

Sygn. akt: KIO 142/22

WYROK
z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Kyndryl Polska Business Services sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie Usług Ciągłości Działania oraz Usług Dodatkowych dla środowiska systemowego Mainframe”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2021 r., nr 2021/S 124-328817.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 17 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 Pzp poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na:
 - a. odrzucenie oferty odwołującego,
 - b. odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego,
 - c. zaniechanie odtajnienia i przekazania CUD informacji analogicznych jak w pkt b. i zastrzeżonych w ofercie Kyndryl Polska Business Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (d. IBM Polska Business Services sp. z o.o.) – dalej: Kyndryl - co uniemożliwia odwołującemu pełną weryfikację poprawności oferty Kyndryl i weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tę spółkę,
 - d. zaniechanie wykluczenia tego Kyndryl z postępowania,
 - e. zaniechanie odrzucenia oferty Kyndryl z postępowania.
- 2) art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp – poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty Kyndryl i zaniechanie ujawnienia odwołującemu w całości załącznika do protokołu postępowania w zakresie oferty Kyndryl pomimo tego, iż Kyndryl nie wykazał, iż poszczególne informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 3) art. 108 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Kyndryl pomimo, iż w odniesieniu do tego wykonawcy brak możliwości ustalenia wszystkich beneficjentów rzeczywistych w

rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 z dnia 1 marca 2018r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu,

- 4) art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z rozdziałem 4.2.2.7. SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Kyndryl pomimo, iż zataił informację o beneficjentach rzeczywistych innych niż członkowie zarządu Kyndryl,
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) i b) Pzp w zw. z rozdziałem 4.1.1.4.1. SWZ i w zw. z rozdziałem 4.2.2.7. SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty Kyndryl pomimo, iż wykonawca ten podał nierzetelne informacje dotyczące spełnienia warunku co do wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania,
- 6) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 7) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wybór oferty Kyndryl, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 8) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) ujawnienia i przekazania odwołującemu informacji dotychczas nieudostępionych ze względu na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o ustawy z 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowania z udziałem oferty odwołującego,
- 4) wykluczenia Kyndryl z postępowania,
- 5) odrzucenia oferty złożonej przez Kyndryl.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego

Odwołujący podniósł, że kryterium pozwalającym uznać cenę za rażąco niską jest brak opłacalności, oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu, realizacja zamówienia poniżej kosztów, całkowite oderwanie od realiów rynkowych. Zdaniem odwołującego zamawiający nie wykazał istnienia żadnej z tych przesłanek. Odwołujący podniósł, że wykonanie przez niego zamówienia za podaną cenę jest opłacalne a zaoferowana cena znacząco przewyższa koszty realizacji – fakt ten był wykazany w pismach z dnia 17 września 2021r. i z dnia 13 października 2021r. złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty ze względu na RNC musi poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym przewidzianym w art. 224 ust. 1 i 2 Pzp. Brak takiego postępowania, jego pozorność albo wadliwość uniemożliwia odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Według odwołującego, podane przez ZUS uzasadnienie odrzucenia jego oferty nie obala przedstawionych wyjaśnień (chodzi o wyjaśnienia z dnia 17 września 2021r. i z dnia 13 października 2021r.), nie wykazuje, że są one nieprawdziwe wreszcie nie wykazuje, że wykonanie zamówienia za cenę podaną w ofercie jest nieopłacalne lub poniżej kosztów, a to te elementy stanowią o tym, iż cena jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, że w analizowanej sprawie przedmiot zamówienia to wyłącznie praca ludzi. Zamawiający nie wykazał i nie podjął próby wykazania, iż przedstawione mu kwoty wynagrodzenia członków zespołu realizacyjnego są zbyt niskie albo poniżej cen rynkowych. Zdaniem odwołującego, dokonana ocena wyjaśnień jest nieobiektywna i wadliwa. Argumentował, że zamawiający winien wykazać, dlaczego uznał, że cena oferty to cena poniżej kosztów, a wykonanie zamówienia jest nierealne. Zamawiający tego nie uczynił i tym samym nie można uznać, że mamy do czynienia z RNC w jego ofercie.

Odwołujący podkreślał, że przedmiot zamówienia to usługa, którą świadczą osoby o odpowiednich i sprecyzowanych w SWZ kwalifikacjach. Realizacja zamówienia nie wymaga dostarczania jakichkolwiek licencji, programów komputerowych, narzędzi lub urządzeń.

Odwołujący podniósł, że wnioski, do których doszedł Zamawiający nie pozwalają na odrzucenie jego oferty. Po pierwsze, art. 224 ust. 6 Pzp mówi, że odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który mimo wezwania nie udzielił wyjaśnień w zakresie RNC – taka sytuacja nie miała miejsca. Po drugie, art. 224 ust. 6 stwierdza, iż odrzucenie oferty następuje, jeżeli wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający nie stwierdził, iż wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie pozwalają na stwierdzenie, że oferta nie jest rażąco niska – co nie jest przesłanką uzasadniającą odrzucenie oferty. Odwołujący podniósł, że poprzednia regulacja w zakresie RNC zawarta w uchylonej ustawie z 2004r. Prawo zamówień publicznych nakazywała odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Aktualnie ustawodawca wskazuje na odrzucenie oferty, jeżeli wyjaśnienia – a nie ich ocena dokonana przez Zamawiającego – nie uzasadniają podanej ceny. Jeżeli zatem wykonawca uzasadnił cenę, czyli przedstawił realny sposób w jaki tę cenę ustalił, to brak przesłanki do odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego dla zastosowania art. 224 ust. 6 Zamawiający musiałby wykazać, że wyjaśnienia nie uzasadniają ceny, jednak tego nie uczynił.

Odwołujący podniósł, że art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jest samodzielną przesłanką do odrzucenia oferty, a zatem, choćby ze względu na brzmienie art. 253 ust. 1 należy podać uzasadnienie faktyczne i prawne. W konsekwencji Zamawiający winien uzasadnić swoją

decyzję i – w okolicznościach niniejszej sprawy - wykazać, dlaczego przyjął, iż złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny oferty. Zdaniem odwołującego, pismo z dnia 5 stycznia winno zawierać uzasadnienie, dlaczego Zamawiający uznał, iż oferta odwołującego zawiera RNC.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zawyżył wartość przedmiotu zamówienia. Argumentował, że odniesienie do rozeznania rynku jest nieadekwatne. Rozeznanie rynku prezentowało inny (szerszy) zakres usługi i inaczej określono wymagania – przykładowo: wymagano, by cały zespół był zatrudniony na podstawie umów o pracę, a ostatecznie Zamawiający zrezygnował z tego wymagania i w postępowaniu takiego wymagania nie postawiono. Oszacowanie przedmiotu zamówienia zostało oparte o informacje przekazane przez dwa podmioty (z których jeden nie złożył oferty w postępowaniu) – Zamawiający nie wymagał podawania jakichkolwiek kalkulacji lub uzasadnienia ceny.

Odwołujący wskazał, że w czasie ustalania wartości szacunkowej zamówienia usługi podobne do objętego zamówieniem świadczyła spółka IBM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Umowa zawarta pomiędzy ww. wykonawcą a ZUS ustala:

- UCD – w kwocie 606.160,00 zł netto miesięcznie.
- UD – 500 zł za godzinę.

Odwołujący wskazał, że po zastosowaniu powyższych stawek do postępowania otrzymujemy:

- UCD 28.489.520,00 zł netto (606 tys x 47 miesięcy)
- UD 4.800.000,00 zł netto (500 x 9600h)

czyli łącznie 33.289.520,00 zł netto (40.946.109.60 zł brutto).

Zdaniem odwołującego, wykorzystanie rozeznania cenowego skutkowało wzrostem wartości szacunkowej z 33.289.520,00 zł do 47.531.795,10 zł – tj. o prawie 43%. Odwołujący argumentował, że jeżeli zatem przyjąć wartość zamówienia na kwotę 33.289.520,00 zł to przesłanki badania RNC w ogóle by nie zaistniały, a cena jego oferty nie byłaby niższa o 30% od oszacowania.

Odwołujący podniósł, że zgadza się co do zasady z wywodami ZUS zawartymi we Wstępie pisma z 5 stycznia (k. 5-6) – faktycznie serwery klasy Mainframe są stabilne i rzadko ulegają awariom, a starsze generacje rzadziej wymagają aktualizacji i poprawek. Słusznie Zamawiający wskazuje (k. 6) że wykonywanie przedmiotu zamówienia wiąże się przede wszystkim z kosztami osobowymi. Odwołujący argumentował, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia usługa polega na wykonywaniu określonych czynności przez ludzi. Zamówienie nie dotyczy jakichkolwiek dostaw a zatem wycenienie podlegała praca ludzi. Innymi słowy wykonywanie przedmiotu zamówienia wiąże się wyłącznie z kosztami osobowymi.

Odwołujący wskazał, że ZUS jest liczącym się na rynku odbiorcą usług informatycznych i z całą pewnością zna aktualną sytuację na rynku oraz kierunki zmian w

tym zakresie. Zdaniem odwołującego ustalenie, że cena jego oferty nie odbiega w dół od usług świadczonych w 2021 przez inne podmioty na rzecz Zamawiającego jest w przypadku Zamawiającego proste i oczywiste. Porównanie takie nie zostało dokonane. Według odwołującego rozważania ZUS o kosztach serwisu pogwarancyjnego są bezprzedmiotowe ze względu na odrębność od przedmiotu zamówienia i tym samym brak związku pomiędzy wyceną tych różnych zakresów usług. Odwołujący potwierdził, iż zna systemy teleinformatyczne ZUS, gdyż (pomijając wcześniejsze realizacje) od czerwca 2020r. świadczy serwis pogwarancyjny serwerów IBM Mainframe. ZUS nie zgłaszał zastrzeżeń do jakości i sposobu świadczenia tej usługi przez niego.

Pkt 1.1. Reżim świadczenia UCD.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający streszcza w tym punkcie wymagania zawarte w OPZ. Argumentował, że jeżeli oferta byłaby niezgodna z tymi wymaganiami to zostałaby odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, co jednak nie miało miejsca. Zdaniem odwołującego rozważania zamawiającego pozostają bez związku przyczynowo-skutkowego z odrzuceniem jego oferty. Odwołujący podniósł także, że żądanie wykazywania, że coś jest oryginalne (w znaczeniu unikalne) i dlatego jest tańsze nie znajduje uzasadnienia. Art. 224 ust. 1 Pzp jest skonstruowany w taki sposób, iż w przypadku składania wyjaśnień należy wykazać co miało wpływ na cenę. Opisywanie elementów potencjalnie cenotwórczych, które w odniesieniu do konkretnej sytuacji i oferty nie znalazły zastosowania jest przykładem fikcyjnego żądania. Można by bowiem przypuszczać, iż celem pytania jest znalezienie pretekstu do odrzucenie oferty przy zachowaniu pozornej zgodności z Pzp.

Pkt 1.2. Zarządzanie procesem świadczonych usług (...)

Odwołujący podniósł, że zamawiający słusznie odczytał jego intencje zawarte w przywołanych wyjaśnieniach. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający nie określił co rozumie pod pojęciem system świadczenia usług. W ocenie odwołującego sposób realizacji umowy wynikający z OPZ i z umowy jest na tyle jednoznaczny i precyzyjny, że trudno mówić o systemie świadczenia usług innym niż system wynikający z wymagań Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że spełnia samodzielnie wszystkie wymagania określone w SWZ i może samodzielnie wykonać zamówienie – dlatego nie prosił o oferty od osób trzecich (wyjątek to firma Atos Poland Global Services sp. z o.o. – dalej: Atos - o czym niżej) w tym zakresie i co za tym idzie ofert takich nie otrzymał.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał swoje wymagania i opisał, ile osób ma świadczyć usługę w konkretnym czasie. Odwołujący uważał, iż wprowadzanie zmian w tym zakresie nawet jeśli byłoby z jakichkolwiek powodów zasadne (choć odwołujący wskazał, że nie dostrzega takiego uzasadnienia) to skutkowałoby niezgodnością treści oferty z SWZ i odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zdaniem odwołującego niezrozumiałym jest fakt, negatywnej oceny informacji o braku polisy OC. Skoro Zamawiający nie wymagał ubezpieczenia OC to nie powinno być ono uwzględniane w wycenie i nie ma wpływu na cenę za wykonania przedmiotu zamówienia.

Pkt 1.3. Oryginalność oferowanych usług.

W ocenie odwołującego usługa nie ma w sobie nic z oryginalności, OPZ i projekt umowy są w zakresie opisu czynności jednoznaczne i narzucają sposób wyceny. Odwołujący argumentował, że nie może być karany odrzuceniem oferty za brak wyceny elementu, który nie istnieje. Zamawiający w Rozdziale 1.4. SWZ jednoznacznie zakazał składania ofert częściowych i wariantowych.

Pkt 1.4. Zgodność z prawem.

Odwołujący wskazał, że podał Zamawiającemu wszystkie żądane informacje. Uważał, że jeżeli – przykładowo – nie korzysta z pomocy publicznej, to oczywistym jest, że pomoc taka nie może być uwzględniona w cenie. W razie jakichkolwiek wątpliwości oświadczył, że nigdy nie korzystał z pomocy publicznej de minimis.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia miały charakter pozytywny tj. wyjaśniono co jest uwzględnione i nie odnoszono się do elementów, które nie zaistniały. Przykładowo, skoro żadna z osób przewidzianych do realizacji zamówienia nie będzie otrzymywała wynagrodzenia mniejszego niż minimalne – co nie jest sporne - to wyjaśnienia nie zawierały informacji o okolicznościach uzasadniających wypłaty w takiej wysokości. Zdaniem odwołującego w odniesieniu do każdej oferty i każdego postępowania ilość nieuwzględnionych w kalkulacji elementów jest nieograniczona i zawsze będzie można wskazać jakiś rzekomo pominięty element.

Pkt 1.5. Podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie żądał w SWZ podawania kalkulacji ceny i nie żądał podawania kalkulacji dla jakiegokolwiek elementu oferty. ZUS – jak sam przyznaje w piśmie z 5 stycznia br. żądał informacji o jego działaniach i o dokonywanym przez niego ustaleniu ceny. Odwołujący wskazał, że poprosił spółkę Atos o ofertę i taką ofertę otrzymał – oferta dotyczyła możliwości zaangażowania w realizację umowy osoby, która jest pracownikiem Atos. Odwołujący wskazał, że nie prosił o to, by spółka Atos sporządziła kalkulację, bo takiego wymagania nie było w SWZ. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie wezwał go do złożenia kalkulacji sporządzanej przez podwykonawcę i dlatego o taka kalkulację nie zabiegał w fazie wyjaśnień RNC. Odwołujący argumentował, że na potrzeby ustalenia ceny oferty wystarczająca była oferta Atos i to ta oferta była elementem kalkulacji dokonanej przez niego.

Odwołujący wskazał także, że ZUS przeprowadza porównanie ceny z 2018r. i ceny obecnej w kontekście zaangażowania wówczas podwykonawcy NTT co jest błędem. Dla oceny, czy ceny rynkowe usługi zmalały czy wzrosły istotne są tylko i wyłącznie kwoty

wskazane w ofercie. Zdaniem odwołującego niezrozumiałe jest odejmowanie od zaoferowanej ceny usługi jej elementów składowych (kwoty wynagrodzenia NTT). Do oceny czy ceny tego typu usług wzrosły czy zmalały znaczenie ma jedynie cena oferty.

