- 3) W przypadku dodatkowego doświadczenia kierownika ds. utrzymania przystępujący Pentacomp wskazał dwa projekty z rolami opisanymi tak samo jak w siwz. Jednakże zamawiający w wyjaśnieniach wskazał jedynie, że „w jednym z projektów nie zostały spełnione wszystkie wymagania dla przyznania punktów”. W świetle wyjaśnień zamawiającego nie można ustalić, które wymagania nie zostały spełnione i dlaczego, a także czy zamawiający dokonał właściwej oceny w tym zakresie. Wobec braku jakiegokolwiek dodatkowej argumentacji lub dowodów, brak jest też podstaw do stwierdzenia ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii nieprzyznania punktów ofercie wykonawcy Sygnity należy zauważyć, że zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, nie przyznał on punktów ofercie Sygnity za dodatkowe doświadczenie kierownika projektu, ponieważ dla osoby wyznaczonej

na to stanowisko przystępujący wskazał projekt, który (wg wiedzy zamawiającego) obejmował tylko wsparcie procesów sądowych, a nie obejmował jednocześnie wsparcia procesów prokuratorskich. Ponownie należy zatem wskazać niekonsekwencję zamawiającego w opisie tego kryterium, polegającą na tym, że zamawiający w jednym miejscu żądał wsparcia procesów sądowych i prokuratorskich, a w drugim – wsparcia sądownictwa lub prokuratury. Niejasności treści siwz, w tym sprzeczność w opisie kryterium, nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców w postępowaniu. Jak wskazano już wyżej, wobec niespójności w opisie ww. kryterium, należy wątpliwości rozstrzygać na korzyść wykonawców, a zatem przyznawać punkty zarówno za doświadczenie w projektach obejmujących wsparcie w postępowaniach sądowych i prokuratorskich, jak i w projektach obejmujących wsparcie w postępowaniach sądowych lub prokuratorskich.

Dla osoby wyznaczonej na ww. stanowisko przystępujący Sygnity wskazał doświadczenie „w postępowaniach sądowych i prokuratorskich”. Nawet jeśli zamawiający dysponuje wiedzą, że wskazany projekt nie obejmuje wsparcia dla obu rodzajów tych postępowań, to w świetle opisu kryterium, w którym w jednym miejscu dopuszczono wsparcie sądownictwa lub prokuratury, nie można uznać, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd (to raczej zamawiający wprowadził w błąd wykonawców) i że sposób wypełnienia wykazu osób przez przystępującego ma istotny wpływ na decyzje zamawiającego, skoro i tak wskazany projekt musi być uznany za spełniający postawiony wymóg.

Reasumując, w przedmiotowej sprawie w zakresie spełniania ww. kryteriów oceny ofert, nie zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawców Pentacomp i Sygnity w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ponieważ w świetle opisanych wyżej okoliczności nie można mówić o wprowadzeniu zamawiającego w błąd lub o istotnym wpływie na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie dotyczy kryteriów oceny ofert, ponadto w sprawie nie zachodzi też podstawa do wykazania zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadzenia w błąd oraz zatajenia informacji lub nieprzedstawienia wymaganych dokumentów.

Odnosząc się do kwestii wykazu usług złożonego przez przystępującego Pentacomp, należy zauważyć, że w drugim z warunków doświadczenia zamawiający wymagał wykazania co najmniej dwóch usług, których przedmiotem było utrzymanie rozumiane jako udzielanie wsparcia Administratorom oraz użytkownikom, rozpoznawanie przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów, rozpoznawanie skutków awarii sprzętu dla oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego dedykowanego dla co najmniej 2000 użytkowników. W wykazie usług przystępujący Pentacomp wskazał m.in. usługę

wykonywaną na rzecz GITD, w opisie której przepisał ww. wymagania zamawiającego, w tym wymóg, aby usługa obejmowała rozpoznawanie skutków awarii sprzętu.

Na podstawie dowodów złożonych przez odwołującego i przystępującego, tj. umowy zawartej z GITD oraz wyciągów z siwz, Izba stwierdziła, że wskazana przez przystępującego Pentacomp usługa nie obejmowała rozpoznawania skutków awarii sprzętu. Postanowienia umowy i siwz dotyczące: przedmiotu, naprawy Błędów, definicji Błędów, incydentów, usprawnienia, utrzymania i serwisu, odnoszą się każdorazowo do oprogramowania i samego systemu ST CEN. W dokumentach tych nie ma mowy o awariach sprzętu, tym bardziej o rozpoznawaniu ich skutków. Tym samym Izba stwierdziła, że przystępujący Pentacomp wpisując wprost do wykazu usług, że usługa obejmowała ww. zadanie, wprowadził zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie oceny spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Izba nie dopatryła się przy tym okoliczności przesądzających o tym, że przystępujący działał w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa, dlatego też nakazała zamawiającemu wykluczenie przystępującego Pentacomp na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (nie zaś art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp).