- Cena usługi (UCD) zaoferowana w 2018r. to ryczałt miesięczny w kwocie 690.000,- zł
- Cena usługi (UCD) zaoferowana obecnie (w 2021) to ryczałt miesięczny w kwocie 465.000,- zł

Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że 465 tys. zł to mniej niż 690 tys. zł i obecna cena jest w istotny sposób niższa. Argumentował, że zamawiający porównując te dwa postępowania (tj. z 2018r. i z 2021r.) pominął istotne okoliczności. Odwołujący wskazał, że złożył w zapytaniu RFI w 2018 wycenę swoich usług (na bazie wymagań z zapytania, czyli np. bez podwykonawcy) na kwotę miesięcznego ryczału 370.000 zł netto. Ponadto wskazał, że zakres merytoryczny postępowania w 2018r. był szerszy niż obecnego

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający potwierdził, iż rynek usług w obszarze platformy Mainframe jest specyficzny. Zdaniem odwołującego niezrozumiałe jest wywód ZUS, co do dopuszczenia specjalistów pracujących na instalacjach zagranicznych (k. 10). Odwołujący wskazał, że korzysta niemal wyłącznie z potencjału polskich specjalistów i nie widzi konieczności analizowania rynków zagranicznych. Odwołujący oświadczył, że płaci swym specjalistom w złotówkach i w złotówkach jest rozliczane zamówienie. Okoliczność ta nie jest sporna.

Pkt 1.6. Koszty osobowe.

Odwołujący podniósł, że zamawiający otrzymał tabelę z wyszczególnionymi kosztami osobowymi rozpisany na osobę. Kwoty podane w tej tabeli nie budzą wątpliwości ZUS. Okoliczność ta jest kluczowa dowodzi bowiem, iż skoro koszt utrzymania poszczególnych osób nie jest oceniony jako zbyt niski, to w konsekwencji pozostałe wątpliwości Zamawiającego nie mogą doprowadzić do wniosku, iż mamy do czynienia z RNC.

Odwołujący podniósł, że dopuszczenie łączenia stanowisk prowadzi do zmniejszenia kosztów osobowych, ze względu na mniejszą ilość osób koniecznych do zatrudnienia. Zamawiający wskazywał w SWZ na potrzebę zatrudnienia 16 osób (koordynator, kierownik projektu i po dwie osoby w każdej grupie zadaniowej). Zamawiający w Rozdziale 4.1.1.4.2. wymagał, by wykonawcy dysponowali co najmniej 14 osobami (i odwołujący podniósł, że spełnił ten warunek) o odpowiednich kwalifikacjach. Łączenie stanowisk pozwoliło na redukcję zespołu o dwie osoby co daje oszczędność na poziomie ~15% oferty.

Zamawiający wskazał, że rozważa element ryzyka usług informatycznych. Rozważania te nie mają związku z przyczyną odrzucenia oferty CUD, gdyż jak sam Zamawiający wskazał, że opisał w metrykach poziom świadczenia Usług Ciągłości Działania. Zadaniem nowego wykonawcy będzie przede wszystkim utrzymanie opisanych w metrykach parametrów dostępności i ciągłości. Ponieważ jak sam wskazał, przeprowadził prace

analityczne i znajdują one odzwierciedlenie w SWZ to z punktu widzenia kalkulacji ceny wystarczającym jest dokonanie tej wyceny zgodnie z SWZ – i tak też uczyniono.

Odwołujący podniósł, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zastosowanej stawki godzinowej (200 zł netto w ofercie, 100 zł netto dla specjalisty – w wyjaśnieniach) są co najmniej dziwne. Według wiedzy odwołującego żaden ze specjalistów – pracowników ZUS nie otrzymuje wynagrodzenia według stawki 100 zł za godzinę – wszyscy otrzymują wynagrodzenia niższe. Według informacji dostępnych w Internecie starszy specjalista w ZUS zarabia (dane z 2017 – późniejszych nie udało się znaleźć) 3946 zł brutto - co oznacza (etat to 170 h miesięcznie) stawkę 23,21 zł/h. Zdaniem odwołującego w świetle powyższego twierdzenia zamawiającego o stawce 200 zł za godzinę jako za niskiej są niezasadne.

Pkt 1.7. Szkolenia

Odwołujący podniósł, że personel wskazany w jego ofercie jest kompetentny, należycie wyszkolony i spełnia wszystkie ujawnione w SWZ wymagania ZUS. Odwołujący argumentował, że nie przewiduje konieczności prowadzenia dodatkowych szkoleń w celu wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że SWZ nie wskazuje jaką technologię Zamawiający zamierza wprowadzić w przyszłości więc trudno mówić o tym, czy szkolenia będą potrzebne czy nie. Odwołujący podniósł, że nie zgadza się ze stwierdzeniem, że utrzymanie systemów to również ich rozwój. Rozwijanie systemu nie jest objęte zamówieniem. Zamawiający wskazuje, iż przewidział na Usługi Dodatkowe 9600 roboczogodzin – nie ma to jednak żadnego zauważalnego wpływu na konieczność przeprowadzania szkolenia.

Pkt 1.8. Wynagrodzenie specjalistów.

Odwołujący wskazał, że zamawiający otrzymał informację na temat wynagrodzeń specjalistów z zaznaczeniem, że kwoty są podawane z uwzględnieniem wszystkich kosztów zatrudnienia. Załączony raport S.&S. potwierdza, iż wynagrodzenie jest na – co najmniej – godziwym poziomie. Zdaniem odwołującego dowód z ww. raportu potwierdza, iż cena oferty zapewnia wykonanie zamówienia i nie jest niższa niż koszt wykonania usługi. Wyjaśnienie korelacji pomiędzy aktualną ofertą, a ofertą z 2018r. zostało dokonane.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie kwestionuje tego, że odwołujący realizuje na rzecz zamawiającego usługi dot. tego samego systemu komputerowego i dzięki temu posiada know how w tym zakresie i nie musi szacować ryzyk związanych z poznawaniem systemu.

Zarzuty dotyczące naruszenia zasady jawności.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył normy wyrażone w art. 16 pkt 1 Pzp, art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp gdyż nie mimo żądania nie przekazał mu

- a. Imion i nazwisk członków zespołu
- b. Nazwy podmiotu, który wystawił referencję

c. Dokumentów potwierdzających kwalifikacje osób

Odwołujący wskazał, że Kyndryl w dniu 28 grudnia 2021r. złożył oświadczenie o tym, że ww. dokumenty stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Oświadczenie to jest dość enigmatyczne. Odwołujący wskazał, że takie same dane stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, jednak Zamawiający ujawnił te dane po uwzględnieniu odwołania Kyndryl. Zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art.16 pkt 1 Pzp wymaga, by w takich samych okolicznościach wykonawcy byli traktowani tak samo. Zdaniem odwołującego dokumenty te winny być ujawnione mu zgodnie z zasadą równości. Niezależnie od powyższego, zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne może być ograniczona jedynie wyjątkowo.

Według odwołującego Kyndryl nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kyndryl nie wykazał, iż poszczególne informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzuty dotyczące braku możliwości ustalenia wszystkich beneficjentów rzeczywistych.

Odwołujący wskazał, że sankcja w postaci wykluczenia jest zależna od braku możliwości ustalenia beneficjenta i jest niezależna od innych okoliczności. Zdaniem odwołującego Kyndryl nie wykonał ustawowego obowiązku i nie ujawnił wszystkich beneficjentów rzeczywistych. Przedstawione wydruki z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych nie spełniają wymogów ustawowych w zakresie obowiązku ujawnienia beneficjentów rzeczywistych. Analogicznie rzecz się ma w odniesieniu do wszystkich podwykonawców Kyndryl.

Zarzuty dotyczące braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał (Rozdział 4.1.1.4.1.), by każdy z wykonawców wykazał że w okresie ostatnich trzech lat wykonał lub wykonuje co najmniej dwa zamówienia polegające na utrzymaniu systemu teleinformatycznego, każde o wartości co najmniej 8 000 000 PLN netto z zastrzeżeniem, że roczna wartość świadczonych usług nie była niższa niż 3 000 000 PLN netto, przy czym każde zamówienie dotyczyło zapewnienia dostępności tego systemu na poziomie co najmniej 99% i Wykonawca faktycznie zapewnił taką dostępność nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy. Zamawiający wymagał dwóch usług wykonanych (lub wykonywanych) przez jeden podmiot, czyli wykonawca ubiegający się o zamówienie miał wykonać lub wykonywać dwa zamówienia. SWZ nie dopuszczała możliwości sumowania doświadczenia tak jak to zrobił Kyndryl.

Odwołujący podniósł, że w celu potwierdzenia tego warunku Kyndryl przedstawił datowane na 9 lipca i podpisane 13 lipca 2021r. oświadczenie Deutsche Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej: DBP. Bank stwierdza, iż:

- a. IBM Polska Business Services sp. z o.o. wykonuje usługi od 13 maja 2011r.
- b. Usługi polegają na utrzymaniu dostępności i ciągłości działania systemu operacyjnego oraz węzłów baz danych
- c. Wartość zamówienia do dnia 3 sierpnia 2021r. przekracza 8 mln. zł netto.
- d. Roczna wartość świadczonych usług jest nie niższa niż 3 mln. zł netto
- e. IBM Polska Business Services sp. z o.o. zapewnił wymaganą dostępność powyżej 99% przez co najmniej 12 miesięcy.

Odwołujący wskazał, że powyższy dokument nie potwierdza spełnienia warunku, gdyż:

- a. Utrzymanie dostępności węzłów baz danych nie jest tożsame z utrzymaniem dostępności systemów teleinformatycznych.
- b. Z informacji na stronie internetowej DBP wynika, że usługa dotyczyła utrzymania aplikacji a nie utrzymania dostępności systemu informatycznego. Według odwołującego nie są to określenia tożsame. Z oferty Kyndryl i z dokumentu DBP nie wynika jaka część zamówienia dotyczyła usługi dostępności systemów teleinformatycznych.
- c. Usługa trwa od maja 2011 r. i przekracza 8 mln zł jednak Zamawiający wymagał, by usługa wykonana w ostatnich trzech latach miała taką wartość.
- d. Skoro usługa trwa od 10 lat i przekroczyła 8 mln, to średnio w okresie roku jej wartość wyniosła 800 tys. a powinna wynosić powyżej 3 mln.
- e. Z oświadczenia DBP wynika, iż IBM Polska Business Services sp. z o.o. zapewnił dostępność powyżej 99% przez co najmniej 12 miesięcy, ale nie jest wiadomym, czy dostępność taka miała miejsce w każdym z trzech ostatnich lat. Okoliczność ta jest bezsporna, bowiem w wyjaśnieniach SWZ z 11 sierpnia 2021 (pytanie i odpowiedź nr 44) wskazano: Zamawiający jednocześnie wyjaśnia, że roczna wartość dotyczy każdego pełnego (12 miesięcy) roku, w którym usługa była świadczona. Zdaniem odwołującego oświadczenie DBP nie potwierdza spełnienia warunku. Co świadczy o konieczności wykluczeniu z postępowania ze względu na niespełnienie wymagań i wprowadzenie Zamawiającego w błąd na skutek co najmniej rażącego niedbalstwa. Okoliczność ta miała wpływ na wynik postępowania bo ZUS uznał ofertę Kyndryl za najkorzystniejszą.
- f. oświadczenie nie potwierdza należytego wykonywania umowy, a zatem nie może służyć do potwierdzenia spełnienia warunku.

Zdaniem odwołującego w konsekwencji Kyndryl nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 2 lutego 2022 r., w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienia wykonawca Kyndryl Polska Business Services sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe z 1 lutego 2022 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie oraz w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 10 września 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 17 września 2021 r. co do ceny ofertowej odwołującego wraz z dowodami, wezwanie zamawiającego z 6 października 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 13 października 2021 r. r. co do ceny ofertowej odwołującego wraz z dowodami, wezwanie zamawiającego z 10 listopada 2021 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 126 ust. 2 Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 2 grudnia 2021 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie z 13 grudnia 2021 r., wezwanie zamawiającego z 22 grudnia 2021 r. skierowane do przystępującego w trybie ar. 128 ust. 1 Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 28 grudnia 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 5 stycznia 2022 r., załączniki do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.*

Stosownie do art. 18 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 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

Stosownie do art. 74 ustawy Pzp:

1. *Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.*
2. *Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:*
 - 1) *oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,*
 - 2) *wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków*
– *przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.*

Stosownie do art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, *Z postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, wyklucza się wykonawcę, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, 1086 i 2320).*

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w*

postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

4. *W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.*

5. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

6. *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Art. 226 ust. 1 stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

2) *została złożona przez wykonawcę:*

a) *podlegającego wykluczeniu z postępowania lub*

b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,*

8) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Art. 239 ustawy Pzp stanowi, że:

1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

2. *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

2) *wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie Usług Ciągłości Działania oraz Usług Dodatkowych dla środowiska systemowego Mainframe”.

Ustalono także, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 47.531.795,10 zł netto. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 20.10.2020 r. na podstawie rozeznania rynku, zgodnie z informacjami z Wniosku zakupowego znak sprawy: 993000/271/51/2020. Aktualność szacowania została potwierdzona pismem z dnia 18.05.2021 r. (pkt 3 protokołu postępowania, w dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

W specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zamawiający zawarł następujące postanowienia:

4.1.1. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki dotyczące:

4.1.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

4.1.1.4.1. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwa zamówienia polegające na utrzymaniu systemu teleinformatycznego, przy czym:

- 1) każde o wartości co najmniej 8 000 000 PLN netto z zastrzeżeniem, że roczna wartość świadczonych usług nie była niższa niż 3 000 000 PLN netto, oraz*
- 2) każde zamówienie dotyczyło zapewnienia dostępności tego systemu na poziomie co najmniej 99% i Wykonawca faktycznie zapewnił taką dostępność nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy.*

4.2.2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

4.2.2.7. który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2019 r. poz. 1115, 1520, 1655 i 1798).

4.4.2. Oświadczenia i dokumenty składane na podstawie wezwania Zamawiającego. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia:

4.4.2.4. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

4.4.2.4.1. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 4.1.1.4.1. SWZ – wykazu zamówień wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ oraz załączeniem dowodów określających, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie;

Dowodami potwierdzającymi czy zamówienia zostały wykonane należycie są:

- referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a w przypadku usług nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie, powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy,
- oświadczenie Wykonawcy – jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów.

4.4.2.5. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia, tj.:

4.4.2.5.3. informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

5.1. Wykonawca poda cenę oferty w sposób określony w pkt. 4 Formularza oferty "Formularz cenowy" (Załącznik nr 1 do SWZ).

5.7. Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy oraz uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie może ulec zwiększeniu w czasie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem Projektowanych postanowień umowy.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) odwołującego z ceną brutto 29.243.250,00 zł,
- 2) przystępującego z ceną brutto 42.680.987,70 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 58.464.107,97 zł brutto. (por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 10 września 2021 r. skierowanym do dowołującego wskazał, że w trakcie badania Państwa oferty, stwierdził że cena brutto złożonej oferty przedmiotu zamówienia jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

W związku z tym Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”, zwraca się do Państwa z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług;

- 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;*
- 3) *oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;*
- 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5) *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7) *zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
- 8) *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Wyjaśnienia powinny uwzględniać m.in. pełny zakres przedmiotu zamówienia wskazany w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) i zawierać konkretne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty. Ponadto należy wskazać:

1) koszty osobowe, aby czynności związane z realizacją przedmiotowych Usług Ciągłości Działania i Usług Dodatkowych, były wykonywane przez pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę lub podwykonawcę, z uwzględnieniem reżimu świadczenia usług, zakresu zadań grup zadaniowych oraz skali środowisk teleinformatycznych Zamawiającego, w szczególności:

- a. wynagrodzenia i pochodne;*
- b. koszty szkoleń;*
- c. koszty podróży służbowych.*

- 2) *szczegółową kalkulację zysku Wykonawcy i podwykonawcy wliczonego w cenę oferty;*
- 3) *koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 4) *wycenę ryzyk związanych z:*
 - a. realizacją umowy (jak np. zapłata kar umownych, wypowiedzenie/odstąpienie od umowy);*
 - b. niedotrzymaniem parametrów usług określonych w metrykach oraz wystąpieniem niedostępności środowisk objętych usługą oraz kosztów związanych z przywróceniem tych środowisk do pełnej sprawności (pracochłonność).*
- 5) *ogólne koszty administracyjne związane z obsługą umowy (np. koszty obsługi prawnej, koszty ogólnego zarządu, koszty księgowości, koszt tłumaczy i tłumaczeń, koszty utrzymania biura);*

6) korelację obecnej oferty z ofertą jaką Wykonawca złożył w dniu 11 czerwca 2018 r., z uwzględnieniem zmian w okresie od 2018 r. do 2021 r. ceny producentów usług związanych z obsługą działalności związanej z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki oraz działalności powiązanej, w tym wskaźnikami cen publikowanych w GUS;

7) że cena całkowita wskazana w ofercie obejmuje pełny przedmiot zamówienia;

8) inne ceny lub koszty istotnych składników finalnej ceny.

Zamawiający informuje, że przedstawiony katalog nie ma charakteru zamkniętego i Wykonawca powinien zidentyfikować i wskazać wszystkie inne ewentualne elementy cenotwórcze. Jeżeli pewne elementy cenotwórcze spośród powyżej wskazanych nie będą miały zastosowania do realizacji zamówienia, wówczas Wykonawca powinien w wyjaśnieniach na niniejsze wezwanie wykazać brak konieczności uwzględnienia danego elementu cenotwórczego w kalkulacji ceny oferty. Zamawiający, co do zasady, dokona oceny oferty biorąc pod uwagę cenę całkowitą oferty. Jeżeli Wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

(por. wezwanie w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 17 września 2021 r. wraz z załącznikami. Część wyjaśnień została objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego i nie zostanie przytoczona. W wyjaśnieniach odwołujący wskazał, co następuje.

1. Podana przez CUD kwota wynagrodzenia (cena oferty) pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami ustalonymi w obowiązującej w Postępowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej: SWZ. Oferta uwzględnia wszystkie wynikające z SWZ wymagania Zamawiającego w szczególności wyartykułowane w opisie przedmiotu zamówienia i we wzorze umowy. Co więcej zakładany poziom rezerw i zakładany poziom zysku czynią realizację zamówienia korzystną i opłacalną. (...)

3. Zamawiający podał, iż wartość zamówienia wynosi 58.464.107,97 zł brutto. Ponieważ cenę warunkują reguły rynkowe to szacowanie wartości zamówienia w reżimach ustawy Prawo zamówień publicznych jest zawsze jedynie mniej lub bardziej prawdopodobną projekcją kosztów koniecznych do poniesienia przez Zamawiającego. Wartość szacunkowa jest – zgodnie z wolą ustawodawcy – ustalana wedle sztywnych reguł wynikających z przepisów.

Trzeba zwrócić uwagę, że w niniejszej sprawie Zamawiający dokonał oszacowania w wysokości znacznie przewyższającej wartość obecnie obowiązującej umowy.

a) Obecnie obowiązująca umowa realizowana przez światową korporację – IBM opiewa na miesięczny ryczałt w kwocie 606.160,00 zł netto.

b) Jest oczywistym, że taki koncern ma znacznie wyższe koszty funkcjonowania niż mikroprzedsiębiorstwo jakim jest CUD.

c) Cena ryczałtu zaoferowanego przez CUD jest niższa od obecnej ceny IBM o mniej niż 24%.

d) Średnia cena ofert w obecnym przetargu to ok. 35,5 mln. zł. Oferta CUD jest niższa od tej średniej o mniej niż 20%.

e) Podsumowując, odniesienie do faktycznych kosztów i średniej cen wskazuje, że cena CUD jest niższa o 20-24% co samo w sobie powoduje, iż nie można jej uznać za cenę rażąco niską w rozumieniu art. 224 pzp.

4. Szacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego nie obejmuje możliwych do osiągnięcia przez konkretnego wykonawcę – tu: CUD - oszczędności oraz cen wynikających m. in. z jego pozycji na rynku, doświadczenia, efektu skali i wynikającej z tego faktu możliwości obniżenia kosztów.

5. W niniejszej sprawie niemożliwym do przecenienia jest fakt, iż CUD realizuje u Zamawiającego zamówienie dotyczące tego samego systemu komputerowego, a zatem zna specyfikę urządzeń, specyfikę wymagań ZUS, specyfikę organizacji pracy i nie musi z tego tytułu tworzyć rezerw związanych z ryzykiem biznesowym. Dotychczas ryzyko takie było wycenione na ~10% ceny.

6. Dość długi okres świadczenia usług (48 miesięcy) i przyjęty przez Zamawiającego sposób rozliczenia pozwala na zaplanowanie i zorganizowanie realizacji w sposób maksymalnie oszczędny i efektywny. Przykładowo, kluczowym elementem kosztotwórczym jest praca ludzi a ten z kolei można ograniczyć dzięki właściwej organizacji pracy.

7. Cena wskazana w ofercie CUD jest skalkulowana rzetelnie, w sposób zapewniający możliwość zrealizowania zamówienia, osiągnięcie zysku - jest to cena rynkowa.

8. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym w zakresie twierdzenia, że ceny usług utrzymania systemów informatycznych na platformie IBM zSeries w Polsce w okresie ostatnich trzech lat wzrosły. Wprost przeciwnie ceny te w istotny sposób spadły. Wskazujemy na ceny usług utrzymania i eksploatacji świadczonych systemów informatycznych świadczonych na rzecz ZUS (Zamawiającego) przez takie firmy jak np. ZETO Rzeszów, ZETO, Koszalin czy ZETO Kielce. Mimo, że zakres prac pozostaje niezmienny o lat to ceny regularnie spadają.

Według uzyskanych od tych firm informacji w okresie od 2018 do dziś ceny usług spadły o ponad 30%.

9. Na spadek cen usług utrzymania systemów IBM zSeries w bardzo istotny sposób wpływa również zmniejszająca się liczba takich systemów w Polsce. W roku 2018 takich systemów

było około 40. Obecnie jest ich około dziesięciu. Powoduje to większą podaż specjalistów na tym specyficznym rynku i w konsekwencji niższe ceny ich pozyskania.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 6 października 2021 r. skierowanym do odwołującego wskazał, że zwraca się do Państwa z prośbą o doprecyzowanie złożonych wyjaśnień odnośnie kwestii, o których mowa poniżej:

Zgodnie z treścią pisma 993200/271/IN-754/2021 Zamawiający poprosił Państwa o udzielenie wyjaśnień m.in. w zakresie:

1) kosztów osobowych, aby czynności związane z realizacją przedmiotowych Usług Ciągłości Działania i Usług Dodatkowych były wykonywane przez pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę lub podwykonawcę, z uwzględnieniem reżimu świadczenia usług, zakresu zadań grup zadaniowych oraz skali środowisk teleinformatycznych Zamawiającego, w szczególności:

a. wynagrodzeń i pochodnych;

2) szczegółowej kalkulacji zysku Wykonawcy i podwykonawcy wliczonego w cenę oferty;

W swojej odpowiedzi na ww. pismo wskazali Państwo m.in.

- o „Dość długi okres świadczenia usług (48 miesięcy) i przyjęty przez Zamawiającego sposób rozliczenia pozwala na zaplanowanie i zorganizowanie realizacji w sposób maksymalnie oszczędny i efektywny. Przykładowo, kluczowym elementem kosztotwórczym jest praca ludzi a ten z kolei można ograniczyć dzięki właściwej organizacji pracy.”*
- o „W kalkulacji przewidziano dodatkowe osoby ponad wymagane w celu zapewnienia większego bezpieczeństwa zespołu,*
- o Poszczególne osoby będą współpracować jako samozatrudnieni, na podstawie umowy cywilno prawnej lub na umowy o pracę,*
- o Podany koszt jest kosztem średnim jednej osoby z uwzględnieniem wszystkich kosztów zatrudnienia (narzuty na płace).”*
- o „Jednocześnie koszt zatrudnienia podwykonawców nie zmienił się w sposób istotny. Poprzednio w sprawę zaangażowane było ZETO Rzeszów obecnie spółka ATOS – w obu przypadkach koszt udziału jako podwykonawcy tych przedsiębiorstw jest zbliżony.*

W załączeniu uzgodniony z ATOS załącznik do umowy precyzujący koszty współpracy.”

Zamawiający zwraca się z prośbą o doprecyzowanie złożonych wyjaśnień, poprzez wskazanie jakie elementy składowe wpływają na koszt zatrudnienia jednego specjalisty, w jaki sposób wyliczono koszt uśredniony, jakie są koszty wynagrodzenia poszczególnych członków zespołu (skoro są różne) i które spośród wskazanych w wykazie osób są zatrudnione na umowę o pracę a które w oparciu o umowę cywilno-prawną.

Prosimy o wyjaśnienie pojęcia „właściwa organizacja pracy” – na czym polega właściwa organizacja, jak jest skonstruowana i w jaki sposób ma wpłynąć na ograniczenie elementu kosztotwórczego jakim jest praca ludzi, przy realizacji niniejszego zamówienia?

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na załączony do wyjaśnień na str. 10 „Załącznik – warunki z ATOS”, załącznik ten został podpisany z Państwa strony, jednakże brak jest akceptacji warunków ze strony podwykonawcy, zatem Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić z treści przedłożonego dokumentu, że podwykonawca ATOS przyjął i potwierdził koszty współpracy, o których mowa w załączniku. Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób dokonali Państwo oszacowania wysokości tych kosztów oraz przedstawienie kalkulacji tych kosztów ustalonych z podwykonawcą?

Jeżeli Wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia nie uzasadnią podanej w ofercie ceny, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W tym miejscu Zamawiający zwraca uwagę, iż dodatkowe wyjaśnienia muszą ściśle odnosić się do wyjaśnień złożonych w pierwotnym terminie i nie mogą zmieniać ich treści.

(por. ww. wezwanie w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 13 października 2021 r. wraz z załącznikami. Część wyjaśnień została objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego i nie zostanie przytoczona. W wyjaśnieniach odwołujący wskazał, co następuje.

*1. CUD podtrzymuje i ponawia wcześniejsze wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, która pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami ustalonymi w obowiązującej w Postępowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej: SWZ. Oferta uwzględnia wszystkie wynikające z SWZ wymagania Zamawiającego w szczególności wyartykułowane w opisie przedmiotu zamówienia i we wzorze umowy. Co więcej zakładany poziom rezerw i zakładany poziom zysku czynią realizację zamówienia korzystną i opłacalną.
(...)*

Ustalono także, że pismem z 10 listopada 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia podmiotowego środka dowodowego o którym mowa w pkt 4.4.2.4. SWZ, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 4.1.1.4.1 SWZ, tj.:

wykazu zamówień wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na

rzecz których zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ oraz załączeniem dowodów określających, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył 22 listopada 2022 r. wykaz usług. W wykazie tym wymienił trzy usługi:

- 1) *Świadczenie usług utrzymania systemu teleinformatycznego polegające na utrzymaniu dostępności i ciągłości działania systemu operacyjnego i węzłów baz, na rzecz Deutsche Bank Polska, 00-609 Warszawa, Al. Armii Ludowej 26, w okresie od 13-05-2011 do 30-04-2022, o wartości zamówienia netto nie mniej niż 8 000 000 złotych, o rocznej wartości świadczonych usług nie mniejszej niż 3.000.000 netto w PLN, jako zasób własny,*
- 2) *Świadczenie usług utrzymania systemu teleinformatycznego polegające na utrzymaniu dostępności i ciągłości działania systemu na rzecz klienta (informacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego), w okresie od 28-02-2006 do 31-12-2019, o wartości zamówienia netto nie mniej niż 8 000 000 złotych, o rocznej wartości świadczonych usług nie mniejszej niż 3.000.000 netto w PLN, jako zasób własny,*
- 3) *Świadczenie usług ciągłości działania i utrzymania dla infrastruktury IBM Mainframe w obszarze podsystemów: systemu operacyjnego z/OS, baz danych Db2 oraz ADABAS, Automatykacji, CICS, GDPS/PPRC, na rzecz zamawiającego, w okresie od 16-11-2018 do 30-11-2021, o wartości zamówienia netto 27 578 764,80 złotych, o rocznej wartości świadczonych usług 7 273 920,00 netto w PLN, jako zasób IBM Polska sp. z o.o.*

Do wykazu załączono m.in. referencje Deutsche Bank Polska S.A, w których ww. podmiot oświadcza, że *IBM Polska Business Services sp. z o.o. Wykonuje od dnia 13 maja 2011 na rzecz Deutsche Bank Polska S.A. usługi polegające na utrzymaniu systemu teleinformatycznego, rozumiane jako utrzymanie dostępności i ciągłości działania systemu operacyjnego oraz węzłów baz danych. Wartość tego zamówienia do dnia 03.08.2021 przekracza 8 000 000 złotych (netto), a roczna wartość świadczonych usług nie jest niższa, niż 3 000 000 złotych (netto).*

Jednocześnie potwierdzam, że umowa z IBM Polska Business Services sp. z o.o. zawiera zobowiązanie zachowania dostępności systemu teleinformatycznego na poziomie powyżej 99% i IBM Polska Business Services sp. z o.o. faktycznie zapewnił taką dostępność przez co najmniej 12 miesięcy.

Uzasadnienie zastrzeżenia m.in. danych klientów z wykazu usług przedstawił w oświadczeniu z dnia 22 listopada 2021 r.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2021 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz zgodnie z pkt. 4.4.2. Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) wezwał przystępującego do złożenia m.in.:

2. Podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 4.4.2.4. SWZ, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

1) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 4.1.1.4.2. SWZ - Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat powierzonej im funkcji ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ;

3. Podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia, tj.: (...)

3) informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył w dniu 13 grudnia 2021 r. informacje z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w odniesieniu do przystępującego oraz podwykonawców. W informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w odniesieniu do przystępującego wymieniono członków zarządu przystępującego. W informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w odniesieniu do podwykonawców wymieniono członków zarządu podwykonawców.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył także wykaz osób. Przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, m.in. informacje zawierające imiona i nazwiska osób wymienionych w wykazie.

Uzasadnienie zastrzeżenia informacji z wykazu osób przystępujący przedstawił w oświadczeniu z dnia 13 grudnia 2021 r.

Ustalono także, że pismem z 22 grudnia 2021 r., zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu osób we wskazanym w wezwaniu zakresie.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący przy piśmie z 28 grudnia 2021 r. złożył uzupełniony wykaz osób. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji z uzupełnionego wykazu osób przystępujący przedstawił w oświadczeniu z dnia 28 grudnia 2021 r.

Następnie ustalono, że pismem z 5 stycznia 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i o

wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że iż wyjaśnienia Wykonawcy nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego i nie pozwalają na stwierdzenie, że zaoferowana za wykonanie przedmiotu zamówienia cena nie jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia są lakoniczne i nie poparte żadnymi dowodami.

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał m.in.:

Na wstępie uzasadnienia odrzucenia oferty nr 2 należy scharakteryzować środowisko Mainframe, które ma kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia i można je podzielić na dwa obszary:

- 1) Obszar infrastruktury sprzętowej, w tym serwery IBM typu Mainframe,
- 2) Obszar infrastruktury systemowej, w tym środowiska objęte Usługą Ciągłości Działania.

Zakres i sposób utrzymanie tych dwóch obszarów jest zupełnie inny. Inny jest również rozkład kosztów za usługi utrzymania obu tych obszarów. (...)