Jednocześnie Izba nie rozpoznała podniesionego na rozprawie zarzutu dotyczącego za małej liczby użytkowników dla ww. systemu wskazanego przez Pentacomp w wykazie usług, ponieważ zarzut ten nie był zawarty w odwołaniu.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Sygnity na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.**

Przystępujący Sygnity zaznaczył w JEDZ w punkcie dotyczącym pytania o wcześniejsze rozwiązanie umowy – „TAK”, dopisując jednocześnie odesłanie do informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z załącznika do JEDZ oraz z korespondencji pomiędzy przystępującym a zamawiającym, dla którego realizował on poprzedni projekt (zwanym dalej: „poprzednim zamawiającym”) wynika, że z uwagi na niewykonanie przez tegoż zamawiającego czynności określonych jako tzw. kamienie milowe, wykonawca Sygnity wezwał poprzedniego zamawiającego do realizacji jego zobowiązań pod rygorem odstąpienia od umowy. W przeddzień upływu terminu na odstąpienie od umowy przez Sygnity poprzedni zamawiający sam odstąpił od umowy. Następnie Sygnity również odstąpiło od umowy. Na chwilę obecną żadna ze stron ww. umowy nie podjęła dalszych kroków prawnych.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Należy zauważyć, że zarówno z regulacji unijnych, jak i wprost z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wynika, że zamawiający m.in. musi wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. Rolą zamawiającego jest zatem zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla

zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Oceniając stan faktyczny niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że na obecnym jej etapie niemożliwe jest przesądzenie, że do rozwiązania umowy zawartej z poprzednim zamawiającym doszło z przyczyn leżących po stronie przystępującego Sygnity. Wykluczenie wykonawcy nie może natomiast nastąpić w sytuacji, gdy zamawiający nie dysponuje argumentami/dowodami pozwalającymi wykazać zasadność tegoż wykluczenia. Skoro niemożliwe jest stwierdzenie, że do rozwiązania wcześniejszej umowy doszło z przyczyn leżących po stronie przystępującemu, to nie zachodzi też przesłanka jego wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Należy przy tym dodać, że samo wpisanie w odpowiednim punkcie formularza JEDZ „TAK” nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy. Wykonawca może bowiem zaznaczyć „TAK” przez pomyłkę lub z ostrożności, kierując się zwłaszcza treścią poszczególnych punktów tego formularza, która to treść nie zawsze jest zbieżna z treścią przepisów ustawy Pzp. Zatem zamawiający każdorazowo zobowiązany jest ocenić ziszczenie się przesłanek z art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp (w zakresie tych przesłanek fakultatywnych, które przewidział), niezależnie od sposobu zaznaczenia przez wykonawcę określonych punktów w formularzu JEDZ.

W przedmiotowej sprawie, jak wskazano już wyżej, na obecnym etapie brak jest podstaw, by stwierdzić, że odstąpienie od poprzedniej umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie przystępującego Sygnity. Tym samym nie zachodzi podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W konsekwencji oznacza to także, że przystępujący nie miał obowiązku skorzystać z instytucji samooczyszczenia.

Należy także zaznaczyć, że rozstrzygnięcie Izby dotyczy kwestii zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu, nie zaś kwestii oceny prawidłowości odstąpienia od poprzedniej umowy którejkolwiek ze stron.

### **Zarzut dotyczący zaniechania podania w informacji o wyborze oferty uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom.**

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamieścił tabelę z następującą punktacją przyznaną ofertom nieodrzuconym:

| Nr oferty | Nazwa (firma) i adres wykonawcy | Kryterium Cena (C) | Kryterium: Dodatkowe doświadczenie kierownika projektu (DK) – 5% | Kryterium: Dodatkowe doświadczenie kwalifikacje zawodowe głównego analityka (DKA) – 10% | Kryterium: Dodatkowe doświadczenie głównego architekta (DAr) - 10% | Kryterium: Dodatkowe doświadczenie głównego projektanta (DP) - 10% | Dodatkowe doświadczenie kierownika ds. utrzymania (DU) – 5% | Razem     |
|-----------|---------------------------------|--------------------|--|---|--|--|---|-----------|
| 1         | Pentacomp                       | 60 pkt             | 0 pkt.   | 5 pkt   | 10 pkt   | 10 pkt   | 2,5 pkt   | 87,50 pkt |
| 2         | Sygnity                         | 51,60 pkt          | 0 pkt  | 10 pkt  | 10 pkt   | 10 pkt   | 5 pkt   | 86,60 pkt |
| 3         | Asseco                          | 31,20 pkt          | 0 pkt  | 10 pkt  | 10 pkt   | 10 pkt   | 5 pkt   | 66,20 pkt |

Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego w określonych kryteriach niektórym ofertom nie przyznał w ogóle punktów lub przyznał mniej, niż można było maksymalnie uzyskać.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (...) wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy (...) wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z przepisu wynika, że oprócz punktacji przyznanej wszystkim ofertom zamawiający ma obowiązek podać m.in. uzasadnienie faktyczne. Wymóg podania uzasadnienia faktycznego oznacza, że zamawiający nie może ograniczyć się do podania wyłącznie liczby przyznanych punktów, ale ma także obowiązek wskazać, dlaczego danej ofercie przyznał albo nie przyznał określonej liczby punktów. Nie można się przy tym zgodzić z argumentacją zamawiającego, zgodnie z którą nie mógł on podać uzasadnienia faktycznego w zakresie punktów nieprzyznanych w kryteriach dotyczących doświadczenia określonych specjalistów, gdyż wykonawcy zastrzegli wykazy osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Abstrahując od prawidłowości tego zastrzeżenia, o czym mowa w uzasadnieniu wyżej rozpoznanych zarzutów, należy zauważyć, że zamawiający mógł wskazać, które wymogi siwz w stosunku do danego specjalisty nie zostały spełnione, nie ujawniając tym samym informacji zastrzeżonych. Podanie uzasadnienia faktycznego było więc możliwe, mimo tajemnicy przedsiębiorstwa i brak takiego uzasadnienia stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.



Biorąc pod uwagę znaczenie treści uzasadnienia wyboru oferty dla zapewnienia wykonawcom możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, Izba stwierdziła, że naruszenie ww. przepisu może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu. Izba nie nakazała zamawiającemu poprawienia uzasadnienia z dnia 31.10.2019 r., gdyż na skutek uwzględnienia obu odwołań zamawiający będzie musiał dokonać ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i sporządzić nowe uzasadnienie.

### **Zarzut dotyczący zaniechania wypełnienia pkt 27 protokołu postępowania.**

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie wypełnił pkt 27 protokołu postępowania, w którym należy wymienić wszystkie załączniki. Spowodowało to, że odwołujący zmuszony był na podstawie treści innych dokumentów, ustalać, jakie czynności zostały dokonane przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy 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, a samo postępowanie jest jawne. Warunkiem zachowania jawności, przejrzystości, a przede wszystkim uczciwej konkurencji i równego traktowania jest m.in. zapewnienie wykonawcom możliwości weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego poprzez korzystanie ze środków ochrony prawnej. Aby jednak wykonawca mógł korzystać z tych środków, musi mieć wiedzę o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego, również w stosunku do innych wykonawców. Wiedzę taką powinna zapewnić mu m.in. treść protokołu postępowania.

Brak wypełniania pkt 27 protokołu w trakcie postępowania skutkowało w niniejszej sprawie tym, że odwołujący jedynie na podstawie treści innych dokumentów musiał domniemywać, że zamawiający podejmował określone czynności. Powyższe utrudniło odwołującemu sformułowanie zarzutów odwołania, a zatem utrudniło mu skorzystanie z tego środka ochrony prawnej i stanowiło naruszenie art. 96 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę właśnie znaczenie treści protokołu, w tym wykazu załączników do protokołu, dla zapewnienia wykonawcom rzeczywistej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, Izba stwierdziła, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu oraz nakazała zamawiającemu wskazanie w protokole wszystkich załączników.

Reasumując:

- 1) odwołanie o sygn. akt: KIO 2284/19 zostało uwzględnione w zakresie jednego zarzutu, jeden zarzut został też cofnięty na posiedzeniu,
- 2) odwołanie o sygn. akt: KIO 2288/19 zostało uwzględnione w zakresie pięciu zarzutów, ponadto dwa zarzuty zostały cofnięte na rozprawie.

Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) nie przewidują wprost sposobu zasądzenia kosztów w przypadku jednoczesnego częściowego uwzględnienia odwołania, częściowego jego oddalenia i częściowego cofnięcia zarzutów, w tym w części – na rozprawie. Szczegółowe przepisy ww. rozporządzenia przewidują sposoby zasądzenia kosztów jedynie dla każdej z ww. sytuacji odrębnie, natomiast nie dla wszystkich łącznie. W tym stanie rzeczy o kosztach postępowania orzeczono zatem stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia. Za wynik przesądzający o tym, aby kosztami obciążyć w całości zamawiającego, Izba uznała fakt, że obaj odwołujący choćby w części osiągnęli cel złożenia przez siebie odwołań, tj. odwołujący Sygnity osiągnął cel w postaci usunięcia wykonawcy Pentacomp z pierwszej pozycji rankingu ofert, natomiast odwołujący Asseco osiągnął cel w postaci wykluczenia wykonawcy Pentacomp i odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Sygnity jako tajemnica przedsiębiorstwa, których treść może ewentualnie wykorzystać na dalszym etapie postępowania. W świetle powyższego Izba uznała, że wynik obu postępowań odwoławczych jest korzystny przede wszystkim dla odwołujących, dlatego zasądziła koszty od zamawiającego na ich rzecz.

Przewodniczący .....

.....

.....