Wykonawca od 9 czerwca 2020 r. realizuje umowę na serwis pogwarancyjny serwerów IBM Mainframe. Ze względu na wysoką dostępność i odporność na awarie jakie gwarantują serwery IBM Mainframe, charakter tej umowy jest reaktywny. Oznacza to, że Wykonawca reaguje na zgłoszone przez Zamawiającego zdarzenia i w przypadku problemów z działaniem urządzeń, doprowadza je do stanu sprzed ich wystąpienia. Dodatkowo, Wykonawca w sposób cykliczny dokonuje analizy zasadności aktualizacji oprogramowania mikrokodowego, co jest jedynym działaniem mających charakter proaktywny. (...)

Zupełnie inna natomiast jest charakterystyka utrzymania obszaru systemowego, które objęte są Usługami Ciągłości Działania. Przedmiotem zamówienia jest zapewnienia ciągłości działania środowiska systemowego Mainframe w zakresie opisanym w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”), na poziomie określonym w metrykach usług. Zamawiający wskazuje, że wykonywanie przedmiotu zamówienia na Usługi Ciągłości Działania, wiąże się przede wszystkim z kosztami osobowymi, ale również ryzykiem związanym z realizacją umowy na tak skomplikowanym, rozbudowanym środowisku.

1.1. Reżim świadczenia UCD

Zgodnie z pkt II.1.3) OPZ, Wykonawca będzie świadczył Usługi Ciągłości Działania dla:

- Środowiska Produkcyjnego ZWAPPLX KSI;
- Środowiska Produkcyjnego WRPPLX NROI;
- Środowiska Nieprodukcyjnego.

W pkt II.1.4 i 5) OPZ wskazano warunki świadczenia UCD, odwołując się m.in. do Metryk utrzymania, w ramach których wskazano na cykl metryki 7 dni w tygodniu, 24 godziny na dobę.

Obowiązkiem Wykonawcy jest utrzymanie dostępności metryk, co oznacza, że system i jego elementy określone w metrykach, mają być dostępne 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę.

Zgodnie z pkt II.1.9) OPZ:

„Zamawiający dopuszcza realizowanie przez Wykonawcę Usług Ciągłości Działania oraz Usług Dodatkowych na miejscu (w siedzibie Zamawiającego) lub zdalnie (poza siedzibą Zamawiającego), przy czym Zamawiający wymaga, aby na miejscu (w siedzibie Zamawiającego) Usługi Ciągłości Działania były świadczone przez co najmniej jednego inżyniera Wykonawcy dedykowanego do każdej Grupy Zadaniowej od nr 2 do nr 7, we wszystkie Dni Robocze w godzinach od 7:00 do 18:00. Zamawiający zapewni Wykonawcy dostęp, w trybie ciągłym (24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu), do 12 stanowisk pracy i stacji roboczych w Centralnym Ośrodku Obliczeniowym (COO).”

Świadczenie Usług Ciągłości Działania polega przede wszystkim na:

1) dotrzymaniu parametrów metryk poprzez zapewnienie ciągłego dostępu do danych i systemów produkcyjnych z gwarantowaną dostępnością wskazanych w metrykach elementów infrastruktury systemowej (z/OS, Db2, TWS, Adabas/Natural, CICS) oraz zagwarantowanie dostępności systemu na poziomie nie mniejszym niż 99,6% i czasu odtworzenia systemu po awarii nie dłuższym niż 6 godzin.

Dostępność na poziomie 99,6% oznacza, że w skali całego miesiąca akceptowany jest przestój systemów przez około 3 godziny.

2) wykonywaniu czynności niedoprowadzających do wystąpienia awarii/przestoju poprzez wykonywanie rutynowych procedur administratorskich w cyklu dziennym oraz innych zadań opisanych dla każdej Grupy Zadaniowej;

3) czynnym udziale w procesie zarządzania zmianą, w tym udział w przerwach konserwacyjnych, serwisowych i wdrożeniowych oraz przerwach inicjowanych przez Wykonawcę UCD;

4) szczegółowym raportowaniu w cyklu tygodniowym działania funkcjonowania wszystkich obszarów systemowych, z uwzględnieniem;

5) czynnym udziale w rozwiązywaniu awarii. (...)

Analiza wyjaśnień Wykonawcy

1.2. Zarządzania procesem świadczonych usług, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki usług

Zamawiający wskazuje, że w treści wezwania z dnia 10.09.2021 r. prosił o wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny, m.in. z uwzględnieniem: zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług. Wykonawca w powyższym zakresie ogólnie wskazał w Wyjaśnieniach 1, że kalkulacja wynagrodzenia opiera się na wymaganiach opisanych przez Zamawiającego w SWZ, w tym opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy. Nadto odwołał się do ogólnych stwierdzeń, że w niniejszym postępowaniu Wykonawca może sam ubiegać się o zamówienie oraz, że Zamawiający nie wymaga polisy OC. W wyjaśnieniach nie sposób odnaleźć stanowiska

Wykonawcy, co do ewentualnie proponowanych rozwiązań technicznych, warunków świadczenia usług. Co prawda Wykonawca odwołuje się w swoich wyjaśnieniach do kwestii wpływu na cenę wymagań dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, jednakże Zamawiający uznał je za niewystarczające i nieudowodnione, o czym w dalszej części uzasadnienia.

1.3. Oryginalność oferowanych usług

W zakresie oryginalności oferowanych usług Wykonawca również nie przedstawił Zamawiającemu wyliczenia kosztów. W wyjaśnieniach przesłanych do Zamawiającego Wykonawca powołuje się tylko na doświadczony personel i swoje doświadczenie: „SWZ wskazuje jakie są wymagania Zamawiającego. Wymagania te nie odbiegają od dotychczasowej praktyki i nie sposób przypisać im szczególnego cenotwórczego znaczenia. CUD ma wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług tożsamych ze wskazanymi w Postępowaniu, co pozwala należycie oszacować i zoptymalizować koszty realizacji zamówienia, a tym samym zaoferować ceny na poziomie wynikającym ze złożonej oferty.” Powyższe wyjaśnienia mają charakter ogólny.

1.4. Zgodność z prawem

Ponadto, Zamawiający prosił o wykazanie kosztów m.in. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami w rozumieniu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Przy tym, w pierwszym wezwaniu Zamawiający wskazał, że jeżeli pewne elementy cenotwórcze spośród wskazanych nie będą miały zastosowania do realizacji zamówienia, wówczas Wykonawca powinien wykazać brak konieczności uwzględnienia danego elementu cenotwórczego w kalkulacji ceny oferty. Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do zadanego przez Zamawiającego pytania.

1.5. Podwykonawcy

Oceniając wyjaśnienia w zakresie wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, Wykonawca w tym zakresie pisze: „Jednocześnie koszt zatrudnienia podwykonawców nie zmienił się w sposób istotny. Poprzednio w sprawę zaangażowane było ZETO Rzeszów obecnie spółka ATOS – w obu przypadkach koszt udziału jako podwykonawcy tych przedsiębiorstw jest zbliżony. W załączeniu uzgodniony z ATOS załącznik do umowy precyzujący koszty współpracy.”

Zamawiający, w piśmie z dnia 06.10.2021 r. (Wezwanie 2), zwrócił uwagę na to, że przedłożony załącznik został podpisany ze strony Wykonawcy, prosząc o wyjaśnienia, w jaki sposób Wykonawca oszacował wysokości tych kosztów oraz przedstawił kalkulację tych kosztów ustalonych z podwykonawcą. W odpowiedzi Wykonawca wskazał:

„a) W załączeniu przedstawiam podpisany przez podwykonawcę dokument potwierdzający warunki współpracy z CUD przedstawione wcześniej Zamawiającemu.

b) Wyjaśniam, iż po przedstawieniu stosownych informacji przez CUD (czyli w szczególności czas trwania i zakres usługi) podwykonawca przesłał opracowane przez siebie warunki współpracy. CUD mógł albo odrzucić tę propozycję albo ją przyjąć – podobnie jak przy umowach adhezyjnych. CUD przyjął propozycję i dlatego Zamawiającemu przedstawiono dokument jedynie z podpisem CUD. W celu potwierdzenia ww. wyjaśnień przedstawiam w załączeniu email od podwykonawcy (załącznikiem do tego maila był przedstawiony we wcześniejszych wyjaśnieniach dokument).

c) CUD przyjął do kalkulacji warunki określone przez podwykonawcę. Szczegółowy sposób kalkulacji dokonanych przez podwykonawcę nie jest znany i nie był wymagany przez SWZ. Kwoty wynikowe są na poziomie rynkowym i gwarantują wykonanie zamówienia.”

Powyższe trudno uznać za wyjaśnienia w zakresie sposobu oszacowania kosztów ustalonych z podwykonawcą. Wykonawca nie przedstawił żadnych kalkulacji, wykazów, itp., które mogłyby być poddane ocenie. Skoro Wykonawca wskazuje, że przyjął warunki określone przez podwykonawcę, to jakieś one musiały być. Po stronie Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania sposobu kalkulacji. Ogólne stwierdzenia, że kwoty wynikowe są na poziomie rynkowym nie potwierdzają, by taka kalkulacja miała miejsce i faktycznie odnosiła się do poziomu rynkowego.

Co prawda Wykonawca w Wyjaśnieniach 1 odwołuje się do stwierdzenia, że ceny usług utrzymania systemów informatycznych na platformie IBM zSeries spadły: „Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym w zakresie twierdzenia, że ceny usług utrzymania systemów informatycznych na platformie IBM zSeries w Polsce w okresie ostatnich trzech lat wzrosły. Wprost przeciwnie ceny te w istotny sposób spadły. Wskazujemy na ceny usług utrzymania i eksploatacji świadczonych systemów informatycznych świadczonych na rzecz ZUS (Zamawiającego) przez takie firmy jak np. ZETO Rzeszów, ZETO, Koszalin czy ZETO Kielce. Mimo, że zakres prac pozostaje niezmienny o lat to ceny regularnie spadają. Według uzyskanych od tych firm informacji w okresie od 2018 do dziś ceny usług spadły o ponad 30%.”. Niniejsza teza Wykonawcy nie została jednak poparta żadną analizą i dowodami. Należy zwrócić również uwagę, że Wykonawca w 2018 r. złożył ofertę, w której ryczałtowa cena za Usługi Ciągłości Działania wynosiła 690 000 zł netto miesięcznie. Biorąc pod uwagę informację z pkt IV. ust 5) Wyjaśnień 1, iż cena zawierała koszt zawarcia konsorcjum z firmą NTT (~1/3 ceny), można przyjąć, że cena ryczałtowa w 2018 r. za faktyczne Usługi wynosiła 460 000 zł netto miesięcznie. Natomiast obecna oferta Wykonawcy, w której ryczałtowa cena wynosi 465 000 zł netto miesięcznie, zaprzecza tezie Wykonawcy, iż ceny na rynku są obecnie niższe niż jeszcze w 2018 r.

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający w żadnym miejscu nie stwierdził, że „ceny usług utrzymania systemów informatycznych na platformie IBM zSeries w Polsce w okresie ostatnich trzech lat wzrosły”, co Wykonawca sugeruje Zamawiającemu w Wyjaśnieniach 1 (Rozdział III, pkt 8). Zamawiający w piśmie z 10.09.2021 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny w tym „korelacji obecnej oferty z ofertą jaką Wykonawca złożył w dniu 11 czerwca 2018 r., z uwzględnieniem zmian w okresie od 2018 r. do 2021 r. ceny producentów usług związanych z obsługą działalności związanej z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki oraz działalności powiązanej, w tym wskaźnikami cen publikowanych w GUS”. Zamawiający tym samym żądał od Wykonawcy wyjaśnień przyczyny różnicy między ofertami, które Wykonawca złożył w obecnym oraz poprzednim postępowaniu. Wykonawca w Wyjaśnieniach 1 wskazał, że „W stosunku do postępowania i oferty z 2018r. ZUS zmniejszył wymagania dotyczące zdolności ekonomicznej i finansowej. Decyzja ta pozwoliła na samodzielne ubieganie się o zamówienie bez udziału dużej firmy informatycznej. W stosunku do poprzedniego zamówienia (z 2018 r.) koszt uległ zmniejszeniu o ~1/3 ceny - gdyż takie koszty generowało zaangażowanie tak dużego przedsiębiorstwa jak NTT S.A.”. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających tak duży wpływ zawarcia konsorcjum na poziom oferty w 2018 r.

W dalszej części wyjaśnień w tym zakresie Wykonawca pisze: „Na spadek cen usług utrzymania systemów IBM zSeries w bardzo istotny sposób wpływa również zmniejszająca się liczba takich systemów w Polsce. W roku 2018 takich systemów było około 40. Obecnie jest ich około dziesięciu. Powoduje to większą podaż specjalistów na tym specyficznym rynku i w konsekwencji niższe ceny ich pozyskania.”

Wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, że analizował szczegółowo rynek w obszarze utrzymania systemów w zakresie przedmiotowych Usług Ciągłości Działania. Wykonawca operuje jedynie ogólnymi stwierdzeniami niepopartymi żadnymi dowodami ani rzetelnymi wyliczeniami. Niezaprzeczalnie, rynek usług w obszarze platformy Mainframe również w Polsce jest specyficzny, jednak Wykonawca nie wykazał w jaki sposób wpływa to na cenę oferty. Nie wykazał również, jak domniemany spadek liczby systemów w Polsce opartych o platformę Mainframe, wpłynął na obniżenie ceny oferty.

Ponadto Wykonawca ograniczył się jedynie do rynku polskiego. Natomiast Zamawiający nie wprowadził wymagań ograniczających tylko do rynku polskiego. Zamawiający dopuścił też specjalistów pracujących na instalacjach zagranicznych.

1.6. Koszty osobowe

W odniesieniu do kosztów osobowych, aby czynności związane z realizacją przedmiotowych Usług Ciągłości Działania i Usług Dodatkowych, były wykonywane przez pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę lub podwykonawcę, z uwzględnieniem reżimu świadczenia

usług, zakresu zadań grup zadaniowych oraz skali środowisk teleinformatycznych Zamawiającego, w szczególności: wynagrodzenia i pochodne; koszty szkoleń; koszty podróży służbowych, Wykonawca w swych wyjaśnieniach wskazuje: „Dość długi okres świadczenia usług (48 miesięcy) i przyjęty przez Zamawiającego sposób rozliczenia pozwala na zaplanowanie i zorganizowanie realizacji w sposób maksymalnie oszczędny i efektywny. Przykładowo, kluczowym elementem kosztotwórczym jest praca ludzi a ten z kolei można ograniczyć dzięki właściwej organizacji pracy”, „Cena wskazana w ofercie CUD jest skalkulowana rzetelnie, w sposób zapewniający możliwość zrealizowania zamówienia, osiągnięcie zysku - jest to cena rynkowa.”

Wykonawca nie uzasadnił zaoferowanej ceny za Usługi Dodatkowe, które na poziomie 200 zł netto za jedną roboczogodzinę pracy doświadczonego specjalisty, wydają się nierealne (zwłaszcza, że połowę tej kwoty stanowi zysk dla Wykonawcy). Jak sam Wykonawca wskazuje w Tabeli kalkulacji (Wyjaśnienia 1) na tę kwotę składają się: 100 zł netto na same prace dodatkowe oraz 100 zł netto za zysk na pracach dodatkowych. Oznacza to, że Wykonawca wycenia pracę swoich specjalistów na jedyne 100 zł netto.

Na wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu umowy składa się wynagrodzenie za Usługi Ciągłości Działania (UCD) oraz wynagrodzenie za Usługi Dodatkowe (UD). Rozróżnienie to jest istotne, gdyż są to odrębne rodzaje usług, dla których Zamawiający przewidział odmienne zasady rozliczania. Zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie za UCD naliczane będzie miesięcznie, ustalone jest ryczałtowo i obejmuje całość należności Wykonawcy z tytułu świadczonych UCD. Natomiast wynagrodzenie za UD będzie płatne po zakończeniu każdego miesiąca kalendarzowego, za odebrane w tym miesiącu Usługi Dodatkowe. Wynagrodzenie za UCD i UD było oddzielnie wyceniane w ofertach przez Wykonawców.

Następnie Wykonawca w swych wyjaśnieniach wskazuje: „Ponieważ Zamawiający pozwolił na łączenie stanowisk - oznacza to faktyczny spadek liczby zatrudnionych specjalistów – przy utrzymaniu spełnienia warunków - i znaczące zmniejszenie osobowych kosztów realizacji zamówienia. Obniżenie to wyniosło ~15% kosztów. Dodać należy, że przedmiot zamówienia to usługa bez dostaw sprzętów i urządzeń, polegająca na utrzymaniu istniejącego, uruchomionego i pracującego już systemu a wycena droższych części zamiennych nie była konieczna – bo nie występują części zamienne.”

Zamawiający dopuścił możliwość łączenia stanowisk, ale i tak Wykonawca musiał zapewnić minimum 14 osobowy zespół. Wykonawca ponadto nie wykazał w jaki sposób możliwość łączenia stanowisk może wpłynąć na obniżenie kosztów aż o 15%.

W odniesieniu m.in. do usług informatycznych ryzyko definiuje się jako możliwe zdarzenie, które mogłoby spowodować szkody lub straty, albo wpływać na zdolność do osiągnięcia zamierzonych celów. Ryzyko jest mierzone przez prawdopodobieństwo zagrożenia,

podatność zasobów na to zagrożenie oraz wpływ, jaki dane zagrożenie mogłoby mieć, gdyby wystąpiło. Ryzyko można również określić jako niepewność wyników. W ten sposób może być używane do pomiaru prawdopodobieństwa rezultatów, zarówno tych pozytywnych, jak i negatywnych. Dlatego zupełnie inaczej liczone jest ryzyko w przypadku usług naprawy urządzeń z wymianą części zamiennych (jak na przykład usługa serwisu serwerów Mainframe świadczona przez Wykonawcę), a inaczej liczone jest ryzyko dla usług administrowania jak np. Usługi Ciągłości Działania, co podniesiono na Wstępie niniejszego pisma.

W obu przypadkach wpływ niedostępności na system informatyczny Zamawiającego jest bardzo wysoki. Zarówno w przypadku niedostępności urządzeń jak i niedostępności systemu operacyjnego, niedostępne staną się systemy informatyczne Zamawiającego, a Zamawiający nie będzie w stanie realizować swoich statutowych zadań.

Inne jest prawdopodobieństwo wystąpienia krytycznego incydentu. W przypadku urządzeń, zwłaszcza z konstrukcją gwarantującą wysoką dostępność, prawdopodobieństwo wystąpienia awarii jest znikome, a naprawa lub zastosowanie obejścia związane jest zazwyczaj z wymianą części lub przekonfigurowaniem ustawień. Istotne jest również to, że dostęp do urządzeń znajdujących się na serwerowniach Zamawiającego jest mocno ograniczony i sporadyczny, co praktycznie uniemożliwia wystąpienie błędu spowodowanego czynnikiem ludzkim. Natomiast w przypadku administrowania systemem prawdopodobieństwo wystąpienia problemu, wliczając w to czynnik ludzki, jest dość wysokie. W dalszej części wyjaśnień Wykonawca wskazuje: „SWZ wskazuje jakie są wymagania Zamawiającego. Wymagania te nie odbiegają od dotychczasowej praktyki i nie sposób przypisać im szczególnego cenotwórczego znaczenia. CUD ma wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług tożsamyh ze wskazanymi w Postępowaniu, co pozwala należycie oszacować i zoptymalizować koszty realizacji zamówienia, a tym samym zaoferować ceny na poziomie wynikającym ze złożonej oferty.”

Zamawiający w SWZ przedstawił minimalne wymagania w tym czynności, które Wykonawca musi realizować w celu prawidłowego, zgodnego z metrykami utrzymania środowisk Zamawiającego. Wykonawca jako profesjonalny podmiot powinien zdawać sobie sprawę z kluczowej roli platformy Mainframe ZUS dla funkcjonowania państwa polskiego i powinien umieć dostosować swoje działania do zmieniającej się sytuacji. Powinien również wiedzieć, że do utrzymania środowisk o tak wielkim znaczeniu i tak dużej skali może pojawić się potrzeba podjęcia działań o szerszej skali niż wyspecyfikowane jako minimalne wymagane w stabilnych warunkach (np. wdrażanie pilnych zmian legislacyjnych). Dlatego też Zamawiający, oprócz licznych czynności i odpowiedzialności, opisał w metrykach poziom świadczenia Usług Ciągłości Działania. Zadaniem nowego Wykonawcy będzie przede wszystkim utrzymanie opisanych w metrykach parametrów dostępności i ciągłości.

Wykonawca wskazuje, że: „W związku z panującą pandemią i zwiększającym się bezrobociem ceny roboczogodziny na rynku pracy uległy obniżeniu.”

Kolejny raz Wykonawca posługuje się ogólnymi stwierdzeniami. Poniżej Zamawiający, celem zobrazowania wątpliwości co do tej tezy, przedstawia dane z GUS na temat poziomu bezrobocia w Polsce:

- sierpień 2018: 5,8
- sierpień 2019: 5,2
- sierpień 2020: 6,1
- sierpień 2021: 5,8

Jak wynika z powyższych statystyk średnie są zbliżone do siebie we wskazanych latach.

1.7. Szkolenia

Zamawiający chciałby również odnieść się do twierdzeń Wykonawcy, cyt.: „Spółka nie ponosi kosztów szkoleń Specjalistów. Cały zespół to osoby z doświadczeniem znacznie przekraczającym wymagania Zamawiającego. Osoby te nie wymagają szkoleń, co więcej większość z tych osób wielokrotnie prowadziła kursy i szkolenia, również dla pracowników IBM.”

Nie ulega wątpliwości, że z uwagi na konieczność utrzymywania wysokiego poziomu merytorycznego wszystkich członków Personelu Wykonawcy realizującego usługę w trakcie trwania umowy, w kalkulacji kosztowej powinna zostać przewidziana rezerwa na szkolenia. Istotny jest tutaj czas trwania umowy, który wynosi 48 miesięcy. W ciągu tego czasu Zamawiający będzie rozwijał swoje środowiska wdrażając, wspólnie z Wykonawcą, nowe rozwiązania usprawniające pracę systemu i administratorów. Przewidywane zmiany w środowisku zostały uwzględnione przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia np.: (Rozdział II, ust. 1. pkt 2 OPZ) „Zmiana technologii w zakresie oprogramowania narzędziowego, przy zachowaniu jego ogólnej funkcjonalności nie zwalnia Wykonawcę ze świadczenia Usług Ciągłości Działania.”

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

1.8. Wynagrodzenie specjalistów

Wyjaśniając pozycję wynagrodzenia specjalistów Wykonawca wskazuje: „c) Podany koszt jest kosztem średnim jednej osoby z uwzględnieniem wszystkich kosztów zatrudnienia (narzuty na płace)”.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wskazał struktury kosztów zatrudnienia. Nie wymienił, co składa się na wynagrodzenie 20 000 zł netto i czy przykładowo kwota 20 000 zł netto uwzględnia np.:

- wynagrodzenie zasadnicze pracownika
- składki ubezpieczeniowe emerytalne, rentowe i wypadkowe,
- składki na fundusz pracy
- koszt urlopów i zwolnień
- nagrody i premie
- nadgodziny
- dodatek samochodowy
- dodatek za dyżur.

Wykonawca do wyjaśnień załączył jedynie wyciąg z raportu: „Według raportu firmy S.&S. mediana wynagrodzeń dla starszego specjalisty – administratora systemów IT wynosi 8.560,00 zł. 75% osób zatrudnionych na stanowisku starszy specjalista – administrator systemów IT zarabia mniej niż 11.340,00 zł. Tak więc przewidziane przez CUD wynagrodzenia administratorów są bardzo wysokie i znacznie odbiegają w górę od cen rynkowych. W załączeniu wydruk ze strony S. & S. .”

Załączony Raport i wskazywane w nim dane nie stanowią żadnego dowodu, gdyż te winny odnosić się bezpośrednio do sposobu kalkulacji ceny w złożonej ofercie. Dane zawarte w Raporcie są wynikiem badań ogólnych, odnoszących się do całego rynku i dotyczą administratorów systemów IT na różnym poziomie doświadczenia, wiedzy i przede wszystkim dotyczą różnych obszarów technologicznych, zarówno tych ogólnie dostępnych jak np. systemów opartych o platformę Microsoft Windows lub Linux, jak i specyficznych jak np. systemów opartych o platformę Mainframe.

W zakresie szczegółowej kalkulacji zysku Wykonawcy i podwykonawcy wliczonego w cenę oferty; koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy; wycenę ryzyk związanych z: a) realizacją umowy (jak np. zapłata kar umownych, wypowiedzenie/odstąpienie od umowy); b) niedotrzymanie parametrów usług określonych w metrykach oraz wystąpieniem niedostępności środowisk objętych usługą oraz kosztów związanych z przywróceniem tych środowisk do pełnej sprawności (pracochłonności), Wykonawca w odpowiedzi wskazał:

1) „Podana przez CUD kwota wynagrodzenia (cena oferty) pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami ustalonymi w obowiązującej w Postępowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej: SWZ. Oferta uwzględnia wszystkie wynikające z SWZ wymagania Zamawiającego w szczególności wyartykułowane w opisie przedmiotu zamówienia i we wzorze umowy. Co więcej zakładany poziom rezerw i zakładany poziom zysku czynią realizację zamówienia korzystną i opłacalną.”

- 2) „Cena wskazana w ofercie CUD jest skalkulowana rzetelnie, w sposób zapewniający możliwość zrealizowania zamówienia, osiągnięcie zysku - jest to cena rynkowa.”
- 3) „Zarówno łączna cena oferty jak i jej istotne części składowe są odzwierciedleniem cen obowiązujących na rynku, z uwzględnieniem pozycji rynkowej CUD a przy kalkulacji ceny oferty CUD uwzględnił również zysk.”
- 4) „Opisane wyżej uwarunkowania zawarte w SWZ wpłynęły na sposób kalkulacji ceny oferty. Dane zawarte w SWZ są dla CUD wystarczająco precyzyjne by uwzględnić w minimalnym stopniu ryzyka związane z nieokreślonością przedmiotu zamówienia. Zarówno łączna cena oferty jak i jej istotne części składowe są odzwierciedleniem cen obowiązujących na rynku, z uwzględnieniem pozycji rynkowej CUD a przy kalkulacji ceny oferty CUD uwzględnił również zysk.”
- 5) „Spółka zamierza realizować zamówienie rzetelnie i nie dawać Zamawiającemu podstaw do naliczenia kar umownych. Przyjęcie od razu w kalkulacji chęci zapłaty kar umownych świadczyło by o tym, że CUD przewiduje i godzi się na nienależyte wykonywanie umowy. Spółka nigdy nie naraziła żadnego klienta na straty i nigdy nie powstał obowiązek zapłaty kar umownych.
- 6) „Niezależnie od powyższego spółka przewidziała w kalkulacji rezerwę na nieprzewidziane wydatki.”

Powyższe twierdzenia mają charakter ogólny. Zamawiający w żaden sposób nie może rzetelnie ocenić przedstawionych wyjaśnień, albowiem odnoszą się one do cen rynkowych (nie wskazanych przez Wykonawcę), pozycji rynkowej Wykonawcy (nie wykazanej) i innych niedookreślonych wyjaśnień.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach dotyczących ogólnych kosztów administracyjnych związanych z obsługą umowy (np. koszty obsługi prawnej, koszty ogólnego zarządu, koszty księgowości, koszt tłumaczy i tłumaczeń, koszty utrzymania biura) ograniczył się jedynie do przedstawienia ogólnych informacji.

Zamawiający zwracał się o wyjaśnienie korelacji obecnej oferty z ofertą jaką Wykonawca złożył w dniu 11 czerwca 2018 r., z uwzględnieniem zmian w okresie od 2018 r. do 2021 r. ceny producentów usług związanych z obsługą działalności związanej z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki oraz działalności powiązanej, w tym wskaźnikami cen publikowanych w GUS; że cena całkowita wskazana w ofercie obejmuje pełny przedmiot zamówienia; inne ceny lub koszty istotnych składników finalnej ceny.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał: „Zamawiający podał, iż wartość zamówienia wynosi 58.464.107,97 zł brutto. Ponieważ cenę warunkują reguły rynkowe to szacowanie wartości zamówienia w reżimach ustawy Prawo zamówień publicznych jest zawsze jedynie mniej lub bardziej prawdopodobną projekcją kosztów koniecznych do poniesienia przez

Zamawiającego. Wartość szacunkowa jest – zgodnie z wolą ustawodawcy – ustalana wedle sztywnych reguł wynikających z przepisów. Trzeba zwrócić uwagę, że w niniejszej sprawie Zamawiający dokonał oszacowania w wysokości znacznie przewyższającej wartość obecnie obowiązującej umowy.”

Zamawiający wyjaśnia, że w toku rozeznania rynku, które Zamawiający przeprowadził w październiku 2020 r. Wykonawca nie złożył swojej wyceny, a jedynie poniższą informację:

„dziękuję za informację, oczywiście jesteśmy zainteresowani udziałem, ale, żeby zrobić jakąkolwiek wycenę musimy mieć określone warunki udziału w postępowaniu. W poprzednim postępowaniu podany w SIWZ warunek obrotów firmy wymusił udział w konsorcjum dużego i w zasadzie niepotrzebnego podmiotu co podniosło cenę oferty o około 30%”

Zamawiający na powyższe odpowiedział:

„Na potrzeby szacowania ceny proszę uwzględnić tylko i wyłącznie te informacje i wymagania, które są określone w treści RFI dostępnej na stronie zus.pl.”

Oczywistym jest, że jak wskazał Wykonawca „szacowanie wartości zamówienia w reżimach ustawy Prawo zamówień publicznych jest zawsze jedynie mniej lub bardziej prawdopodobną projekcją kosztów koniecznych do poniesienia przez Zamawiającego.”

Powyższe stwierdzenie wiąże się m.in. z tym, że w toku rozeznania rynku przedstawiany jest tylko opis przedmiotu zamówienia bez projektowanych postanowień umowy, których różne dodatkowe elementy mogą okazać się kosztotwórcze. Zamawiający jest tego świadomy. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że wykonawcy w ramach rozeznania rynku, prawdopodobnie ze względu na nieokreślenie w ramach rozeznania rynków warunków umowy, szacują ryzyko, przez co ich wyceny są w przewadze wyższe niż w złożonych potem ofertach.

Istotne jest to, że nawet w przypadku uwzględnienia w szacowaniu wartości zamówienia kwoty jaką Wykonawca zaoferował w ofercie, to i tak wystąpiłyby przesłanki do wezwania Wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. (...)

Powyższe wskazuje, że cena oferty Wykonawcy z 2021 r. jest o ponad 30% niższa od symulowanej szacowanej wartości zamówienia uwzględniającej poziom oferty Wykonawcy.

Ponadto Wykonawca w uzasadnieniu wyjaśnień wskazuje:

„a) Obecnie obowiązująca umowa realizowana przez światową korporację – IBM opiewa na miesięczny ryczałt w kwocie 606.160,00 zł netto.

b) Jest oczywistym, że taki koncern ma znacznie wyższe koszty funkcjonowania niż mikroprzedsiębiorstwo jakim jest CUD.”

Powyższe nie jest poparte żadnymi dowodami. W przeprowadzonym rozeznaniu rynku z 2020 r., Firma 2 (w poniższej tabeli) zaliczana do MŚP, wyceniła usługi drożej od ustalonej należytej wartości szacunkowej zamówienia. (...)

W dalszej części wyjaśnień Wykonawca pisze:

„a) Cena ryczaftu zaoferowanego przez CUD jest niższa od obecnej ceny IBM o mniej niż 24%.

b) Średnia cena ofert w obecnym przetargi to ok. 35,5 mln. zł. Oferta CUD jest niższa od tej średniej o mniej niż 20%. c) Podsumowując, odniesienie do faktycznych kosztów i średniej cen wskazuje, że cena CUD jest niższa o 20-24% co samo w sobie powoduje, iż nie można jej uznać za cenę rażąco niską w rozumieniu art. 224 pzp.”

Wykonawca w swych wyjaśnieniach podniósł, że Zamawiający dokonał oszacowania w wysokości znacznie przewyższającej wartość obecnie obowiązującej umowy. Łączna kwota wynagrodzenie w obecnej umowie wynosi 27 578 764,80 zł brutto. Różnica pomiędzy szacowaniem Zamawiającego, a wartością umowy z 2018 r. wynika m.in. z:

Ilości miesięcy świadczenia Usług Ciągłości Działania: w 2018 – 36 miesięcy, w 2021 – 47 miesięcy

Ilości roboczogodzin w ramach Usług Dodatkowych: w 2018 – 1200 roboczogodzin, w 2021 – 9600 roboczogodzin.

„Szacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego nie obejmuje możliwych do osiągnięcia przez konkretnego wykonawcę – tu: CUD - oszczędności oraz cen wynikających m. in. z jego pozycji na rynku, doświadczenia, efektu skali i wynikającej z tego faktu możliwości obniżenia kosztów.”

Zamawiający szacował wartość zamówienia zgodnie z art. 28 ustawy Prawo zamówień publicznych, w myśl którego podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Zamawiający oszacował zamówienie w oparciu o rozeznanie rynku, którego zakres w pełni odpowiadał potrzebie zakupowej. Wykonawca CUD nie złożył wyceny na etapie szacowania, w związku z czym Zamawiający nie mógł uwzględnić na etapie przygotowywania postępowania ani poziomu cen ani poziomu możliwych rabatów u tego Wykonawcy.

Wykonawca w żaden sposób nie wykazał „jego pozycji na rynku, doświadczenia, efektu skali”, ani również nie wskazał/nie opisał możliwości obniżenia kosztów z tego tytułu. Takie stanowisko Wykonawcy jest jedynie jego oświadczeniem, którego Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

„W niniejszej sprawie niemożliwym do przecenienia jest fakt, iż CUD realizuje u Zamawiającego zamówienie dotyczące tego samego systemu komputerowego, a zatem zna specyfikę urządzeń, specyfikę wymagań ZUS, specyfikę organizacji pracy i nie musi z tego tytułu tworzyć rezerw związanych z ryzykiem biznesowym. Dotychczas ryzyko takie było wycenione na ~10% ceny.”

Wykonawca nie określił w jakim zakresie „specyfika organizacji pracy” Zamawiającego może wpłynąć na brak konieczności szacowania ryzyka, a w konsekwencji obniżenie kosztów.

Analizując wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 17.09.2021 r. oraz z dnia 13.10.2021 r. należy podkreślić, że są one co do zasady ogólne, lakoniczne, nie poparte żadnymi dowodami. Wykonawca wielokrotnie odwołuje się do powszechnie używanych ogólnych zwrotów i pojęć. Nie przedstawia dowodów, które pozwoliłyby potwierdzić Zamawiającemu rzetelne i na właściwym poziomie skalkulowane wynagrodzenie umowne, a tym samym brak znamion rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska. (...) Celem złożenia wyjaśnień, miało być przedstawienie przez Wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować i zweryfikować czynników, które pozwoliły mu na oferowane obniżenie ceny.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zobowiązany był wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać, dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia Wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach wymaganych przez Zamawiającego informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów kalkulacyjnych mających wpływ na wartość zaproponowanej przez niego ceny, w szczególności w odniesieniu do wskazanych w wezwaniu elementów zamówienia, w sposób wyczerpujący i szczegółowy, tym bardziej nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, iż skalkulowane przez niego ceny poszczególnych elementów nie są rażąco niskie, jak również, że cena oferty nie jest rażąco niska. Ocenę tę Zamawiający opiera na treści i zakresie złożonych wyjaśnień. Ze względu na ogólnikowy charakter wyjaśnień Wykonawcy i brak informacji, w jaki sposób wymienione w niej okoliczności mają wpływ na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, Zamawiający na ich podstawie nie może uznać, iż obalają one domniemanie o istnieniu rażąco niskiej ceny. Tym samym ocenę, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający podejmował na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień.

Przedstawione przez Wykonawcę ogólne wyjaśnienia, nie czynią zadość wezwaniu Zamawiającego, gdyż nie wskazują żadnych wymaganych elementów kalkulacji ceny i nie odnoszą się do cen wskazanych w formularzu cenowym uzasadniając ich wysokość. Wyjaśnienia nie zawierają również szczegółowych informacji dotyczących poszczególnych składników cenotwórczych oferty, w tym wartości wskazanych w wezwaniu. W związku z tym Wykonawca nie przedstawił informacji na temat wartości składników cenotwórczych, które wpłynęły na kalkulację poszczególnych kosztów realizacji zamówienia przez Wykonawcę, a także nie przedstawił stosownych dowodów. Zatem Wykonawca nie udzielił żądanych wyjaśnień pozwalających na uznanie, że cena oferty Wykonawcy została skalkulowana w sposób rzetelny. Wykonawca nie wykazał zatem zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, że skalkulowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska, zatem jego oferta, w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp podlega odrzuceniu, gdyż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezasadne okazały się zarzuty odwołującego:

- a) naruszenia art. 108 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Kyndryl pomimo, iż w odniesieniu do tego wykonawcy brak możliwości ustalenia wszystkich beneficjentów rzeczywistych w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 z dnia 1 marca 2018r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu,
- b) naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z Rozdziałem 4.2.2.7. SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Kyndryl pomimo, iż zataił informację o beneficjentach rzeczywistych innych niż członkowie zarządu Kyndryl.

W odwołaniu odwołujący zarzucił jedynie, że Kyndryl nie wykonał ustawowego obowiązku i nie ujawnił wszystkich beneficjentów rzeczywistych. Tak sformułowany zarzut okazał się nietrafny.

Przepis art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, 1086 i 2320), do którego odwołuje się art. 108 ust. 2 Pzp, zawiera definicję beneficjenta rzeczywistego. Zgodnie z tym przepisem przez beneficjenta rzeczywistego rozumie się *każdą osobę fizyczną sprawującą bezpośrednio lub pośrednio kontrolę nad klientem poprzez posiadane uprawnienia, które wynikają z okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiające wywieranie decydującego wpływu na czynności lub działania podejmowane przez klienta, lub każdą osobę fizyczną, w imieniu której są nawiązywane stosunki gospodarcze lub jest przeprowadzana transakcja okazjonalna, w tym:*

a) w przypadku osoby prawnej innej niż spółka, której papiery wartościowe są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym podlegającym wymogom ujawniania informacji wynikającym z przepisów prawa Unii Europejskiej lub odpowiadających im przepisów prawa państwa trzeciego:

– osobę fizyczną będącą udziałowcem lub akcjonariuszem, której przysługuje prawo własności więcej niż 25% ogólnej liczby udziałów lub akcji tej osoby prawnej,

– osobę fizyczną dysponującą więcej niż 25% ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym tej osoby prawnej, także jako zastawnik albo użytkownik, lub na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu,

– osobę fizyczną sprawującą kontrolę nad osobą prawną lub osobami prawnymi, którym łącznie przysługuje prawo własności więcej niż 25% ogólnej liczby udziałów lub akcji, lub które łącznie dysponują więcej niż 25% ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym tej osoby prawnej, także jako zastawnik albo użytkownik, lub na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu, – osobę fizyczną sprawującą kontrolę nad osobą prawną poprzez posiadanie uprawnień, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217),

lub

– osobę fizyczną zajmującą wyższe stanowisko kierownicze w przypadku udokumentowanego braku możliwości ustalenia lub wątpliwości co do tożsamości osób fizycznych określonych w tiret pierwszym–czwartym oraz w przypadku niestwierdzenia podejrzeń prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu,

b) w przypadku trustu:

– założyciela,

– powiernika,

– nadzorcę, jeżeli został ustanowiony,

– beneficjenta lub

– w przypadku gdy osoby fizyczne czerpiące korzyści z danego trustu nie zostały jeszcze określone – grupę osób, w których głównym interesie powstał lub działa trust,

– inną osobę sprawującą kontrolę nad trustem,

– inną osobę fizyczną posiadającą uprawnienia lub wykonującą obowiązki równoważne z określonymi w tiret pierwszym–piątym,

c) w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, wobec której nie stwierdzono przesłanek lub okoliczności mogących wskazywać na fakt sprawowania kontroli nad nią przez inną osobę fizyczną lub osoby fizyczne, przyjmuje się, że taka osoba fizyczna jest jednocześnie beneficjentem rzeczywistym.

Izba ustaliła, że podmiotem ostatecznie kontrolującym przystępującego jest Kyndryl Holdings Inc. będąca publiczną spółką akcyjną notowaną na giełdzie w Nowym Yorku (por.

skan ze strony internetowej <https://www.nyse.com/quote/XNYS:KD> [dostęp:25.01.2022], przy piśmie przystępującego z 2 lutego 2022 r., w aktach sprawy). Izba ustaliła ponadto, że brak jest podmiotu, który posiadałby więcej niż 25% akcji Kyndryl Holdings Inc. (por. skan ze strony internetowej <https://money.cnn.com/quote/shareholders/shareholders.html?symb=KD&subView=institutional> [dostęp:25.01.2022], przy piśmie przystępującego z 2 lutego 2022 r., w aktach sprawy).

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że został udokumentowany brak możliwości ustalenia tożsamości osób fizycznych określonych w art. 2 ust. 2 pkt 1 lit. a tiret pierwszym–czwartym ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. W konsekwencji, zgodnie z art. 2 ust.2 pkt 1 a ww. ustawy, jako beneficjentów rzeczywistych wskazuje się osobę fizyczną zajmującą wyższe stanowisko kierownicze. Tak też się stało w analizowanej sprawie. Przystępujący do pisma z dnia 13 grudnia 2021 r. załączył bowiem informacje z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla osób, zajmujących wyższe stanowiska kierownicze u przystępującego.

W szczególności za niezasadne uznano wskazanie przez odwołującego w piśmie procesowym, jako nieujawnionych beneficjentów rzeczywistych:

- a) pana T. Ż., który jako pełnomocnik miał występować jednoosobowo jako zgromadzenie wspólników zarówno przystępującego jak i Kyndryl Poland sp. z o.o. – spółki matki przystępującego,
- b) członków zarządu Kyndryl Poland sp. z o.o.

Jak wynikało z przywołanej wyżej definicji legalnej „beneficjenta rzeczywistego”, dla uznania danej osoby za beneficjenta rzeczywistego istotny jest fakt sprawowania kontroli nad klientem przez posiadane uprawnienia. Zdaniem Izby takiej kontroli nad przystępującym nie sprawują ani pan T. Ż., ani członkowie zarządu Kyndryl Poland sp. z o.o. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że podmiotem ostatecznie kontrolującym nie tylko przystępującego, jak również Kyndryl Poland, jak i działającego w ich imieniu pełnomocnika-T. Ż., jest Kyndryl Holdings Inc., a więc publiczna spółka akcyjna notowana na giełdzie w Nowym Yorku. Taka struktura własnościowa oznaczała, że to nie członkowie zarządu Kyndryl Poland ani pan Żak kontrolują przystępującego, gdyż oni sami są z kolei ostatecznie kontrolowani przez Kyndryl Holding Inc. Wobec powyższego zarzut odwołującego, jakoby przystępujący nie ujawnił wszystkich beneficjentów rzeczywistych nie zasługiwał na uwzględnienie.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że przystępujący nie podniósł w odwołaniu, iż w sprawie występuje podejrzenie prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Próba rozszerzenia zarzutu w tym kierunku nastąpiło dopiero w piśmie procesowym z dnia 2 lutego 2022 r. Stanowiło to rozszerzenie zarzutu ponad okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu, w którym odwołujący zarzucał jedynie, że przystępujący

miał nie ujawnić wszystkich beneficjentów rzeczywistych. Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Chybione okazały się zarzuty dotyczące niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 4.1.1.4.1. SWZ. Stosownie do ww. warunku zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców wykazał że *w okresie ostatnich trzech lat wykonał lub wykonuje co najmniej dwa zamówienia polegające na utrzymaniu systemu teleinformatycznego, przy czym:*

- 1) *każde o wartości co najmniej 8 000 000 PLN netto z zastrzeżeniem, że roczna wartość świadczonych usług nie była niższa niż 3 000 000 PLN netto oraz*
- 2) *każde zamówienie dotyczyło zapewnienia dostępności tego systemu na poziomie co najmniej 99% i wykonawca faktycznie zapewnił taką dostępność przez co najmniej 12 miesięcy.*

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił, że dokument referencyjny wystawiony na rzecz przystępującego przez DB Polska nie potwierdza warunku, z kilku wskazanych przez odwołującego powodów. Takie sformułowanie zarzutu okazało się nieprawidłowe, gdyż przystępujący zgodnie z pkt 4.4.2.4.1. SWZ wykazywał spełnienie warunku nie tylko przez złożenie dokumentu referencyjnego ale także poprzez wykaz zamówień, i to te dwa dokumenty odczytywane łącznie służyły wykazaniu warunku udziału w postępowaniu. Samo stwierdzenie więc, że z dokumentu referencyjnego nie wynika określony element warunku jest niewystarczające dla poprawnego sformułowania zarzutu. Na powyższe wielokrotnie wskazywała w swym orzecznictwie Izba zwracając uwagę, że okoliczność, iż z dokumentu referencyjnego jakiś element warunku nie wynika, nie jest różnoznacznym z niewykazaniem warunku w sytuacji, gdy brakujące informacje można odczytać z treści wykazu usług.

Co do zarzutu, że dokument referencyjny nie potwierdza należytego wykonywania umowy, a zatem nie może służyć do potwierdzenia spełnienia warunku, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Uszło uwadze odwołującego, że w treści dokumentu referencyjnego odnaleźć można było elementy wartościujące, które - w okolicznościach danej sprawy - należało odczytać jako wyraz akceptacji przez zleceniodawcę sposobu wykonywania usługi przez przystępującego. W dokumencie referencyjnym zleceniodawca oświadczył bowiem wprost, że *„Jednocześnie potwierdzam, że umowa z IBM Polska Business Services sp. z o.o. zawiera zobowiązanie zachowania dostępności systemu teleinformatycznego na poziomie powyżej 99% i IBM Polska Business Services sp. z o.o. faktycznie zapewnił taką dostępność przez co najmniej 12 miesięcy.”*. Zdaniem Izby zapewnienie niezawodności dostępności systemu teleinformatycznego na poziomie oczekiwanym przez zleceniodawcę należało poczytywać jak wyraz pozytywnej

oceny wykonywania usługi przez przystępującego. Wobec powyższego uznano, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Co do zarzutu, że utrzymanie dostępności węzłów baz danych nie jest tożsame z utrzymaniem dostępności systemów teleinformatycznych Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego z dokumentu referencyjnego nie wynikało, że przedmiotem usługi referencyjnej miało być jedynie utrzymanie dostępności węzłów baz danych. Przeciwnie, z dokumentu referencyjnego wynikało, że przedmiotem usługi było *wykonywanie usługi polegającej na utrzymaniu systemu teleinformatycznego, rozumiane jako utrzymanie dostępności i ciągłości działania systemu operacyjnego oraz węzłów baz danych*. Powyższe prowadziło do wniosku, że w dokumencie była mowa o dwóch elementach, a więc nie tylko utrzymaniu dostępności węzłów baz danych, jak zdawał się utrzymywać odwołujący, ale i dostępności i ciągłości działania systemu operacyjnego. Ponadto uszło uwadze odwołującego, że w wykazie usług również znajdowało się stwierdzenie, że przedmiotem usługi referencyjnej było świadczenie usług utrzymania systemu teleinformatycznego polegające na utrzymaniu dostępności i ciągłości działania systemu operacyjnego i węzłów baz.

Co do zarzutu, że usługa dotyczyła utrzymania aplikacji a nie utrzymania dostępności systemu informatycznego, odwołujący powołał się na informacje ze strony internetowej zleceniodawcy. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie złożono jej dowodu z tej strony internetowej, na którą powoływał się odwołujący, a więc nie można było odnieść się do jej treści. W dalszej kolejności stwierdzono, że po pierwsze sam zleceniodawca oświadczył w dokumencie referencyjnym, co było przedmiotem usług, a więc *świadczenie usług utrzymania systemu teleinformatycznego polegające na utrzymaniu dostępności i ciągłości działania systemu operacyjnego i węzłów baz*, a nie „utrzymanie aplikacji”, jak zarzucał odwołujący. Po drugie, sformułowanie „utrzymanie aplikacji”, jeśli rzeczywiście pojawiło się na jakiejś, nieokazanej Izbie stronie, nie wykluczało, że pod tym pojęciem mieści się utrzymanie systemu teleinformatycznego, gdyż aplikacja może być elementem systemu teleinformatycznego.

Następnie odwołujący zarzucił, że usługa referencyjna trwa od maja 2011 r. i przekracza 8 mln zł jednak zamawiający wymagał, by usługa wykonana w ostatnich trzech latach miała taką wartość. Podniósł także, że skoro usługa trwa od 10 lat i przekroczyła 8 mln, to średnio w okresie roku jej wartość wyniosła 800 tys. a powinna wynosić powyżej 3 mln. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Izba stwierdziła, że w dokumencie referencyjnym znalazło się stwierdzenie, że *wartość tego zamówienia do dnia 03.08.2021 przekracza 8 000 000 złotych (netto), a roczna wartość świadczonych usług nie jest niższa, niż 3 000 000 złotych (netto)*. Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że odwołujący nadinterpretował treść dokumentu referencyjnego. Zleceniodawca nie oświadczył

tam, że wartość usługi od maja 2011 r. wyniosła dokładnie 8 mln zł. Jak jednoznacznie wynikało nie tylko z dokumentu referencyjnego, ale i z wykazu usług była tam mowa o kwocie „przekraczającej 8.000.000 zł.”. Sformułowanie „przekraczająca 8.000.000 zł” mogło oznaczać sumę znacznie wyższą niż 8 mln zł. Stąd zakładanie, że było to dokładnie 8 mln zł i czynienie na tej podstawie obliczeń przez odwołującego okazało się nietrafne. Zarzut należało zatem uznać za chybiony.

W dalszej kolejności odwołujący zarzucił, że z oświadczenia DBP wynika, iż przystępujący zapewnił dostępność powyżej 99% przez co najmniej 12 miesięcy, ale nie jest wiadomym, czy dostępność taka miała miejsce w każdym z trzech ostatnich lat. Izba wzięła uwagę, że takiego wymogu próżno było szukać w warunku udziału w postępowaniu. Przywoływane przez odwołującego pytanie nr 45 z 11 sierpnia 2021 r. (omyłkowo oznaczone w odwołaniu jako pytanie 44) brzmiało: *czy wymóg „roczna wartość świadczonych usług nie była niższa niż 3 000 000 PLN netto” oznacza, że w każdym roku trwania umowy musiała być przekroczona kwota 3.000.000 zł netto?* W konsekwencji udzielona przez zamawiającego odpowiedź dotyczyła wymogu „roczna wartość świadczonych usług nie była niższa niż 3 000 000 PLN netto” a nie wymogu „zapewnienia dostępności tego systemu na poziomie co najmniej 99% i Wykonawca faktycznie zapewnił taką dostępność nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy”. Jedynie na marginesie dostrzeżenia wymagało, że sformułowanie „faktycznie zapewnił taką dostępność przez co najmniej 12 miesięcy” nie wykluczało, że było to w każdym z trzech ostatnich lat. Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W piśmie procesowym z dnia 2 lutego 2022 r. odwołujący dodatkowo zarzucił, że *Firma IBM Polska posiada drugą spółkę zależną o nazwie IBM Polska Business Services sp. z o.o. Spółka ta została wpisana do KRS 4 grudnia 2020. Spółka ta zarejestrowana jest pod tym samym adresem. W tej sytuacji nie wiadomo, której ze spółek dotyczą referencje przedstawione przez Przystępującego – w treści referencji brak jest informacji pozwalających identyfikację.*

Izba stwierdziła, że takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. Odwołujący kwestionował w odwołaniu niewykazanie przez przystępującego warunku z kilku wskazanych przez siebie powyżej powodów. Wskazanie kolejnego powodu, dla którego dokument referencyjny miał nie potwierdzać warunku udziału w postępowaniu, stanowiło o podniesieniu nowego zarzutu po upływie terminu na wniesienie odwołania. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 555 Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedstawione w odwołaniu.* Wobec powyższego ten nowy zarzut został przez Izbę pominięty przy wyrokowaniu.

Niezasadne okazały się zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący podniósł, że bezskutecznie domagał się udostępnienia przez zamawiającego następujących informacji przystępującego:

- a. imion i nazwisk członków zespołu,
- b. nazwy podmiotu, który wystawił referencję,
- c. dokumentów potwierdzających kwalifikacje osób.

Odwołujący wskazał, że przystępujący w dniu 28 grudnia 2021 r. złożył oświadczenie o tym, że ww. dokumenty stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Podniósł, że oświadczenie to jest dość enigmatyczne, a przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wynikało z przytoczonego zarzutu, odwołujący kwestionował zaniechanie odtajnienia trzech grup informacji z powodu lakonicznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy w piśmie przystępującego z dnia 28 grudnia 2021 r., w którym miano nie wykazać, iż ww. informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego.

Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie może poza nie wykraczać, co wynika jednoznacznie z art. 555 ustawy Pzp. W tym kontekście kluczowe okazało się w pierwszej kolejności dostrzeżenie, że pismo przystępującego z dnia 28 grudnia 2021 r., które miało lakonicznie uzasadniać zastrzeżenie i nie wykazywać tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczyło dokumentów składanych przez przystępującego w tym dniu. Tymczasem 28 grudnia 2021 r. przystępujący przedstawiał zamawiającemu jedynie wykaz osób uzupełniony o dwie dodatkowe osoby nie wskazane w uprzednio już złożonym i zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazie osób.

Uszło uwadze odwołującego, że przystępujący złożył pierwotny wykaz osób przy piśmie z dnia 13 grudnia 2021 r. Do wykazu tego załączył pisemne uzasadnienie zastrzeżenia ww. dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami, mającymi wykazywać zasadność ww. zastrzeżenia, opatrzone datą 13 grudnia 2021 r. Z kolei wykaz usług wraz z dokumentami referencyjnymi został złożony zamawiającemu przez przystępującego przy jego piśmie z dnia 22 listopada 2021 r. Również w tej samej dacie przystępujący przedstawił zamawiającemu pisemne uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami, opatrzone datą 22 listopada 2021 r.

Tak prawidłowo ustalony stan faktyczny posiadał kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu podniesionego przez odwołującego. Po pierwsze, nie mógł zostać uznany za zasadny zarzut zaniechania odtajnienia nazwy podmiotu, który wystawił referencję z powodu lakoniczności i niewykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w

piśmie z dnia 28 grudnia 2021 r. Jak wskazano wcześniej, w tej dacie przystępujący nie składał wykazu usług i dokumentu referencyjnego i co za tym idzie w piśmie z dnia 28 grudnia 2021 r. nie uzasadniał konieczności zastrzeżenia jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa tych dokumentów. Jak wynikało z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.* Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa następuje jednocześnie wraz z przekazaniem takich informacji. Jak już wcześniej wskazano, obie te czynności w odniesieniu do wykazu usług i referencji miały miejsce w dniu 22 listopada 2021 r. Wobec powyższego zarzut w części dotyczącej wykazu usług i referencji, w taki sposób, w jaki opisano go w odwołaniu, nie mógł odnieść skutku.

Jeżeli chodzi o żądanie odtajnienia imion i nazwisk członków zespołu i dokumentów potwierdzających kwalifikacje osób, to - jak już wcześniej wskazano - zastrzeżenie wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie zasadności zastrzeżenia zostało przez przystępującego dokonane w piśmie z dnia 13 grudnia 2021 r., którego odwołujący w odwołaniu nie kwestionował. W piśmie z dnia 28 grudnia 2021 r. przystępujący zastrzegł uzupełniony wykaz osób, a więc czynność zastrzeżenia dotyczyła nowych informacji przedstawianych zamawiającemu po raz pierwszy w tym dniu.

Izba porównała wykazy osób, pierwotny i uzupełniony i stwierdziła, że w stosunku do pierwotnego wykazu przystępujący uzupełnił informacje o dwie nowe osoby. W konsekwencji badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle zarzutów odwołania podlegały jedynie informacje w zakresie tych dwóch nowych osób. W tym kontekście odwołujący w odwołaniu zarzucił niezwykle lakonicznie, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 28 grudnia 2021 r. jest enigmatyczne, a wykonawca nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak opisany zarzut należało uznać za wyjątkowo nieskonkretyzowany. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które miałyby wskazywać na fakt, że przystępujący nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do poszczególnych informacji. Przystępujący przedstawił uzasadnienie faktyczne tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami na poparcie tego zastrzeżenia. Jeśli odwołujący się z tym nie zgadzał, to powinien wskazać dlaczego. Jedyne konkret odwołujący przedstawił przy piśmie z dnia 2 lutego 2022 r.. Odwołujący złożył w charakterze dowodu wydruki z portalu internetowego linkedin pana M. R., pana M. G. i pana P. R. . W oparciu o te dowody odwołujący zarzucił, że rzekomo niepodane do publicznej wiadomości informacje przystępującego są publicznie dostępne na ww. portalu

internetowym. Izba porównała ww. wydruki z treścią uzupełnionego wykazu osób, w części, której dotyczyły zarzuty odwołania, a mianowicie co do dwóch dodatkowych osób zgłoszonych przez przystępującego w dniu 28 grudnia 2021 r. Izba stwierdziła, że żadna z tych osób nie odpowiadała wydrukowi z portalu linkedin złożonym przez odwołującego. W związku z tym Izba stwierdziła, że zarzut iż rzekomo niepodane do publicznej wiadomości informacje przystępującego są jednak publicznie dostępne na ww. portalu internetowym, nie potwierdził się.

Nie potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące niezasadnego odrzucenia jego oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie ocenił, iż odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Dostrzec należało, że celem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 ustawy Pzp, jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Od obowiązku ujawnienia sposobu kalkulacji ceny nie zwalnia wykonawcy fakt, że określony zakres usług zamierza wykonać przy pomocy podwykonawcy. Powyższe wynika z faktu, że cena ofertowa podwykonawcy również może być nieprawidłowo skalkulowana. Aby umożliwić jej weryfikację konieczne są dane, które umożliwiają zbadanie elementów cenotwórczych, jakie legły u podstaw kalkulacji podwykonawcy. Takich zaś elementów odwołujący nie przedstawił zarówno w pierwszych wyjaśnieniach jak i w odpowiedzi na wyraźną prośbę zamawiającego o podanie takich danych, w drugich wyjaśnieniach, Konieczność przedstawienia elementów cenotwórczych również w stosunku do tych części przedmiotu zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie zarówno Izby, jak i sądów okręgowych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 7 lutego 2017 r. sygn. akt X Ga 535/16/za, w którym podtrzymano rozstrzygnięcie wynikające z wyroku Izby z 9 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2036/16).

Tymczasem w wyjaśnieniach odwołujący ujawnił jedynie ostateczną kwotę za udostępnienie potencjału podwykonawcy, ale w tym zakresie nie przedstawiono żadnych elementów kalkulacyjnych. Wykonawca ograniczył się jedynie do podania czasookresu udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia i ujawnienia globalnej kwoty za udostępnienie zasobu, bez wyjaśnienia, w jaki sposób ta kwota została skalkulowana i co się na nią składa. Sam odwołujący w drugich wyjaśnieniach przyznał, że szczegółowy sposób kalkulacji dokonanych przez podwykonawcę nie jest mu znany. Nie można się było zgodzić z odwołującym, że zamawiający nie wzywał go do przedstawienia kalkulacji ceny oferty w

części, która będzie wykonywana przez podwykonawcę. Zamawiający w treści drugiego wezwania z dnia 6 października 2021 r. wyraźnie poprosił odwołującego o wyjaśnienia, w jaki sposób dokonali Państwo oszacowania wysokości tych kosztów oraz przedstawienie kalkulacji tych kosztów ustalonych z podwykonawcą. Pomimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień ceny w dalszym ciągu nie było wiadomo, jak została skalkulowana cena oferty w części, która miała być realizowana przez podwykonawcę.

Od obowiązku ujawnienia kalkulacji części oferty wykonywanej przy pomocy podwykonawcy nie zwalniał obowiązującego ewentualny fakt, że kalkulacja podwykonawcy miała charakter wewnętrzny, a jej metodyka, parametry przyjęte do profilowania cen i źródła ich pozyskania stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy. Na powyższe zdawał się wskazywać dowód nr 1 złożony przez odwołującego przy piśmie z dnia 2 lutego 2022 r. Wzięto pod uwagę, że na taką okoliczność odwołujący nie powoływał się w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu. Powyższe stanowiło więc nieskuteczną próbę zmiany wyjaśnień odwołującego. Po drugie zaś, jeśli rzeczywiście kalkulacja stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy to nic nie stało na przeszkodzie, aby informację na ten temat przekazać zamawiającemu, zastrzegając ją jako tajemnicę przedsiębiorstwa, czego jednak odwołujący nie uczynił.

Izba stwierdziła również, że słusznie zamawiający dostrzegł, iż odwołujący podał w wyjaśnieniach wynikową kwotę kosztu wynagrodzenia specjalistów, ale nie sprostał konieczności wyjaśnienia, jakie elementy są w tej kwocie uwzględnione i ile one wynoszą. Chodziło to o takie elementy jak:

- wynagrodzenie zasadnicze pracownika,
- składki ubezpieczeniowe emerytalne, rentowe i wypadkowe,
- składki na fundusz pracy,
- koszt urlopów i zwolnień,
- nagrody i premie,
- nadgodziny,
- dodatek samochodowy,
- dodatek za dyżur.

W odwołaniu odwołujący zarzucił, że taka podstawa odrzucenia oferty jest nieprawidłowa, bo informację na temat wynagrodzeń specjalistów opatrzył oznaczeniem, że kwoty są podawane z uwzględnieniem wszystkich kosztów zatrudnienia. Stanowisko to należało uznać za niezasadne. Tak jak już wskazano wcześniej, podanie globalnej kwoty wynagrodzenia specjalistów nie zwalniało wykonawcy od ujawnienia szczegółów, jak taka globalna kwota jest wyliczona i co się na nią składa. Bez takiego rozbicia i ujawnienia założeń elementów składowych, podawana przez wykonawcę kwota jest jedynie niewiele

znaczącą liczbą. Na powyższe nakładał się fakt, że jedyny dowód, jaki odwołujący przedstawił celem wykazania realności kalkulowanego wynagrodzenia specjalistów to wydruk ze strony internetowej obejmujący raport S. & S. . Zamawiający słusznie uznał, że niewystarczające jest powołanie się na ten jeden dowód. Nie złożono zamawiającemu innych, bardziej wiarygodnych dowodów, np. umów o pracę, umów cywilnoprawnych dla specjalistów. W konsekwencji nie wiadomo było też, jaka część z podawanych kwot odpowiada wynagrodzeniu specjalistów, a ile np. stanowi narzut odwołującego z tym związany czy inne elementy składowe. Izba stwierdziła, że wiarygodność i przydatność jedynego dowodu, jaki odwołujący złożył zamawiającemu, czyli raportu S. & S., budziła wątpliwości. Raport ten dotyczył stanowiska - starszy specjalista, administrator systemów IT, a próbka badanych objęła grupę 1.319 administratorów. Jednakże, dane zawarte w raporcie okazały się wynikiem badań ogólnych, odnoszących się do całego rynku i dotyczyły administratorów systemów IT na różnym poziomie doświadczenia, wiedzy i przede wszystkim – specjalistów z różnych obszarów technologicznych. Tymczasem prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia wymagało pozyskania specjalistów – administratorów IT o unikalnych kwalifikacjach z zakresu administracji systemami Mainframe, którzy w niektórych sytuacjach mogą być zmuszeni wykonać diagnostykę i przywrócić dostępność na zasadzie obejścia krytycznych z punktu widzenia Państwa systemów informatycznych zamawiającego. W tej sytuacji porzucenie na złożeniu, pomimo dwukrotnych wezwań zamawiającego, jako jedynego dowodu tak ogólnego raportu S. & S., celem wykazania realności wynagrodzenia kluczowych i unikalnych z punktu widzenia realności wykonania zamówienia specjalistów, należało uznać za dalece niewystarczające.

Odwołujący wskazał również w odwołaniu, jakoby zamawiający w ramach uzasadnienia czynności odrzucenia jego oferty nie kwestionował tego, że odwołujący realizuje na rzecz zamawiającego usługi dotyczące tego samego systemu komputerowego i dzięki temu posiada know-how w tym zakresie i nie musi szacować ryzyk związanych z poznawaniem systemu.

Zaprezentowane wyżej stanowisko odwołującego nie polegało na prawdzie. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego wyraźnie wskazał, że w wezwaniu poprosił odwołującego o wycenę ryzyk związanych z:

- a) realizacją umowy (jak np. zapłata kar umownych, wypowiedzenie/odstąpienie od umowy);
- b) niedotrzymanie parametrów usług określonych w metrykach oraz wystąpieniem niedostępności środowisk objętych usługą oraz kosztów związanych z przywróceniem tych środowisk do pełnej sprawności (pracochłonności).

Następnie zamawiający wprost podniósł w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, że twierdzenia odwołującego w tym obszarze wyjaśnień mają charakter ogólny. Zamawiający wytknął też wykonawcy, że *w żaden sposób nie może rzetelnie ocenić*

przedstawionych wyjaśnień, albowiem odnoszą się one do cen rynkowych (nie wskazanych przez wykonawcę), pozycji rynkowej wykonawcy (nie wykazanej) i innych niedookreślonych wyjaśnień. Powyższe stwierdzenia zamawiającego zawarte w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego jednoznacznie wskazywały, że kwestionował on również ten element wyjaśnień odwołującego. Nie jest zatem prawdą, jakoby zamawiający nie zakwestionował, że odwołujący realizuje na jego rzecz usługi dot. tego samego systemu komputerowego i dzięki temu posiada know-how w tym zakresie i nie musi szacować ryzyk związanych z poznawaniem systemu. Wobec powyższego prawidłowym działaniem odwołującego powinno być zakwestionowanie tak opisanej podstawy odrzucenia swej oferty.

Następnie odwołujący podniósł także, że wywody zamawiającego odnoszące się do braku wycenienia w cenie ofertowej ryzyka usług informatycznych nie mają związku z przyczyną odrzucenia jego oferty. Odwołujący argumentował, że zamawiający opisał w metrykach poziom świadczenia usług ciągłości działania i wywiódł, że zadaniem nowego wykonawcy będzie przede wszystkim utrzymanie opisanych w metrykach parametrów dostępności i ciągłości i wycena w tym zakresie powinna być uznana za wystarczającą.

Izba stwierdziła, że zupełnie inaczej powinno być szacowane ryzyko w przypadku świadczenia usług naprawy urządzeń z wymianą części zamiennych (jak na przykład usługa serwisu serwerów Mainframe świadczona przez odwołującego), a inaczej należało kalkulować ryzyko dla podejmowanych usług administrowania jak np. usługi ciągłości działania. W przypadku usługi naprawy urządzeń, zasadniczym zadaniem wykonawcy jest reagowanie na zgłaszane przez zleceniodawcę zdarzenia i w przypadku problemów z działaniem urządzeń, doprowadzanie ich do stanu sprzed pojawienia się awarii. Tego rodzaju działanie wykonawcy charakteryzuje się reaktywnością na pojawiające się problemy. Natomiast w przypadku zamawianej usługi działanie wykonawcy musi przybierać charakter proaktywny, tzn. wykonawca musi działać prewencyjnie, proaktywnie, aby awaria nie wystąpiła. Innymi słowy w analizowanej sprawie charakter usługi polegał na przejęciu przez wykonawcę od zamawiającego odpowiedzialności za wyznaczoną część pewnego obszaru IT, co wiązało się z przejęciem odpowiedzialności za krytyczny obszar administracji systemem. Przedmiotem postępowania nie było zatem jedynie wynajęcie osób, czy zespołu osób, które w razie problemów miałyby świadczyć usługi naprawy urządzeń. W tej sytuacji nie można było zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego przedstawionym w pkt 20 odwołania, że zamawiana usługa nic ma w sobie nic z oryginalności.

W konsekwencji za nieprawidłowe z punktu widzenia należytej kalkulacji ceny należało uznać dokonanie jedynie wyceny kosztów osobowych z uwzględnieniem metryk parametrów dostępności i ciągłości i z pominięciem wyceny wystąpienia ryzyk związanych z: a) realizacją umowy (jak np. zapłata kar umownych, wypowiedzenie/odstąpienie od umowy);

b) niedotrzymania parametrów usług określonych w metrykach oraz wystąpieniem niedostępności środowisk objętych usługą oraz kosztów związanych z przywróceniem tych środowisk do pełnej sprawności (pracochłonności).

Owszem ostatecznie odwołujący w kalkulacji ujął element opisany jako „rezerwa”. Jednakże pomimo wezwania zamawiającego w dalszym ciągu nie wiadomo było, jak kwota tam ujęta została wyliczona. W tej sytuacji podana przez odwołującego suma, okazała się jedynie abstrakcyjną kwotą, która nie wiadomo jak została oszacowana i co się w niej mieściło. Co więcej, treść wyjaśnień odwołującego złożonych w toku postępowania przed zamawiającym zdawała się wskazywać, że owa rezerwa nie obejmuje ryzyk biznesowych. Odwołujący wskazał bowiem w wyjaśnieniach ceny, że wyceny oferty dokonał na podstawie SWZ i nie musi z tego tytułu tworzyć rezerw związanych z ryzykiem biznesowym.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący podjął próbę wyjaśnienia, co mieści się pozycji „rezerwa” dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Przykładowo w trakcie rozprawy odwołujący ujawnił, że mieścić się tam miały koszty ewentualnych szkoleń pracowników. Izba stwierdziła, że twierdzenia odwołującego w tym zakresie zdawały się zmieniać treść wyjaśnień złożonych w toku postępowania przed zamawiającym, co było niedopuszczalne. W wyjaśnieniach odwołujący bowiem oświadczył, że *„Spółka nie ponosi kosztów szkoleń Specjalistów. Cały zespół to osoby z doświadczeniem znacznie przekraczającym wymagania Zamawiającego. Osoby te nie wymagają szkoleń, co więcej większość z tych osób wielokrotnie prowadziła kursy i szkolenia, również dla pracowników IBM.”*. Z przywołanego fragmentu wyjaśnień odwołującego wynikało, że odwołujący nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów szkoleń pracowników, podczas gdy w trakcie rozprawy wskazywał, że je skalkulował, w części dotyczącej rezerwy. Okoliczność taka nie wynikała jednak z wyjaśnień, co słusznie zamawiający wytknął wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy.

Zdaniem Izby rację ma także zamawiający wskazując, że obowiązkiem wykonawcy było, w okolicznościach danej sprawy, uwzględnienie w kalkulacji ceny ofertowej także ryzyka z tytułu konieczności doskonalenia personelu (szkoleń). Owszem, jak słusznie wskazał odwołujący w treści odwołania, zamawiający nie przewidział w SWZ wprost obowiązku doskonalenia (szkoleń) personelu. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że w treści SWZ znalazło się szereg postanowień, które pośrednio obowiązek samodoskonalenia personelu wymuszały, a przynajmniej należało skalkulować ryzyko poniesienia kosztów z tego tytułu. Jako przykład takich postanowień należało wskazać rozdział II, ust. 1. pkt 2 OPZ, zgodnie z którym *„Zmiana technologii w zakresie oprogramowania narzędziowego, przy zachowaniu jego ogólnej funkcjonalności nie zwalnia Wykonawcę ze świadczenia Usług Ciągłości Działania.”*.

Nie jest także prawdą, co odwołujący wskazywał w odwołaniu, jakoby zamawiający w podstawie odrzucenia oferty odwołującego miał przyznać, że świadczenie przedmiotowych usług wiąże się wyłącznie z kosztami osobowymi. Izba stwierdziła, że zamawiający w podstawie odrzucenia oferty odwołującego argumentował odmiennie podnosząc, że *Zamawiający wskazuje, że wykonywanie przedmiotu zamówienia na Usługi Ciągłości Działania, wiąże się przede wszystkim z kosztami osobowymi, ale również ryzykiem związanym z realizacją umowy na tak skomplikowanym, rozbudowanym środowisku.* Zamawiający zatem nigdy nie wskazywał, że świadczenie usług wiąże się wyłącznie z kosztami osobowymi, co podnosił odwołujący.

Niezależnie od powyższego za nieskuteczną Izba uznała próbę odwołującego uzasadnienia realności zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jak wynika z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wyjaśnienia i dowody na poparcie realności zaoferowanej ceny powinny być przedstawione w toku postępowania przez zamawiającym, pod rygorem odrzucenia oferty, wynikającego z ww. przepisu. Tymczasem w analizowanej sprawie odwołujący dopiero przed Izbą po raz pierwszy składał niektóre dowody, które mogły i powinny być przedstawione w toku procedury wyjaśniającej przed zamawiającym, jeśli odwołujący chciał, aby zostały uwzględnione przy badaniu realności ceny ofertowej. Przykładowo odwołujący w piśmie procesowym z 2 lutego 2022 r. wskazał na dowód w postaci listu referencyjnego z IBM Polska na okoliczność, że:

- a) każdy z jego specjalistów świadczy tego typu usługi dłużej niż istnieje przystępujący,
- b) członkowie zespołu odwołującego prowadzili szkolenia dla pracowników IBM a nie na odwrót.

Jednakże tego typu dowodu odwołujący nie złożył zamawiającemu w wyznaczonym terminie, ale dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Niezasadne okazało się z tym względnie powoływanie się przepisy art. 534, art. 535 i art. 537 pkt 1 Pzp. Przepisy te przewidują, że strony mogą przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Jednakże przepisy te nie uchylają obowiązku wykazania realności ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, pod rygorem odrzucenia oferty, wynikającym z art. 224 ust. 6 Pzp. Innymi słowy, jeżeli podstawą odrzucenia oferty odwołującego był brak ujęcia w wyjaśnieniach ceny pewnych elementów czy brak poparcia ich dowodami, to to właściwa obrona wykonawcy przeciwko takiej podstawie faktycznej odrzucenia oferty nie mogła polegać na składaniu takich brakujących elementów kalkulacji czy dowodów w toku postępowania odwoławczego przez Izbą. Należało wykazać, że wbrew stanowisku strony zamawiającej wyjaśnienia wraz z dowodami okazały się kompletne, albo, że wykonawca nie musiał składać dowodów czy wyjaśnień w

zakresie kwestionowanym przez zamawiającego, z określonych powodów. Analogicznie, odwołujący dopiero w toku postępowania odwoławczego podjął próbę wykazania posiadanego doświadczenia i jego wpływu na możliwość obniżenia ceny, co nastąpiło w reakcji na uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, w którym zamawiający wskazał na ogólność twierdzeń odwołującego w tym zakresie i bezzasadność powoływania się na doświadczenie w serwisowaniu sprzętu.

Podkreślenia wymagało, że odwołujący uzasadniając w wyjaśnieniach ceny złożonych zamawiającemu odstępnie od kalkulacji ryzyk biznesowych ze względu na swoje doświadczenie poprzestał na przedstawieniu następującego oświadczenia: *W niniejszej sprawie niemożliwym do przecenienia jest fakt, iż CUD realizuje u Zamawiającego zamówienie dotyczące tego samego systemu komputerowego, a zatem zna specyfikę urządzeń, specyfikę wymagań ZUS, specyfikę organizacji pracy i nie musi z tego tytułu tworzyć rezerw związanych z ryzykiem biznesowym. Dotychczas ryzyko takie było wycenione na ~10% ceny.* Odwołujący zdawał się także zmieniać swe stanowisko przedstawione w wyjaśnieniach, gdyż w wyjaśnieniach powoływał się na swoją przewagę wynikającą z doświadczenia w świadczeniu usługi serwisowej serwerów MainFrame a w postępowaniu odwoławczym powoływał się na swoje doświadczenie wynikające z realizacji umów z ZETO, realizacji umowy o poufności złożonej na rozprawie w dniu 17 lutego 2022 r. czy realizacji umów na kompleksową obsługę systemów opartych na serwerach IBM zSeries (mainframe) na rzecz innych podmiotów (pkt 20 pisma odwołującego z 2 lutego 2022 r.). Odwołujący dopiero przed Izłą po raz pierwszy powołał się na tak rozumiane doświadczenia i złożył w charakterze dowodu dokumenty obrazujące jego współpracę z niektórymi ZETO, Lubelskim Urzędem Wojewódzkim czy ww. umowę o poufności (por. dowody złożone przez odwołującego 2 lutego 2022 r. i 17 lutego 2022 r.). Powyższe należało uznać również za nowe twierdzenia odwołującego podnoszone ponad osnowę wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Bezzasadne okazało się powołanie się na rozprawie na dowód w postaci odpowiedzi ZUS z 21 stycznia 2022 r. na wniosek odwołującego o udzielenie informacji publicznej, w której zamawiający oświadczył, że umowa na świadczenie usług ciągłości działania dla środowiska systemowego Mainframe, zawarta w wyniku ww. postępowania nr TZ/271/4/18 z przystępującym była i jest wykonywana należycie i w związku z realizacją ww. umowy nie były naliczane kary umowne (dowód złożony przez odwołującego na rozprawie w dniu 17 lutego 2022 r.). Okoliczność, iż dzięki własnym staraniom i doświadczeniu przystępujący był w stanie realizować poprzednią umowę należycie i bez naliczania kar umownych nie oznaczało jeszcze, że odwołujący był uprawniony do zaniechania skalkulowania ryzyk biznesowych z powołaniem się na doświadczenie przystępującego, nie będące udziałem odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zaskarżona czynność odrzucenia oferty odwołującego odpowiadała prawu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192*

ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

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

Przewodniczący: