

Sygn. akt KIO 1155/15

Sygn. akt KIO 1156/15

Sygn. akt KIO 1162/15

WYROK
z dnia 13 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Marta Polkowska**
Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 12 czerwca 2015 roku, 18 czerwca 2015 roku, 23 czerwca 2015 roku, 25 czerwca 2015 roku oraz 2 lipca 2015 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 1 czerwca 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1155/15)
- B. w dniu 1 czerwca 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1156/15)
- C. w dniu 1 czerwca 2015 roku przez wykonawcę Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1162/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 1155/15):

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzina w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1155/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1155/15 po stronie Odwołującego,
- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1155/15 po stronie Zamawiającego,

B. (sygn. akt KIO 1156/15):

- wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Odwołującego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego,

C. (sygn. akt KIO 1162/15):

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1162/15 po stronie Zamawiającego,

- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1162/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzina w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1162/15 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.

A. **Oddala odwołanie** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1155/15)

B. **Uwzględnia odwołanie** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzina w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1156/15)

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik)

oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie oraz dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

C. **Uwzględnia odwołanie** wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1162/15)

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie oraz dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1155/15) oraz Zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1156/15 i sygn. akt KIO 1162/15) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1155/15) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1156/15) i wykonawcę Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1162/15) tytułem wpisów od odwołań

2.2. zasądza od Zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych) odpowiednio na rzecz:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzina w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1156/15) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1162/15) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1155/15

Sygn. akt KIO 1156/15

Sygn. akt KIO 1162/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o zawarcie umowy ramowej prowadzone z zastosowaniem przepisów dotyczących przetargu ograniczonego pod nazwą *Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARIMR oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów IT w ARIMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (Umowa ramowa rozwojowa)*. Ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 sierpnia 2014 roku pod numerem 2014/S 149-268391.

Za pismem z dnia 22 maja 2015 roku Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp) poinformowała o wyborze trzech najkorzystniejszych ofert tj:

- wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (punktacja według kryteriów oceny ofert – cena 100 %: 100%),
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (punktacja według kryteriów oceny ofert – cena 100 %: 79,51%),
- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (punktacja według kryteriów oceny ofert – cena 100 %: 34,46%).

Zamawiający poinformował również o pozostałych wykonawcach, którzy złożyli oferty oraz przyznanej im punktacji:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (punktacja według kryteriów oceny ofert – cena 100 %: 32,45%),
- wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (punktacja według kryteriów oceny ofert – cena 100 %: 28,69%).

Zamawiający poinformował, że nie odrzucił z postępowania żadnej oferty.

A. Sygn. akt KIO 1155/15

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący Comarch) działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp) wniósł odwołanie od:

- zaniechania czynności odrzucenia oferty Asseco Poland SA z siedzibą w Rzeszowie - z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, do tego w sytuacji, w której wszystkie pozostałe oferty nie zawierają przedmiotowej niezgodności - co stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2) oraz art. 7 ust. 1 ustawy,
- zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum AMG) - z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, do tego w sytuacji, w której wszystkie pozostałe oferty nie zawierają przedmiotowej niezgodności – co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 7 ust. ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. i odrzucenia jego oferty; unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum AMG i odrzucenia jego oferty; dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych powyżej.

Interes we wniesieniu odwołania: Odwołujący argumentował, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w treści odwołania zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy oraz dokonanie niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, powodują, iż Odwołujący zmuszony jest konkurować w ramach wybranej trójki z podmiotem którego oferta powinna zostać odrzucona, nadto - w razie odrzucenia tej oferty do pierwszej trójki wszedłby jeden z podmiotów znajdujących się obecnie poza nią - podczas gdy oferty wykonawców, których oferty nie zostały wybrane

również podlegają odrzuceniu. Tym samym w wyniku niezgodnych z ustawą zaniechań Zamawiającego opisanych w odwołaniu Odwołujący ma większą [i nieuprawnioną] konkurencję - co obniża jego szanse na realizację zamówień objętych Umową ramową. Na tym też opiera się potencjalna szkoda jakiej może doznać Odwołujący - utrzymanie oceny ofert w obecnym brzmieniu powoduje, iż Odwołujący będzie miał mniejsze szanse na realizację przedmiotowych zamówień. W sytuacji dokonania prawidłowej i zgodnej z ustawą oceny ofert, z uwzględnieniem wyłącznie ofert niepodlegających odrzuceniu, oferta Odwołującego będzie konkurować z mniejszą liczbą wykonawców - co zwiększa szanse Odwołującego na uzyskanie zamówień objętych umową ramową.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko

Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 22 maja 2015 roku przekazał Odwołującemu informację o ocenie ofert wyniku postępowania. Odwołujący nie zgodził się z dokonaną przez Zamawiającego oceną.

Zarzuty wobec oferty Asseco Poland S.A

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) rozdział X Zadanie Próbne (str. 5):

1. *Każdy z Wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty.*

2. *Zadanie próbne polega na zbudowaniu i modyfikacji Aplikacji:*

- *SI A (ZSZiK),*

- *OFSA PROW,*

- *PO RYBY,*

na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku, o którym mowa w pkt 3.

3. Wynikiem zadania próbnego będzie zaprezentowanie odpowiednich formatek:

1) *dla systemu SI A (ZSZiK):*

a) *„Parametry wyszukiwaniazobowiązań” (ścieżka: RW-> Obsługa zobowiązań -> obsługa),*

b) *„Informacja o Wersji Aplikacji” (ścieżka: System -> Informacje);*

2) *Dla systemu OFSA PROW:*

a) *„Moduł SAD - lista korekt” (ścieżka: Pozycja z menu głównego: SAD),*

b) *„Moduł Raportów ad hoc - Usta szablonów raportów” (ścieżka: Raporty ad hoc -> Szablony raportów ad hoc);*

- 3) Dla systemu PO RYBY: „Rejestr dokumentów” (ścieżka: Pozycja z menu głównego: Rejestr dokumentów).

Każda z formatek ma zawierać dodatkowo pole z datą wygenerowania formatki, powstałe w wyniku modyfikacji kodów źródłowych. Numer wersji aplikacji ma być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych.

4. Wynik zadania próbnego zostanie zaprezentowany w trakcie sesji prezentacji wyniku zadania próbnego (prezentacja) w siedzibie Zamawiającego oraz w postaci zrzutów z ekranu załączonych do oferty. Zrzuty mają odzwierciedlać zakres prezentacji (być tożsame).

...

6. Ocena wyniku zadania próbnego, o którym mowa w pkt 3, będzie pozytywna jeżeli:

- a) dla systemu SI A -formatka „Parametry wyszukiwania zobowiązań ” będzie zgodna z przekazaną dokumentacją Aplikacji SIA, a formatka „Informacja o Wersji Aplikacji” będzie zawierała pola: „Wersja Klienta” i „Wersja Serwera” zgodne z przekazanymi wraz z SIWZ kodami źródłowymi Aplikacji SIA,
- b) dla systemu OFSA - formatki „Moduł SAD - lista korekt” oraz „Moduł Raportów ad hoc- lista szablonów raportów” będą zgodne z przekazaną dokumentacją Aplikacji OFSA PROW,
- c) dla systemu PO RYBY-formatka „Rejestr dokumentów” będzie zgodna z przekazaną dokumentacją Aplikacji PO RYBY,

przy czym każda z formatek ma zawierać pole z datą wygenerowania formatki (Zamawiający uzna za prawidłową datę w przedziale od dnia otrzymania SIWZ do momentu upłynięcia terminu złożenia ofert). Ocenie nie będzie podlegała zawartość merytoryczna pól edytowalnych na formatce „Parametry wyszukiwania zobowiązań” natomiast pola edytowalne powinny umożliwiać wprowadzanie ciągu znaków. Zamawiający nie wymaga rozwinięcia list wyboru na formatkach.

9. Zamawiający uzna, że zadanie próbne zostało wykonane zgodnie z treścią SIWZ w przypadku spełnienia łącznie poniższych okoliczności:

- 1) przeprowadzona została prezentacja wyniku zadania próbnego w czasie, o którym mowa w pkt 8 ppkt 3;
- 2) wynik przedstawionego w trakcie sesji zadania próbnego oraz w ofercie jest zgodny z pkt 3 w związku z pkt 6.

Odwołujący wskazał, że w związku z wątpliwościami wykonawców co do ujętego w SIWZ wymagania w punkcie 6 o treści „będzie zgodna z przekazaną dokumentacją” odnośnie

trzech Systemów - w toku postępowania złożono pytanie, na które Zamawiający odpowiedział pismem z dnia 13.03.2015 roku o numerze ZP-126 -DZP-2611-2/HŻ/2014 - wskazując dokładnie numer wersji dokumentacji, stronę niniejszej dokumentacji oraz numer rysunku formatki (udzielona odpowiedź):

6. Ocena wyniku zadania próbnego, o którym mowa w pkt 3, będzie pozytywna jeżeli:

- a) dla systemu SIA (ZSZiK) formatka „Parametry wyszukania zobowiązań” będzie zgodna z dokumentacją PU_ZSZIK_ZOBOWIAZANIAWIELOLETNIE.DOC (strona 26, rysunek nr 19), a formatka „Informacja o Wersji Aplikacji” będzie zawierała wypełnione pola: „Wersja Klienta” i „Wersja Serwera”, zgodne z przekazanymi wraz z SIWZ kodami źródłowymi Aplikacji SIA (ZSZiK),
- b) dla systemu OFSA PROW -formatka „Moduł SAD - lista korekt” będzie zgodna z dokumentacją PU OFSA-PROW vl.09.docx (strona 305, rysunek nr 270) a formatka „Moduł Raportów ad hoc - lista szablonów raportów” będzie zgodna z dokumentacją DU_OFSA-PROW__vl.09.docx (strona 257, rysunek nr 186),
- c) dla systemu PO RYBY - formatka „Rejestr dokumentów” będzie zgodna z przekazanym w załączeniu widokiem formatki „Rejestr dokumentów” wygenerowanej z systemu PO RYBY

przy czym każda z formatek ma zawierać pole z datą wygenerowania formatki (Zamawiający uzna za prawidłową datę w przedziale od dnia otrzymania SIWZ do momentu upłynięcia terminu złożenia ofert). Ocenie nie będzie podlegała zawartość merytoryczna pól edytowalnych na formacie „Parametry wyszukania zobowiązań”, natomiast pola edytowalne powinny umożliwiać wprowadzanie ciągu znaków. Zamawiający nie wymaga rozwinięcia list wyboru na formatkach.

Zamawiający do w/w pisma dołączył rysunek formatki „Rejestr dokumentów”, którego widok stał się elementem oceny zadania próbnego (dołączona kopia przekazanego dokumentu z dnia 13 marca 2015 roku (Rysunek 3 w odwołaniu).

Odwołujący zarzucił, że oferta firmy Asseco Poland S.A. jest niezgodna z wymaganymi punktu 2 Rozdziału X SIWZ w zakresie aplikacji PO RYBY, to znaczy nie jest zgodna z kodami źródłowymi i dokumentacją załączoną do SIWZ. Aplikacja PO RYBY nie jest zgodna z wymaganymi punktu 4 Rozdziału X SIWZ, gdyż zrzuty formatek zamieszczone w ofercie Asseco Poland S.A. nie odzwierciedlają zakresu prezentacji i nie są tożsame.

Zamawiający w celu sprawdzenia zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązał Wykonawców do wykonania Zadania Próbnego zgodnie z w/w wymaganiami. Jak wskazuje zrzut ekranu formatki „Rejestr dokumentów” Aplikacji PO RYBY oferta firmy

Asseco Poland S.A. (Rysunek 4 w odwołaniu) jest niezgodna z przekazaną przez Zamawiającego dokumentacją załączoną do SIWZ (Rysunek 3 w odwołaniu) - gdyż nie zawiera polskich znaków diakrytycznych. Brak takowych znaków stanowi o błędnej kompilacji kodów źródłowych lub/i o błędnym przygotowaniu środowiska dla zadania próbnego dla aplikacji PO RYBY.

Zamawiający od wykonawców w ramach Zadania Próbnego wymagał jedynie, aby każdy wykonawca wykazał swą zdolność techniczną - polegającą na przygotowaniu trzech środowisk aplikacji, które są przedmiotem zamówienia, w minimalnym możliwym zakresie - polegającym na prawidłowym uruchomieniu aplikacji z przekazanych kodów źródłowych wraz z dodaniem prostego elementu, jakim jest data wygenerowania formatki. Doprowadzenie przez Asseco Poland S.A. do usunięcia z w/w Aplikacji polskich znaków diakrytycznych jest poważnym błędem programistycznym - w praktyce wywierającym istotne skutki w postaci wadliwego działania owej aplikacji oraz skutkującym rażąco niezgodność z przekazaną dokumentacją.

Dodatkową niezgodnością i jednocześnie dodatkowym argumentem świadczącym o nieprawidłowym, a w konsekwencji niezgodnym z SIWZ, przygotowaniu i wykonaniu przez Asseco Poland S.A. w/w Zadania Próbnego w zakresie aplikacji PO RYBY - jest brak zachowania tożsamości pomiędzy zrzutami dołączonymi do Oferty (Rysunek 4: Rysunek formatki „Rejestr dokumentów” Aplikacji PO RYBY z Oferty Asseco Poland S.A. złożonej w dniu 20.05.2015), a prezentacją (Rysunek 5). Podczas prezentacji Zadania Próbnego Asseco Poland S.A. prezentuje przyciski uruchamiające kalendarz dla pola edytowalnego (w odwołaniu wklejone zdjęcie Rysunek 1: Pola wyboru kalendarza w formacie „Rejestr dokumentów” Aplikacji PO RYBY podczas prezentacji zadania próbnego).

Tymczasem w ofercie zamieszczono zrzut ekranu formatki „Rejestr dokumentów” Aplikacji PO RYBY, który nie jest tożsamy z prezentacją Zadania Próbnego. Co więcej - zrzut widniejący w ofercie który jest niezgodny z dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego (Rysunek 3 w odwołaniu). Przycisk wywołania kalendarza został błędnie zastąpiony w wyniku nieprawidłowej komplikacji kodu źródłowego zminiaturyzowanym przyciskiem pola słownikowego (w odwołaniu wklejone zdjęcie Rysunek 2: Pola wyboru kalendarza w formacie „Rejestr dokumentów” Aplikacji PO RYBY dołączony jako zrzut ekranu do Oferty).

Odwołujący wskazał, że pozostali wykonawcy nie mieli problemów z przygotowaniem Zadania Próbnego co do tej Aplikacji zgodnie z wymaganiami SIWZ: u wszystkich pozostałych wykonawców zarówno w ofertach, jak i na prezentacji - w zakresie Aplikacja PO RYBY 1) wymagana formatka zawiera polskie znaki diakrytyczne oraz 2) prawidłowe przyciski

wywoływania kalendarza.

Oferta Asseco Poland S.A. z uwagi na powyższe okoliczności powinna zostać odrzucona.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono:

Rysunek 3: Rysunek formatki „Rejestr dokumentów” zgodna z dokumentacją Aplikacji PO RYBY przekazany przez Zamawiającego w dniu 13 marca 2015 roku w odpowiedzi na pytanie (występują polskie znaki).

Rysunek 4: Rysunek formatki „Rejestr dokumentów” Aplikacji PO RYBY z oferty Asseco Polan S.A. złożonej w dniu 20 maja 2015 roku (brak polskich znaków, przycisk wywoływania kalendarza inny niż na prezentacji).

Rysunek 5: Rysunek formatki „Rejestr dokumentów” Aplikacji PO RYBY z oferty Asseco Polan S.A. prezentowanej podczas zadania próbnego w dniu 20 maja 2015 roku (brak polskich znaków, inny przycisk kalendarza inny niż w prezentowanej próbce, brak tożsamości).

Zarzuty wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum AMG)

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) rozdział X Zadanie Próbne (str. 5):

1. *Każdy z Wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty.*
2. *Zadanie próbne polega na zbudowaniu i modyfikacji Aplikacji:*
 - SI A (ZSZiK),
 - OFSA PROW,
 - PO RYBY,*na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku, o którym mowa w pkt 3.*
3. Wynikiem zadania próbnego będzie zaprezentowanie odpowiednich formatek:
 - 1) *dla systemu SI A (ZSZiK):*
 - a) *„Parametry wyszukiwania zobowiązań” (ścieżka: RW-> Obsługa zobowiązań -> obsługa),*
 - b) *„Informacja o Wersji Aplikacji” (ścieżka: System -> Informacje);*
 - 2) *Dla systemu OFSA PROW:*
 - a) *„Moduł SAD - lista korekt” (ścieżka: Pozycja z menu głównego: SAD),*

- b) „Moduł Raportów ad hoc - Usta szablonów raportów” (ścieżka: Raporty ad hoc -> Szablony raportów ad hoc);
- 3) Dla systemu PO RYBY: „Rejestr dokumentów” (ścieżka: Pozycja z menu głównego: Rejestr dokumentów).

Każda z formatek ma zawierać dodatkowo pole z datą wygenerowania formatki, powstałe w wyniku modyfikacji kodów źródłowych. Numer wersji aplikacji ma być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych.

Odwołujący zarzucił, że oferta Konsorcjum AMG jest niezgodna z wymaganymi punktu 3 Rozdziału X SIWZ - bowiem wersja Aplikacji OFSA PROW jest niezgodna z przekazanych wraz z SIWZ kodami źródłowymi.

Zrzut ekranu będący częścią Oferty Konsorcjum AMG wskazuje na inną wersję systemu wygenerowaną z kodów źródłowych w stosunku do Odwołującego oraz pozostałych Oferentów, których zrzuty formatek dołączono do Ofert.

Zgodnie z przekazanymi wykonawcom kodami źródłowymi wersja Aplikacji OFSA PROW to OFSA-PROW_027.009.0024 - a nie jak wskazują zrzuty ekranu w ofercie wykonawcy Konsorcjum AMG - OFSA-PROW_027.009.0025.

Jest to niezgodność świadcząca o poważnym błędzie. Niezgodności owa może być przyczyną nieprawidłowej komplikacji kodów źródłowych podczas przygotowania Aplikacji OFSA PROW lub komplikacji Aplikacji z innych niż przekazane przez Zamawiającego kodów źródłowych.

Niezależnie od przyczyn zarzucanej niezgodności - Oferent nie zachował wymagań Zamawiającego w tym zakresie określonych w SIWZ - co kwalifikuje jego ofertę do odrzucenia.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono:

Rysunek 6: Zrzut ekranu Aplikacji OFSA PROW dołączonej do oferty Konsorcjum AMG.

Rysunek 7: Zrzut ekranu Aplikacji OFSA PROW dołączonej do oferty Konsorcjum AMG - powiększenie.

Oferta Konsorcjum AMG z uwagi na powyższe okoliczności powinna zostać odrzucona.

Sygn. akt KIO 1156/15

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 czerwca 2015 roku Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzina w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz

DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum AMG), działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert:
 - (1) wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „HP”),
 - (2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Konsorcjum Comarch”) oraz (3) wykonawcy Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (dalej „Asseco”);
- 2) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania HP i Comarch do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów wysokości ceny;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż został pozbawiony możliwości zawarcia umowy ramowej pomimo że jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych;
- 2) odrzucenia ofert HP, Comarch i Asseco, a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców - wezwanie HP i Comarch do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący otrzymał w dniu 22 maja 2015 roku. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Odwołujący wskazał stan faktyczny sprawy:

Przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej na *Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (Umowa ramowa rozwojowa)*. Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) ofertę należało złożyć wg wzoru Formularza Ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wraz z wynikiem zadania próbnego w postaci zrzutu z ekranu zgodnie z wymogami rozdziału X SIWZ.

Zamawiający przy tym zastrzegł (pkt 3), że dokona oceny wykonania zadania próbnego na zasadzie odpowiada treści SIWZ/nie odpowiada treści SIWZ. We wspomnianym rozdziale X SIWZ, który poświęcony jest „zadaniu próbnemu” (i tak też zatytułowany) zaznaczono, że każdy z wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty.

Zgodnie z pkt 2 rozdziału X zadanie próbne polega na zbudowaniu i modyfikacji Aplikacji (1) SIA (ZSZiK), (2) OFSA PROW, (3) PO RYBY na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku, o którym mowa w pkt 3), który przewiduje, że wynikiem zadania próbnego będzie zaprezentowanie odpowiednich formatek (SIWZ precyzuje w tym miejscu ich treść dla poszczególnych systemów) przy czym: *Każda z formatek ma zawierać dodatkowo pole z datą wygenerowania formatki, powstałe w wyniku modyfikacji kodów źródłowych.*

W kolejnym punkcie rozdziału X (4) Zamawiający określił, że wynik zadania próbnego zostanie zaprezentowany w trakcie sesji prezentacji wyniku zadania próbnego w siedzibie Zamawiającego oraz w postaci zrzutów z ekranu załączonych do oferty przy czym *Zrzuty mają odzwierciedlać zakres prezentacji (być tożsame).*

Kolejnym istotnym elementem w sprawie jest kwestia obliczenia ceny. Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Wykonawcy mieli podać zarówno ceny jednostkowo jak i łączną cenę brutto w formularzu ofertowym. Jednostkami podlegającymi wycenie były „Punkt Funkcyjny” (PF) oraz „Roboczodzień” (H). Zgodnie z treścią każdej oferty (tego wymagał jej wzór) przedstawione ceny jednostkowe uwzględniały wszystkie koszty wykonania poszczególnych zamówień w ramach umowy ramowej. Przy czym to Zamawiający będzie wymiarował poszczególne Zamówienia przy realizacji umowy ramowej (por, rozdział I pkt 4).

Oferty złożyło pięciu wykonawców. Każda pozytywnie przeszła ocenę zgodności z SIWZ. Ponadto Zamawiający nie wzywał nikogo do wyjaśnień, czy oferty nie zawierają rażąco

niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że dwóch z pięciu wykonawców zaproponowało ceny o blisko połowę niższe od pozostałych.

Zaniechanie odrzucenia oferty HP z powodu wadliwie wykonanego zadania próbnego - braku tożsamości zrzutów ekranu i prezentacji.

W trakcie prezentacji wyniku zadania próbnego HP wyszło na jaw, że zrzuty ekranu załączone do oferty nie są tożsame z ich elektronicznymi odpowiednikami. Mianowicie, wydrukowane formatki znajdujące się w ofercie HP opatrzone są datą 19.05.2015 r., natomiast na formatkach przedstawianych po upływie terminu składania ofert widnieje data 20.05.2015 r. Chodzi o datę wygenerowania formatek. Powyższe oznacza, że HP pracował nad zadaniem próbnym jeszcze w dniu składania ofert (20.05.2015 r.). Nie wiadomo przy tym, czy trwało to tylko do godziny w której ten termin ekspirował, czy dłużej. Prezentacja HP rozpoczęła się jako ostatnia, piąta w kolejności, a tym samym wykonawca miał ok. dwóch godzin na dokonanie ewentualnych poprawek, modyfikacji lub innych ingerencji w zadanie próbne, w stosunku do jego postaci z dnia 19.05.2015 r. Przede wszystkim jednak, w takiej sytuacji nie można mówić o tożsamości zrzutów wydrukowanych oraz obrazu wyświetlanego w trakcie sesji prezentacji wyniku zadania próbnego

dowód: nagranie audio-video z prezentacji HP (w aktach Zamawiającego, załącznik do protokołu postępowania).

Należy podkreślić, że zgodnie z rozdziałem X pkt 6 SIWZ każda z formatek miała zawierać pole z datą jej wygenerowania, która musiała przypadać w okresie pomiędzy otrzymaniem SIWZ i terminem składania ofert. Zarazem w myśl pkt 4 tego samego rozdziału zrzuty miały odzwierciedlać zakres prezentacji (być tożsame). Tak więc na gruncie SIWZ data utworzenia formatki ma istotne znaczenie, jest bowiem obligatoryjnym elementem każdego zrzutu z ekranu, który następnie stanowił obligatoryjną treść oferty. Wydaje się bezsporne, iż oferta z formatkami nie zawierającymi daty byłaby sprzeczna z treścią SIWZ. Tak samo powinno się potraktować ofertę, w której zrzuty z ekranów załączonych do oferty i prezentowanych po otwarciu ofert nie są tożsame. Tożsamość nie może bowiem zachodzić, jeśli daty formatek są inne.

W trakcie prezentacji osoby występujące w imieniu Zamawiającego zadały Odwołującemu pytanie o datę jaka jest na wyświetlanej formatce aby skonfrontować ją z datą zawartą na wydrukach załączonych do oferty. Zostało to zarejestrowane na nagraniu prezentacji W przypadku HP takiej weryfikacji nie było. Świadczy to z jednej strony o tym, że Zamawiający traktował tożsamość dat jako jeden z elementów zadania próbnego podlegający

sprawdzeniu. Z drugiej zaś o nierównym traktowaniu wykonawców i „przymknięciu oka” na ewidentną rozbieżność dat na formatkach przedstawianych przez HP.

dowód: nagranie audio-video z prezentacji Odwołującego i HP (w aktach Zamawiającego, załącznik do protokołu postępowania)

W tych okolicznościach oferta HP jako niezgodna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A. z powodu wadliwie wykonanego zadania próbnego - ze względu na wykorzystanie innych kodów źródłowych i dokumentacji niż załączone do SIWZ.

Zadanie próbne, które zgodnie z SIWZ miało być obligatoryjnym elementem oferty przetargowej, polegało na zbudowaniu i modyfikacji trzech Aplikacji na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ. Podobne zadania były wymagane przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w ramach wcześniejszych postępowań. Wówczas również udostępniano wykonawcom różne aplikacje (stosownie do przedmiotu zadania próbnego) wraz z bazą danych służącą do uwierzytelniania użytkowników - tzw. LDAP. Baza ta zawiera różne dane np. dotyczące regionów, województw, rzeczywistych użytkowników systemów itp. W niniejszym przetargu ograniczonym na żadnym jego etapie baza LDAP nie była wydawana wykonawcom. W celu zrealizowania zadania próbnego wszyscy wykonawcy mieli obowiązek użycia bazy danych, odpowiadającej faktycznie istniejącej bazie danych LDAP, która umożliwiłaby im zalogowanie się do odtworzonych z kodów źródłowych aplikacji. Faktem jest, że przy dużym nakładzie pracy można było tylko za pomocą kodów źródłowych spreparować taką bazę, podobnie jak i dane które były potrzebne aby zalogować się do systemu. Dane te nie podlegały ocenie w ramach zadania próbnego, były one potrzebne wyłącznie do zalogowania się do systemów. Przy opisanym podejściu, wystarczyło zdefiniować wyłącznie jednego użytkownika i pojedyncze dane, nie było potrzeby tworzenia większej ilości danych ani też odtwarzania całego zestawu danych.

Podczas prezentacji zadań przez Comarch, i Asseco okazało się, że wykonawcy użyli aplikacji gotowych LDAP, które nie były udostępnione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Wymienieni wykonawcy użyli więc aplikacji, które były przekazywane w poprzednich postępowaniach albo wręcz aplikacji które są w posiadaniu tych firm, w związku z realizacją przez nie usług utrzymania lub rozwijania systemów ARiMR. Jest to bardzo łatwe do stwierdzenia. Odtwarzając nagranie z prezentacji widać na nim pełne zestawy danych jak również rzeczywistych użytkowników systemu, co nie było udostępnione

w materiałach przekazanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu (na przykład po wyświetleniu oddziału pojawia się nazwisko pracownika ARiMR, który takie wnioski - Pana Piotra Drżał). Zarazem nie ma możliwość aby taki zestaw danych zdefiniować ręcznie na potrzeby przetargu (zwłaszcza, że nie były one potrzebne z punktu widzenia wymagań stawianych zadaniu próbnemu). Wymagałoby to bowiem kilku tygodni całkowicie niepotrzebnej pracy analityków.

dowód: nagranie audio-video z prezentacji Comarch i Asseco (w aktach Zamawiającego, załącznik do protokołu postępowania); dla zobrazowania problemu Odwołujący zamieszcza poniżej przykładowy zrzut ekranu z prezentacji Asseco w dniu otwarcia ofert, gdzie widać dane świadczące o użyciu LDAP.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono dwa zdjęcia: przykładowy zrzut ekranu z prezentacji Asseco Poland S.A. oraz Konsorcjum Comarch.

Odwołujący wskazywał, że o nieprawidłowym wykonaniu zadania próbnego przez Konsorcjum Comarch świadczy fakt dokonania logowania się do aplikacji w inny sposób niż, przez „okno logowania”. System logowania przez „okno logowania” był wymuszony udostępnionymi kodami źródłowymi i każdy z wykonawców chcący przeprowadzić prezentację zgodnie z warunkami SIWZ musiał logować się taki sposób. Warto wskazać, że z wyjątkiem wykonawcy Comarch, wszyscy inni wykonawcy prawidłowo odczytali wymagania wymuszone przez udostępniony kod źródłowy oprogramowania, i stworzyli odpowiednie „okna logowania” spełniając tym samym wymagania Zamawiającego.

Wyniki zadania próbnego zaprezentowane po otwarciu ofert wprost wskazują, że każdy z ww. wykonawców zbudował i modyfikował wymagane Aplikacje nie w oparciu o kody źródłowe i dokumentację załączoną do SIWZ i wspólną (jednakową) dla każdego uczestnika postępowania, lecz w oparciu o inny, materiał tylko im dostępny, znacznie ułatwiający wykonanie zadania próbnego. W rezultacie wykonawcy ci niczego nie zbudowali (co było istotą zadania próbnego) a jedynie odtworzyli sięgając do posiadanych zasobów, którymi dysponowali z racji kontaktów gospodarczych z Zamawiającym.

Odwołujący wskazał, że tylko zadanie wykonane na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ można uznać za odpowiadające kryteriom specyfikacji. Zaznaczył, że przedmiotem umowy ramowej będą właśnie usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów. Zamawiający w rozdziale IV pkt 3 SIWZ zapowiedział, że dokona oceny wykonania zadania próbnego na zgodność z SIWZ. Każdy z wykonawców miał bowiem „wykonać zadanie próbne”, którego wynik stanowił element oferty. W ramach badania ofert Zamawiający oceniał

ten wynik, jak również samo wykonanie zadania. Taki był sens prezentacji zadania. Wykonawcy w ramach oferty nie tylko proponowali stawki za realizację zleceń indywidualnych ale również prezentowali przedmiot swoje oferty, czyli zadanie polegające na budowie i modyfikacji aplikacji na podstawie konkretnych kodów źródłowych. W przypadku Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A. ten przedmiot nie odpowiada treści SIWZ, bo zadanie nie zostało wykonane w taki sposób, jaki określa precyzyjnie specyfikacja. Oferty tych wykonawców nie mogą być więc uznane za zgodne z SIWZ.

Zamawiający uznając inny sposób wykonania zadania niż przez siebie narzucony powoduje, że w postępowaniu wykonawcy nie są traktowani równo (jednakowo). Doświadczenie, możliwości, kontakty, dostęp do technologii stanowią zasadniczo różny zespół zasobów każdego przedsiębiorcy. To stanowi o konkurencyjności wykonawców i stwarza naturalne przewagi rynkowe. Jest to oczywiste dla Odwołującego, podobnie jak okoliczność, że wykonawcom mającym dostęp do rozwiązań wykorzystywanych w ARiMR może być łatwiej realizować kolejną umowę z tym klientem, przynajmniej jeśli chodzi o początkowy jej etap. Nie zwalnia ich to jednak od respektowania SIWZ.

Sposób wykonania zadania próbnego przez Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A. wyraźnie świadczy, iż wykonawcy ci nie zbudowali aplikacji, lecz ją „odtworzyli”. Dokonali więc daleko idącego uproszczenia wymagań zawartych SIWZ przez pominięcie pracochłonnych operacji na bazie udostępnionych kodów źródłowych. Nie można więc dokonywać porównania wyniku zadania w ofercie Odwołującego (wykonanego ściśle wg wymagań SIWZ) z wynikami w ofertach Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A. skoro uzyskano je inną metodą niż opisana w SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający nie może zaniechać egzekwowania wszystkich postanowień SIWZ w stosunku do niektórych wykonawców, nawet jeśli jest przekonany, że bez wykorzystania LDAP-a swoje zadania również by wykonali prawidłowo. Podkreślić należy, że oceny zadania nie można sprowadzić wyłącznie do weryfikacji jego wyniku w postaci formatów. Gdyby tak było Zamawiający nie wymagał by przeprowadzenia prezentacji zadania próbnego. Chciał jednak sprawdzić działanie systemów, które mieli zbudować wykonawcy. Tymczasem Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A. w istocie niczego nie zbudowali, a jedynie dokonując kilku standardowych działań zapożyczyli gotowe aplikacje z LDAP. Dlatego ich oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i polega odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zaniechanie wezwania HP i Konsorcjum Comarch do udzielenia w określonym

terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ceną oferty była suma stawek za 1 Punkt Funkcyjny (wg metody IFPUG - International Function Point Users Group, przy uwzględnieniu czterech jednostek) i robociznień.

W poszczególnych ofertach wartości te kształtują się następująco:

Firma	Cena 1 PF [PLN]	Cena robociznia [PLN]	Łączna cena oferty brutto [PLN]
ASSECO	1 740,-	2 035,-	11 063,85
HP	500,-	1100,-	3 813,00
Capgemini	2 263,-	1 752,-	13 288,92
Comarch	800,-	699,-	4 795,77
AMG.net	1 988,-	1 600,-	11 750,34

Cena punktu funkcyjnego dla wszystkich oferentów powinna być zbliżona, ponieważ ilość punktów funkcyjnych określa pracochłonność określonych zmian w systemach.

Pracochłonność punktu funkcyjnego powinna odzwierciedlać pewną średnią cenę dla systemów, które będą budowane/rozwijane/modyfikowane w ramach umowy ramowej. Zamawiający nie sprecyzował jakie dokładnie systemy będą realizowane w ramach umowy ramowej (nastąpi to na etapie realizacyjnym).

Dla uprawdopodobnienia, że stawki Konsorcjum Comarch i HP są nierealne Odwołujący przyjął więc że będą to systemy, które wymienione były w SIWZ, z zakresu których wykonywane były zadania próbne. Są to dwa systemy należące do kategorii trudnych i złożonych - OWSA i ZSIK, oraz jeden do kategorii łatwych PO RYBY. Koszty punktów funkcyjnych dla tych systemów są nieporównywalne. Założono zatem pewien hipotetyczny średni koszt za punkt funkcyjny.

Cena dla PF podana przez trzech oferentów jest zbliżona i waha się w zakresie 1 740 do 2 267 zł. Rozbieżność ceny jest na poziomie około 25%. Łączna cena oferty w przypadku HP odbiega od średniej arytmetycznej o 51%, natomiast Konsorcjum Comarch o 39%. Trudno określić odstępstwo od wartości szacunkowej, gdyż mamy do czynienia z umową ramową której realny zakres (zwłaszcza zwymiarowany wg PF lub RBD) nie został sprecyzowany (podano jedynie maksymalna wartość zamówień). Niemniej już duże różnice między sami

ofertami nakazując wyjaśnić bardzo niskie stawki u dwóch wykonawców (cena punktu funkcyjnego HP i Konsorcjum Comarch jest prawie trzykrotnie niższa od cen pozostałych oferentów - Odwołującego, Asseco Poland S.A. Capgemini Polska Sp. z o.o.).

W metodzie szacowania z zastosowaniem punktów funkcyjnych przyjmuje się, że pracochłonność dla technologii 3GL wynosi 8 godzin, natomiast 4GL 1,5 godziny kodowania przez programistę.

W przypadku systemów ARiMR można oszacować, że 85% stanowi technologia 3G, a 4GL 15%.

Średnia ważona za 1 PF wynosi zatem 7 godzin pracy kodowania przez programistę. Powyższe szacunki stanowią czystą pracę kodowania.

Projekty unijne są bardzo restrykcyjne, wymagają dobrej jakości kodu oraz dobrego zarządzania i dokumentowania.

W związku z tym do wymienionej pracochłonności 7 godzin należałoby doliczyć narzuty na: analizę i projekt rozwiązania, testowanie, dokumentowanie, wsparcie procesu certyfikacji, zarządzanie projektem.

Dodatkowo, cena punktu funkcyjnego powinna zawierać narzuty związane z kosztami, które zostały przez ARiMR sędowane na oferentów, mianowicie koszty zakupu licencji za technologie które będą realizowane w ramach Umów Wykonawczych oraz koszty instalacji i utrzymania środowisk deweloperskich.

Przyjmując minimalny narzut na pracochłonność programistyczną na poziomie 40% za 1 PF, należałoby spodziewać się ceny za 1 PF na poziomie około 10 godzin (1,25 dnia roboczego). Jak widać wobec powyższych rozważań zwłaszcza w przypadku HP cena punktu funkcyjnego jest dużo niższa od ceny jednego roboczodnia, co oznacza, że koszt punktu funkcyjnego został poważnie niedoszacowany.

Z obowiązku analizy czy oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny nie zwalnia fakt, że postępowanie dotyczy umowy ramowej. Jednocześnie oferenci tłumacząc cenę nie mogą się zasłaniać możliwością rezygnowania z udziału w procedurze wyboru wykonawcy konkretnego zamówienia częściowego. Zaoferowana cena jest maksymalną jaką będą mogli uzyskać w toku umowy ramowej. Udział w procesie wyboru wykonawców, z którymi ta umowa zostanie zawarta stanowi o woli realizacji jej przedmiotu. Gdyby wykonawca nie chciał faktycznie świadczyć żadnych usług Zamawiającemu to wówczas jego ofertę należało by odbierać wyłącznie w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji (manipulowanie wynikiem postępowań częściowych).

Odwołujący wskazał, że uwzględniając powyższe HP i Konsorcjum Comarch powinny być wezwane do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a odstąpienie od tej czynności pozostaje w sprzeczności z art. 90 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 1162/15

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 czerwca 2015 roku Odwołujący Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechań czynności, do których Zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy tj.

- a) czynności wyboru ofert złożonych przez (1) wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „HP”), (2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Konsorcjum Comarch”) oraz (3) wykonawcy Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (dalej „Asseco”) jako najkorzystniejszych ofert,
- b) czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco, oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum AMG),
- c) zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: HP, Konsorcjum Comarch, Asseco i Konsorcjum AMG, pomimo że złożyli oferty niezgodne z SIWZ,
- d) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę HP, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- e) zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco oraz Konsorcjum AMG o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- f) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przedmiotem postępowania jest zawarcie Umowy Ramowej na podstawie art. 99 ustawy, która określa zasady, zgodnie z którymi Wykonawca dostarczać będzie, na podstawie Umów Wykonawczych, produkty budowy, rozwoju lub modyfikacji systemów informatycznych ARMiR.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców,

- w zakresie niezgodności wyniku zadania próbnego z rozdziałem IX pkt 1-4 i rozdziałem X pkt 1, 3, 4, 6 i 9 SIWZ: HP, Asseco, Konsorcjum AMG (niezgodności formatek poszczególnych wykonawców z wymaganiami Zamawiającego, będące skutkiem nieprawidłowego wykonania czynności w ramach zadania próbnego),
- w zakresie niezgodności wyniku zadania próbnego z rozdziałem X pkt 2 i 3 SIWZ: HP, Konsorcjum Comarch, Asseco, Konsorcjum AMG (wykorzystanie kodów źródłowych bądź środowisk aplikacji innych niż przekazane przez Zamawiającego w ramach SIWZ),
- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 82 ust. 1 i art. 84 ust. 1 ustawy **oraz postanowieniami SIWZ tj. z treścią Rozdziału IX pkt 4 zdanie pierwsze oraz Rozdziału XVII pkt 1 ppkt 1 zdanie pierwsze, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy**, przez złożenie przez wykonawcę HP, więcej niż jednej oferty (niezgodność zrzutów ekranu z wynikiem zadania próbnego przedstawionego podczas prezentacji),
- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez HP, jako że wykonawca ten dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco, Konsorcjum AMG o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i ustalenia na tej podstawie, że wykonawcy HP i Konsorcjum Comarch zaoferowali cenę rażąco niską. Zarzut ten Odwołujący stawia z ostrożności, gdyby Izba nie podzieliła argumentacji o konieczności odrzucenia oferty danego wykonawcy w związku z zarzutami podniesionymi w lit. a), b) i c) powyżej,

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym ofert złożonych przez wykonawców: HP, konsorcjum Comarch, Asseco, Konsorcjum AMG; dokonał czynności zwrócenia się do wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco i Konsorcjum AMG o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu obiektywnego ustalenia elementów cenotwórczych mających wpływ na poziom zaoferowanych cen, dokonał czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco, Konsorcjum AMG z przyczyn wskazanych odwołaniu, dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, prawidłowo wykonał zadanie próbne i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po odrzuceniu dwóch ofert spośród ofert złożonych przez wykonawców: HP, Konsorcjum Comarch, Asseco, Konsorcjum AMG, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą z najniższą ceną (cena jest jedynym kryterium oceny ofert, *vide* Rozdział XIII ust.1 SIWZ), skutkiem czego Odwołujący zostałaby zaproszony do podpisania umowy ramowej (Zamawiający zaprasza trzech wykonawców, *vide* Rozdział XIII ust.2 SIWZ). Przez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego

realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny i oczywisty sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: HP, Asseco, Konsorcjum AMG, pomimo niezgodności wyniku zadania próbnego z rozdziałem IX pkt 1-4 i rozdziałem X pkt 1, 3, 4, 6 i 9 SIWZ.

Zamawiający wskazał w Rozdziale X SIWZ pkt 1, że każdy z wykonawców zobowiązany jest do wykazania zadania próbnego zgodnie z wymaganiami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty. Zamawiający przesądził tym samym, że wynik zadania próbnego stanowi integralną część oferty, a zatem musi być on oceniany pod kątem zgodności z treścią SIWZ, **tj. z tymi postanowieniami SIWZ, które odnosiły się bezpośrednio do wyniku zadania próbnego.**

Takimi postanowieniami są w szczególności postanowienia:

pkt 1-4 Rozdziału IX SIWZ, zgodnie z którymi:

- „1. Ofertę należy złożyć wg wzoru Formularza Ofertowego stanowiącego Załącznik Nr 1 do SIWZ wraz z wynikiem zadania próbnego.*
- 2. Każdy z Wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami Rozdziału X SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty.*
- 3. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.*
- 4. Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę, Oferta winna być złożona pod rygorem nieważności w formie pisemnej i zawierać jedną, jednoznacznie opisaną pozycję.”*

pkt 1, 3 - 4, 6 i 9 ppkt 2) Rozdziału X SIWZ, zgodnie z którymi:

„1. Każdy z Wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami SIWZ, którego wynik stanowić będzie element oferty.

(-)

3. Wynikiem zadania próbnego będzie zaprezentowanie odpowiednich formatek:

1) Dla systemu SI A (ZSZiK)

a) „Parametry wyszukiwania zobowiązań” (ścieżka: RW->Obsługa zobowiązań->obsługa),

b) „informacja o Wersji Aplikacji” (ścieżka: System->informacje);

2) Dla systemu OFSA PROW:

a) „Moduł SAD - lista korekt” (ścieżka: Propozycja z menu głównego: SAD),

b) „Moduł Raportów Ad hoc - lista szablonów raportów” (ścieżka: Raporty Ad hoc-> Szablony raportów Ad hoc);

3) Dla systemu PO RYBY: „Rejestr dokumentów” (ścieżka: Propozycja z menu głównego: Rejestr dokumentów).

Każda z formatek ma zawierać dodatkowe pole z datą wygenerowania formatki, powstałe w wyniku modyfikacji kodów źródłowych. Numer wersji aplikacji ma być identyczny jak przekazany wraz z SIWZ kodach źródłowych.

4. *Wynik zadania próbnego zostanie zaprezentowany w trakcie sesji prezentacji wyniku zadania próbnego (prezentacja) w siedzibie Zamawiającego oraz w postaci zrzutów z ekranu załączonych do oferty. Zrzuty mają odzwierciedlać zakres prezentacji (być tożsame)*

- pkt 3 Rozdziału XIII SIWZ, zgodnie z którymi:

4. *Zamawiający zawrze umowę z Wykonawcą, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie Pzp, niniejszej SIWZ oraz zostanie oceniona jako jedna z trzech najkorzystniejszych ofert w oparciu o wyżej podane kryterium wyboru oraz zostanie wykonane w całości pozytywnie zadanie próbne opisane w Rozdziale X SIWZ.”*

Wymagania dotyczące szczegółowej zawartości merytorycznej formatek, wymaganej przez Zamawiającego dla pozytywnej oceny wykonania zadania próbnego określone zostały w dokumentacji aplikacji oraz modułów załączonej do SIWZ.

Istotne znaczenie mają także postanowienia pkt 6 Rozdziału X SIWZ, które Zamawiający zmienił w trakcie postępowania, pismem z dnia 13.03.2015, nadając im ostatecznie następujące brzmienie:

6. *Ocena wyniku zadania próbnego, o którym mowa w pkt 3, będzie pozytywna jeżeli:*

- a) dla systemu SIA (ZSZiK) - formatka „Parametry wyszukiwań zobowiązań będzie zgodna z dokumentacją PU-ZSZ_K_ZOBOWIAZANIAWIELOLETNIE.DOC (strona 26, rysunek nr 19), a formatka „Informacja o Wersji Aplikacji” będzie zawierała wypełnione pola: „Wersja Klienta” i „Wersja Serwera” zgodnie z przekazanymi wraz z SIWZ kodami źródłowymi Aplikacji SIA (ZSZiK),
- b) dla systemu OFSA PROW - formatka „Moduł SAD - lista korekt” będzie zgodna z dokumentacją DU_OFSA-PROW_v1.09.DOCX (strona 305, rysunek nr 270), a formatka „Moduł Raportów ad hoc - lista szablonów raportów” będzie zgodna z dokumentacją DU_OFSA-PROW_v1.09.DOCX (strona 257, rysunek nr 186),
- c) dla systemu PO RYBY- formatka „Rejestr dokumentów” będzie zgodna z przekazanym w załączeniu widokiem formatki „Rejestr dokumentów” wygenerowanej z systemu PO RYBY,
- przy czym każda z formatek ma zawierać pola z datą wygenerowania formatki (Zamawiający uzna za prawidłową datę w przedziale od dnia otrzymania SiWZ do momentu upłynięcia terminu złożenia ofert).”

Tym samym pismem Zamawiający zmienił treść SIWZ, pisząc:

Jednocześnie Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust 4 ustawy dokonuje następującej zmiany w SIWZ.

W załączniku nr 6 - Dokumentacja Aplikacji OFSA PROW - na nośniku elektronicznym - dokonuje następującej zmiany wersji dokumentacji użytkownika z wersji v1.08 na wersję v1.09.

W załączeniu do niniejszego pisma Zamawiający przekazuje:

- 1) Widok formatki „Rejestr dokumentów” z systemu PO RYBY,
- 2) Aktualizację dokumentacji użytkownika (OFSA\Dokumentacja\DU\DU_OFSA-PROW_v1.09.docx) w ramach „Dokumentacji Aplikacji OPSA PROW” - na nośniku elektronicznym.

Natomiast w Rozdziale X pkt 9 SIWZ stwierdzono, że Zamawiający uzna, że zadanie próbne zostało wykonane zgodnie z treścią SIWZ w przypadku spełnienia łącznie poniższych okoliczności:

- „1. przeprowadzona zostanie prezentacja wyniku zadania próbnego w czasie, o którym mowa w pkt 8 ppkt 3;
2. wynik przedstawionego w trakcie sesji zadania próbnego oraz w ofercie jest zgodny z pkt 3 w związku z pkt 6.”

Cel powyższych wymagań Zamawiającego w zakresie wykonania zadania próbnego jest jeden - Zamawiający, oceniając, a następnie wybierając ofertę wykonawców, chce mieć pewność, że każdy z wykonawców potrafi wykonać czynności niezbędne do dokonania modyfikacji systemów Zamawiającego na podstawie udostępnionych mu informacji i danych w taki sposób aby otrzymać wynik w postaci formatki zawierającej wymaganą przez Zamawiającego zawartość merytoryczną, gdyż tylko w ten sposób oferta jest zgodna z SIWZ. Co ważne, treść generowana na formacie jest jedynie wynikiem (pochodną) prawidłowego wykonania czynności modyfikacji oprogramowania, w tym czynności programistycznych i konfiguracyjnych. Na te czynności składa się w szczególności stworzenie środowiska aplikacji, w tym jego skonfigurowanie z bazą danych, zmodyfikowanie kodów źródłowych i ich skompilowanie, wgranie tak stworzonej aplikacji na serwer, a następnie uruchomienie jej, tak aby przedstawiała wymagany przez Zamawiającego wynik. Czynności wskazane w zdaniu poprzednim winny zostać wykonane z należytą starannością wymaganą od podmiotu zawodowo trudniącego się świadczeniem usług tego rodzaju (podwyższona należyta staranność), zgodnie z art. 354 § 1, art.355 §1 i 2 KC. Wymaganie to materializuje się tym dobitnej w dwóch płaszczyznach:

a. **próbka zadania, której wykonania wymagał Zamawiający** stanowiła jedynie niewielką modyfikację kodów źródłowych, której wykonanie dawałoby Zamawiającemu pogląd na poziom umiejętności w stworzeniu treści oferty zgodnej z SIWZ;

b. w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie dopuścił żadnych błędów lub nieprawidłowości w wykonaniu zadania próbnego (nie przewidział żadnej tolerancji, więc spełnienie wymagań musi być oceniane w kategorii zero-jeden). Wymaganie Zamawiającego jest jednoznaczne: wszystkie postanowienia SIWZ powinny być bezwzględnie respektowane przy wykonaniu krótkiej próbki oprogramowania zarówno przez wykonawców ubiegających się o podpisanie umowy ramowej, jak i przez Zamawiającego.

Wykonawcy: HP, Asseco i Konsorcjum AMG (także Konsorcjum Comarch, co będzie omówione przy kolejnym zarzucie) nie zastosowali się do wskazanych zapisów SIWZ, a Zamawiający z niezrozumiałych powodów zaakceptował takie postępowanie, łamiąc tym samym ustalone przez siebie kategorię i jednoznaczne zasady postępowania.

Jeżeli formatka stanowi wygenerowany wynik wykonanej czynności modyfikacji oprogramowania, to logiczna i czasowa sekwencja czynności wymaganych przez Zamawiającego, aby uzyskać zrzut ekranu formatek o treści określonej w SIWZ, jest oczywista:

- a) modyfikacja oprogramowania, a więc stworzenie właściwej formatki, poprzedza uzyskanie zrzutu z ekranu formatki;

- b) zawartość merytoryczna formatki odzwierciedla sposób i zakres dokonanych wcześniej modyfikacji;
- c) prezentacja wykonanych formatek jest czynnością wtórną i odtwórczą, której treść musi być oczywiście zgodna z treścią zrzutów z ekranu formatek, dołączonych do oferty w formie wydruku, bowiem prezentuje wynik modyfikacji dokonanych przed złożeniem oferty - jakiegokolwiek odchylenia treści formatek przedstawionych podczas prezentacji od treści zrzutów z ekranu formatek powstały w wyniku alternatywnie:
- nieuprawnionej modyfikacji lub ingerencji w oprogramowanie w okresie po złożeniu oferty a przed przeprowadzeniem prezentacji,
 - wykonania próbki niezgodnie z SIWZ, gdyż automatycznie edytują się i uzupełniają pola, co do których Zamawiający postawił wymaganie wcześniejszego wprowadzenia niezmiennych danych stałych (*constants*) - *(wnioskowanie istotne dla postępowania będzie szerzej omówione w dalszej części pisma)*.

Jak wykazano wyżej, prezentacja ma na celu potwierdzenie faktycznego wykonania zadania wraz z zaprezentowaniem prawidłowego działania aplikacji, a jako część zadania próbnego jest elementem oferty, więc musi być oceniana w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Powyższe wnioskowanie jest jednoznacznie potwierdzone przez Zamawiającego w postanowieniu Rozdziału X pkt 4 SIWZ stanowiącym, że „*zrzuty mają odzwierciedlać zakres prezentacji (być tożsame)*”. Działanie Zamawiającego jest zatem sprzeczne z narzuconymi wykonawcom w SIWZ zasadami ustalonymi przez siebie samego.

Odwołujący wskazał nieprawidłowości, które pojawiły się w zrzutach z ekranu oraz w treści prezentacji.

Odnosnie HP:

Pole daty wygenerowania formatki w systemach ZSZiK, OFSA i PO RYBY zmodyfikowanej i przedstawionej przez wykonawcę HP w trakcie sesji prezentacji wyniku zadania próbnego (prezentacja) w siedzibie Zamawiającego, jest datą przeprowadzenia prezentacji, tj. 20.05.2015 r., podczas, gdy w zrzutach ekranu załączonych do oferty widnieje inna data wygenerowania formatki, tj. 19.05.2015 r.. Powyższe oznacza, że formatka zaprezentowana podczas sesji prezentacji nie jest tożsama z załączonym do oferty zrzutem ekranu tej formatki. Z tego też względu wynik zadania próbnego powinien być negatywny jako sprzeczny z SIWZ, gdyż HP nie uczynił zadość wymaganiom postanowienia Rozdziału X pkt 4 SIWZ.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcia:

- ekran Formatek ZSZiK – Prezentacja HP,
- ekran Formatek ZSZiK – Prezentacja HP – przybliżenie,
- ekran Formatek ZSZiK – dokumentacja ofertowa HP,
- ekran Formatek ZSZiK – dokumentacja ofertowa HP – przybliżenie,
- ekran formatki OFSA – „Moduł SAD – lista korekt” - Prezentacja HP,
- ekran formatki OFSA – „Moduł SAD – lista korekt” - dokumentacja ofertowa HP,
- ekran formatki OFSA – „Moduł SAD – lista korekt” - dokumentacja ofertowa HP – przybliżenie,
- ekran formatki OFSA – „lista szablonów ad hoc” - Prezentacja HP,
- ekran formatki OFSA – „lista szablonów ad hoc” - dokumentacja ofertowa HP,
- ekran formatki PO RYBY – Prezentacja HP,
- ekran formatki PO RYBY – dokumentacja ofertowa HP,
- ekran formatki PO RYBY – dokumentacja ofertowa HP – przybliżenie.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności wyniku zadania próbnego z rozdziałem IX pkt 1-4 i rozdziałem X pkt 1, 3, 4, 6 i 9 SIWZ: HP, Asseco, Konsorcjum AMG (niezgodności formatek poszczególnych wykonawców z wymaganiami Zamawiającego, będące skutkiem nieprawidłowego wykonania czynności w ramach zadania próbnego)

W tym miejscu w odwołaniu wzorcowe wymagane przez Zamawiającego formatki:

- dla Systemu SIA (ZSZiK):
 - Formatka „Parametry wyszukania zobowiązań”,

- Formatka „Informacja o Wersji Aplikacji” - Zamawiający nie przekazał wykonawcom wzorcowej formatki, a jedynie sprecyzował wymagania co do zgodności wersji aplikacji,
- Dla systemu OFSA PROW:
 - „Moduł SAD – lista korekt”,
 - „Moduł raportów ad hoc - lista szablonów raportów”
- Dla Systemu PO RYBY: „Rejestr dokumentów”

Odnosnie HP:

W formatce „Moduł raportów ad hoc” oraz w formatce „Moduł SAD - lista korekt” przycisk „wyczyść” ma nieprawidłową ikonkę (taką samą co dla przycisku „szukaj” zamiast „X”), czego dowodzi poniższy zrzut z ekranu formatki wygenerowanej podczas sesji prezentacji przez wykonawcę HP oraz zrzut ekranu załączony do oferty HP. Powodem tego jest, zdaniem Odwołującego, fakt, że wykonawcy korzystali z innego środowiska, niż zbudowane na podstawie przekazane przez Zamawiającego kodów źródłowych, co zostało szerzej omówione w punkcie III poniżej.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcia:

- ekran formatki OFSA – „Moduł SAD – lista korekt” - Prezentacja HP,
- ekran formatki OFSA – „Moduł SAD – lista korekt” - dokumentacja ofertowa HP.

Prawidłowo dla przycisku „wyczyść” powinna wyświetlać się ikonka „X”, gdyż tak wymagał Zamawiający w przekazanej dokumentacji, która stanowi element opisu przedmiotu zamówienia {vide: Formatka „Moduł SAD - lista korekt”, dokument DU_OFSA_PROW_v1,09.docx, strona 305, rysunek nr 19) - szersze omówienie powodów znajduje się w pkt III poniżej.

Podkreślić trzeba, że Zamawiający szczegółowo opisał swoje wymagania dotyczące formatek w pkt 6 Rozdziału X SIWZ, wymagając tam wyraźnie zgodności z dokumentacją udostępnioną wykonawcom, w tym zgodności z rysunkami przedstawiającymi formatki.

Formatka „Moduł Raportów ad hoc - lista szablonów raportów”, wymagana przez ARiMR, znajduje się w dokumentacji DU_OFSA_PROW_v1,09.docx (strona 257, rysunek nr 186).

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcia:

- ekran formatki OFSA – „Moduł raportów ad hoc - lista szablonów raportów” - Prezentacja HP,
- ekran formatki OFSA – „Moduł raportów ad hoc - lista szablonów raportów” - dokumentacja ofertowa HP.

Odnosnie Asseco:

W formacie dla systemu PO RYBY wykonanej przez Asseco brak jest polskich znaków diakrytycznych (ikony: „otwórz”, „wyjście”, „użytkownik”).

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcia:

- Formatka PO RYBY ekran nr 1,
- Przybliżenie,
- Formatka PO RYBY ekran nr 2,
- Przybliżenie 2,
- Zrzut ekranu PO Ryby załączone do oferty Asseco.

Brak polskich znaków diakrytycznych wskazuje na błędne skonfigurowanie środowiska aplikacji PO RYBY, w związku z czym wygląd formatek załączonych do oferty przez Asseco różni się od przekazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Tym samym wskazuje na brak umiejętności oferenta, w zakresie konfiguracji środowiska systemu PO RYBY w tym komponentów, z których się składa. Wykonawca nie przestrzegał wymagań SIWZ, co przełożyło się na złożenie oferty niezgodnej z SIWZ.

Kolejna niezgodność zadania próbnego Asseco z SIWZ dotyczy formatki „*informacja o wersji aplikacji*” dla systemu SIA (ZSZiK). Mianowicie w polu „*wersja bazy danych*” wyświetla się komunikat „*brak danych*”, chociaż zgodnie z rozdziałem X pkt 3 SIWZ numer wersji aplikacji ma być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcia:

- zrzut ekranu formatki jak powyżej,
- przybliżenie,
- zrzut ekranu z oferty Asseco na którym widać nieprawidłowość powyżej wskazaną,
- przybliżenie.

Brak numeru wersji bazy danych jasno wskazuje, że wykonawca utworzył struktury bazy danych na podstawie innych kodów źródłowych niż przekazane przez Zamawiającego w ramach SIWZ. Dodatkowo numer wersji aplikacji, o którym mowa w Rozdziale X pkt 3 SIWZ, jest niekompletny, ponieważ nie zawiera informacji o wersji bazy danych, będącej składową wersją aplikacji.

Odniesienie Konsorcjum AMG:

Na formacie „*Rejestr Dokumentów*” dla systemu PO RYBY brak jest przycisku „*Usuń Dokument*” co było wymagane przez Zamawiającego w przekazanej dokumentacji.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcia:

- wzorcowa formatka przedstawiona przez Zamawiającego,
- zdjęcie formatki zaprezentowanej w dokumentacji ofertowej przez Konsorcjum AMG,
- ekran z prezentacji Konsorcjum AMG.

Odwołujący wskazał, że powyższymi wywodami łączy się kolejny zarzut, tj.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności negatywnej oceny wyniku zadania próbnego wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco i Konsorcjum AMG oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców, pomimo nieprawidłowego wykonania zadania próbnego, tj. niezgodności z rozdziałem X pkt 2 SIWZ - zarzut dotyczy budowania próbki w oparciu o inne dane, niż udostępnione przez ARiMR w ramach SIWZ.

Zamawiający kategorycznie przesądził w SIWZ, że wynik zadania próbnego stanowi integralną część oferty. Wynik zadania próbnego musi być oceniany zatem pod kątem jego zgodności z treścią SIWZ, a przede wszystkim z tymi postanowieniami SIWZ, które odnosiły się bezpośrednio do wyniku zadania próbnego, tj. w szczególności z postanowieniem pkt 2 Rozdziału X SIWZ, zgodnie z którym: *„2. Zadanie próbne polega na zbudowaniu i modyfikacji Aplikacji*

- 1) *SIA (ZSZiK),*
- 2) *OFSAPROW,*
- 3) *PO RYBY,*

na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku, o którym mowa w pkt 3”.

Jak wynika z powyższego każdy z wykonawców powinien udowodnić, że tylko na podstawie przekazanych przez Zamawiającego kodów źródłowych (**zgodnie z Rozdziałem X pkt 2**), będzie w stanie poprawnie zmodyfikować, zainstalować i uruchomić aplikacje systemów.

Intencją Zamawiającego było bowiem, aby wykonawcy w oparciu o przekazane kody źródłowe utworzyli, skompilowali oraz uruchomili środowiska systemów OFSA PROW, SIA (ZSZiK) oraz PO RYBY, a także właściwie zmodyfikowali formatki, w celu udowodnienia że posiadają umiejętności pozwalające na utworzenie środowisk na podstawie przekazanych kodów źródłowych. Tylko takie działanie pozwalało złożyć ofertę zgodną z SIWZ.

W szczególności nie do zaakceptowania jest obecna sytuacja, w której Zamawiający po upływie terminu składania ofert, dowolnie zmienia wymagania i to wprost sprzecznie do jednoznacznej treści SIWZ. W zaistniałej sytuacji doszło do faworyzowania podmiotów obecnie świadczących usługi informatyczne dla Zamawiającego, którzy wbrew wymaganiom SIWZ skorzystali z gotowego środowiska, do którego mieli dostęp poza procedurą przetargową, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Poszczególni wykonawcy pokazali własne aplikacje, których stworzenie oparli o inne środowiska - a nie o kody źródłowe przekazane przez Zamawiającego na potrzeby przetargu. I tak:

Odnosnie HP:

Inny układ Menu w formacie dla systemu SIA (ZSZIK) oraz brak niektórych pozycji Menu, wynika z innej wersji aplikacji, niż w przekazanych kodach źródłowych.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcia:

- dwie formatki (brak podania nazw)
- formatka Konsorcjum Comarch (dwie formatki, brak podania nazw)
- formatka Konsorcjum AMG (dwie formatki, brak podania nazw)

Powyższe wskazuje, że wykonawca HP, wbrew wymaganiom SIWZ, nie zbudował aplikacji SIA (ZSZIK) na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ, ale skorzystał ze środowiska w innej wersji, które mógł pozyskać od Zamawiającego wykonując inną umowę w przeszłości i do którego miał dostęp w wyniku jej wykonywania lub z uwagi na to, że obecnie wykonuje inne usługi na rzecz Zamawiającego w jego systemach. Wykonawca HP nie wykazał więc zdolności do zainstalowania, skompilowania, uruchomienia i zmiany aplikacji na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji przekazanych przez Zamawiającego, złożył ofertę niezgodną ze stanowczymi postanowieniami SIWZ, czyli ofertę podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odnosnie Konsorcjum Comarch:

W formacie dla Systemu OFSA PROW wykonawca Comarch podczas prezentacji próbki zobrazował listę rozwijaną, podczas gdy Zamawiający nie przekazał żadnych danych, jak taką listę należy zbudować i co ma zawierać, co już samo w sobie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcie formatki.

Nadto, wykonawca ten nie zbudował aplikacji w oparciu o kody źródłowe przekazane zgodnie z rozdziałem X pkt 2 SIWZ, tylko na podstawie środowiska, którym dysponował z uwagi na okoliczność, że obecnie wykonuje usługi informatyczne na rzecz ARMiR w ramach jej systemów, w tym w systemie OFSA PROW.

Wykonawca zatem nie wykazał zdolności do zainstalowania, skompilowania, uruchomienia i zmiany na podstawie kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego, używając do jej dokonania innych dostępnych mu środowisk lub kodów źródłowych systemu OFSA. W konsekwencji należy stwierdzić, iż Konsorcjum Comarch nie wykonał poprawnie zadania próbnego, które jest elementem treści oferty, i wbrew jednoznacznym wymaganiom Zamawiającego posłużył się już posiadany środowiskiem, czyli nie oparł się na przekazanych przez zamawiającego kodach źródłowych, co powoduje, że oferta ta jest niezgodna z SIWZ.

Odnosnie Asseco:

W systemie OFSA wykonawca ten zobrazował podczas prezentacji listę rozwijaną, podczas gdy Zamawiający nie przekazał żadnych danych, jak taka lista ma wyglądać i co ma ona zawierać, co już samo w sobie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcie formatki.

Nadto wykonawca ten nie zbudował swojej aplikacji w oparciu o kody źródłowe przekazane zgodnie z rozdziałem X pkt 2 SIWZ w ramach postępowania przetargowego, tylko na podstawie środowiska, którym dysponuje z uwagi na fakt, że obecnie wykonuje usługi informatyczne na rzecz ARMiR w ramach jej systemów informatycznych.

Asseco zatem nie wykazało zdolności do zainstalowania, skompilowania, uruchomienia i zmiany na podstawie kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego, gdyż korzystał z innych danych niż te przekazane przez ARiMR w ramach SIWZ, a które miały być jedyną informacją do sporządzenia oferty i jej wyceny. Powyższe oznacza, że Asseco nie wykonało prawidłowo zadania próbnego, które stanowi treść oferty, a więc ocena jego wyniku powinna być tylko negatywna, z konsekwencją odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ. Niezgodność opisana powyżej dotyczy także systemu SIA (ZSZIK), objętego aktualnie obowiązującą umową pomiędzy Zamawiającym a Asseco,

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono dwa zdjęcia .

W aplikacji OFSA-PROW na formatce „Moduł SAD - lista korekt” brak jest przycisku „Uruchomić korektę paczek pism”. W miejscu zaznaczonym poniżej taki przycisk powinien się znajdować.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono dwa zdjęcia .

To kolejny dowód na to, że wykonawca ten nie zbudował aplikacji w oparciu o kody źródłowe przekazane przez Zamawiającego wraz z SIWZ, tylko skorzystał w tym celu ze środowiska, do którego ma dostęp w ramach świadczonych aktualnie usługi informatycznych dla Zamawiającego. Asseco nie wykazało więc zdolności do zainstalowania, skompilowania, uruchomienia i zmiany aplikacji na podstawie kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego, a jedynie do jej modyfikacji w ramach już posiadanego środowiska, a więc nie wykonało prawidłowo zadania próbnego, zatem treść jego oferty jest sprzeczna z SIWZ.

Odnosnie Konsorcjum AMG:

Wersja aplikacji widoczna w ofercie (OFSA-PRC)W_027_009_0025) jest niezgodna z dostarczoną przez Klienta (OFSA-PROW_027_009_0024). Innymi słowy aplikacja nie powstała na wersji kodów źródłowych, jaką przekazał Zamawiający. W szczególności w tym kontekście zwrócenia uwagi wymaga wymaganie postanowienia Rozdziału X pkt 3 SIWZ, który wprost mówi, że „numer wersji aplikacji ma być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych”.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcie formatki (fragmentu).

Przycisk *Raporty ad-hoc* znajduje się w niewłaściwym miejscu, co także świadczy o tym, że korzystano z innej wersji aplikacji (OFSA-PROWJD27_009_0025 zamiast OFSA-PROW_027_009_0024).

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zdjęcie formatki (fragmentu).

Wykonawca nie zbudował zatem aplikacji w oparciu o kody źródłowe przekazane przez Zamawiającego w ramach SIWZ, tylko skorzystał w tym celu ze środowiska, do którego ma dostęp w ramach świadczonych aktualnie usług informatycznych dla Zamawiającego. Konsorcjum AMG nie wykazało zdolności do sporządzenia treści oferty tylko na podstawie informacji przekazanych w procedurze przetargowej. Konsorcjum AMG nie wykonało prawidłowo zadania próbnego, z tego też powodu jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 82 ust. 1 i art. 84 ust. 1 Pzp w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Elementem składowym oferty zgodnie z treścią SIWZ jest oprócz formularza cenowego, także wynik zadania próbnego, w postaci zrzutów ekranu wymaganych formatek.

Wykonawcy zobowiązani byli do przygotowania zadania próbnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przed złożeniem oferty, tak aby wydruk zrzutu ekranu przedstawiającego wynik zadania próbnego załączyć do oferty. Sesja prezentacji wyniku zadania próbnego jest w takiej sytuacji jedynie czynnością odtwórczą, w związku z czym powinna całkowicie odzwierciedlać to, co stanowi treść merytoryczną zawartą w zrzutach załączonych do oferty. Wykonawca HP nie spełnił wymogu tożsamości zrzutu ekranu formatek załączonego do oferty z obrazem przedstawionym podczas sesji prezentacji zadania próbnego. Brak tożsamości dotyczy pola daty wygenerowania formatki. Przy czym wskazać należy, że wymaganie Zamawiającego było wskazanie w formacie wartości stałej, a nie automatycznie generującej się daty, co zostało wyrażone w Rozdziale X pkt.6 SIWZ, w którym to Zamawiający deklaruje, że będzie akceptował w polu daty wygenerowania formatki każdą wartość „w przedziale od dnia otrzymania SIWZ do momentu upłynięcia terminu złożenia oferty”, a więc nawet datę wsteczną. Zatem wymóg tożsamości jest spełniony wyłącznie, jeżeli data widniejąca w wydruku załączonym do oferty (mimo tego, że wydruk został wykonany dnia poprzedzającego sesję prezentacji) pokrywa się z datą wyświetloną na formacie podczas prezentacji w siedzibie Zamawiającego.

W toku przeprowadzonego zadania próbnego doszło do niedopuszczalnej zmiany oferty, gdyż wynik zadania próbnego zaprezentowany w trakcie sesji prezentacji wyniku zadania próbnego, który co trzeba podkreślić stanowi ofertę *sensu stricto*, różni się od zrzutów z ekranu załączonych do oferty. Skoro, zgodnie z wolą Zamawiającego, prezentacja ma być tożsama z treścią oferty, to zmiany, jakie zaprezentowało HP w toku zadania próbnego stanowią nową zmienioną ofertę, co jest niedopuszczalne na gruncie art. 82 ust. 1 i art. 84 ust. 1 ustawy: (wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a zmiana oferty jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert).

Zamawiający skonstruował w SIWZ wymagania jako graniczne i minimalne, dlatego też jeżeli nie są one spełnione w całości, to oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Z ostrożności Odwołujący dodaje, że nie jest możliwe skorzystanie przez uczestników postępowania przetargowego z możliwości uzupełnienia dokumentacji przetargowej, przyznanej w art. 26 ust 3 ustawy z czterech kluczowych powodów:

- Zamawiający sam przesądził, że prezentacja jest częścią oferty, a nie dokumentem który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3,
- Uzupełnienie byłoby prezentacją innego systemu,

- Poprawienie wadliwych funkcjonalności lub wskazanie funkcjonalności pominiętych w prezentacji stanowiłoby obejście SIWZ i Pzp, co godzi w zasady wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy,
- wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają wyznaczony taki sam czas na przygotowanie swoich ofert i prezentacji (*vide*: Rozdział X pkt 8 ppkt 3 - 7).

Z najdalej idącej ostrożności, jeżeli Izba uzna, że zadanie próbne należałoby traktować jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, to koniecznym stałoby się powtórzenie prezentacji (art. 26 ust. 3 Pzp), co byłoby sprzeczne z treścią Rozdziału X pkt 7 SIWZ, który stanowi, że bezpośrednio po otwarciu ofert odbędzie się sesja prezentacji zadania próbnego. W konsekwencji doszłoby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. W ocenie Odwoływającego błędem prezentacji w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy nie jest sytuacja, w której, z przyczyn niedbalstwa wykonawcy, w wyniku zadania próbnego znajdują się błędy. Wreszcie zauważyć należy, że w świetle rozdziału X, zwłaszcza jego pkt 7, nie jest możliwe dokonanie poprawienia prezentacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe wymagałoby bowiem zmian w kodach źródłowych aplikacji zaoferowanych przez wykonawców (w celu uzupełnienia np. brakujących przycisków), względnie zbudowania zaoferowanych przez wykonawców aplikacji na nowo, tym razem na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ. Są to niezgodności z treścią SIWZ, których nie sposób uznać za nadające się do samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego.

W podsumowaniu powyższego wskazać trzeba, że jeżeli w postępowaniu doszło do sytuacji, w której prezentacja nie była „tożsama” ze zrzutami z ekranu załączonymi do oferty, to ewidentnie doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty (złożenie nowej oferty), gdyż inny produkt został zaoferowany w ofercie złożonej w formie pisemnej, a inny został przedstawiony w trakcie sesji prezentacji wyniku zadania próbnego w siedzibie Zamawiającego. Wykonawca HP przeprowadził prezentację, z której wynika niezgodność oferty - oferowanych systemów- z wymaganiami Zamawiającego, co wywołuje skutek w postaci odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z treścią Rozdziału IX pkt 4 zdanie pierwsze oraz Rozdziału XVII pkt 1 ppkt 1 zdanie pierwsze.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp, zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę HP, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp, prowadzi do naruszenia interesu pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o zamówienie. Oferta HP wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

HP							
lp	jednostka	Cena jednostkowa	Ilość jednostek	Cena jednostkowa	Podatek VAT		Cena brutto w
					%	Zł.	
[a]	[b]	[c]	[d]	[e]=[c]x[d]	m	[g]=[e]x[f]	[h]=[e]+[g]
1	Punkt funkcyjny	500,00	4	2000,00	23	960,00	2460,00
2	Roboczodzień (H)	1100,00	1	1100,00	23	253,00	1353,00
Łącznie			w zł.	3100,000	X	713,00	3813,00

COMARCH							
lp	jednostka	Cena jednostkowa	Ilość jednostek	Cena jednostkowa	Podatek VAT		Cena brutto w
					%	Zł.	
[a]	[b]	[c]	[d]	[e]=[c]x[d]	[f]	[g]=[e]x[f]	[hMeMg]
1	Punkt funkcyjny	800,00	4	3200,00	23	736,00	3936,00
2	Roboczodzień (H)	699,00	1	699,00	23	160,77	859,77
Łącznie			w zł.	3899,00	X	896,77	4795,77

COMARCH							
---------	--	--	--	--	--	--	--

lp	jednostka	Cena jednostkowa	Ilość jednostek	Cena jednostkowa	Podatek VAT		Cena brutto w
					%	Zł.	
[a]	[b]	[c]	[d]	[e]=[c]x[d]	[f]	[g]=[e]x[f]	[hMeMg]
1	Punkt funkcyjny	800,00	4	3200,00	23	736,00	3936,00
2	Roboczodzień (H)	699,00	1	699,00	23	160,77	859,77
Łącznie w zł.				3899,00	X	896,77	4795,77

COMARCH							
lp	jednostka	Cena jednostkowa	Ilość jednostek	Cena jednostkowa	Podatek VAT		Cena brutto w
					%	Zł.	
[a]	[b]	[c]	[d]	[e]=[c]x[d]	[f]	[g]=[e]x[f]	[hMeMg]
1	Punkt funkcyjny	800,00	4	3200,00	23	736,00	3936,00
2	Roboczodzień (H)	699,00	1	699,00	23	160,77	859,77
Łącznie w zł.				3899,00	X	896,77	4795,77

Odwołujący wskazał, że na powyższym zestawieniu jasno widać mechanizm przerzucania kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji. Takie działanie jest niedozwolone i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszające interes Zamawiającego, jak i innych wykonawców. Zakaz zastosowania „inżynierii wycen” wynika z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, który wyraźnie wskazuje, że odrzuceniu podlega oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza

interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym za czyn nieuczciwej konkurencji powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Takim właśnie zachowaniem jest zachowanie wykonawców w niniejszym postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśnień 'rażąco niskiej ceny' oraz zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: HP, Konsorcjum Comarch, Asseco i Konsorcjum AMG, pomimo że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zastosowanie powołanej procedury jest czynnością Zamawiającego, od której niewątpliwie odstąpić nie może, w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Ceny ofert HP i Konsorcjum Comarch w sposób rażący odbiegają od cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. W takiej sytuacji za całkowicie niezrozumiałe należy uznać przejście przez Zamawiającego nad tym faktem do porządku dziennego.

Jeżeli zaś chodzi o ceny Asseco i Konsorcjum AMG, to jak wskazano powyżej, zdaniem Odwołującego wykonawcy ci korzystali z innego środowiska, zatem jeśli przyszłoby im wykonywać prace zgodnie z SIWZ, kalkulacja ceny mogłaby się okazać inna - wyższa. Poza tym wykazane powyżej błędy pokazują, że wykonawcy ci w celu wykonania zamówienia musieliby przewidzieć większą ilość roboczogodzin, aby spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego, co w sposób oczywisty przekłada się na kalkulację oferty.

Tymczasem pomimo istnienia pomiędzy ww. ofertami istotnych różnic cenowych, Zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami potwierdzającymi zasadność zastosowania tych cen w ofercie. Bez tych wyjaśnień, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalny jest wybór oferty z ceną, która może być uznana za „rażąco niską”. Istniejące różnice powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego jako dysponenta środków publicznych. Gdyby w wyniku procedury wyjaśnień taki stan rzeczy

uległ potwierdzeniu, Zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia ofert wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco i Konsorcjum AMG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W ocenie Odwołującego w przypadku cen zaoferowanych przez wykonawców Asseco i Konsorcjum AMG, a w szczególności cen HP i Konsorcjum Comarch, uznać trzeba, że mamy do czynienia właśnie z cenami niewiarygodnymi, wskazującymi na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Odwołujący wskazał na dwa dodatkowe i wydaje się, że kluczowe fakty:

Wykonawcy HP, Konsorcjum Comarch, Asseco i Konsorcjum AMG obecnie realizują kontrakty na utrzymanie poszczególnych systemów informatycznych ARiMR. Z tego powodu być może mają wiedzę o innych elementach, które pozwalają wykonawcy obniżyć cenę oferty, a informacje te, jak się wydaje choć są wrażliwe dla kształtowania poziomu ceny, zostały przemilczane przez Zamawiającego. Jedynym miejscem, z którego można powziąć taką informację, są wyjaśnienia wykonawcy. Z tego też względu, dla zachowania przejrzystości postępowania i prawidłowości jego wyniku, konieczne jest wezwanie tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny.

Zwrócić także należy uwagę że: cena jednostkowa HP za punkt funkcyjny jest po wielokroć rażąco niska, zaś cena za roboczodzień jest rażąco niska, w rezultacie cała cena jest rażąco niska; cena jednostkowa Konsorcjum COMARCH za punkt funkcyjny jest rażąco niska, zaś cena za roboczodzień jest po wielokroć rażąco niska, w rezultacie cała cena jest rażąco niska; cena jednostkowa ASSECO za punkt funkcyjny jest rażąco niska jeśli wykonawca ten korzystał z innego środowiska niż przekazane przez Zamawiającego, w rezultacie cała cena jest rażąco niska; cena jednostkowa Konsorcjum AMG za roboczodzień jest rażąco niska jeśli wykonawca ten korzystał z innego środowiska niż przekazane przez Zamawiającego, w rezultacie cała cena jest rażąco niska.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą oraz know-how, wynikającymi z przeszło dwudziestoletniego doświadczenia w świadczeniu usług informatycznych, ceny zaoferowane przez wykonawców HP i Konsorcjum Comarch istotnie odbiegają od rzeczywistej wartości przedmiotowego zamówienia i noszą znamiona cen rażąco niskich. W przypadku natomiast ofert Asseco i Konsorcjum AMG - proponowana przez tych wykonawców cena byłaby oczywiście inna (wyższa), gdyby uwzględniała koszt środowisk, licencji i infrastruktury zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Należy podkreślić, że oferta złożona przez Odwołującego uwzględnia wszystkie niezbędne koszty do poniesienia w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz minimalną marżę. Tym samym nie ma wątpliwości, że ceny zaoferowane przez wykonawców HP, Konsorcjum Comarch, Asseco i Konsorcjum AMG nie zawierają rzeczywistych kosztów

niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia w oparciu o określone przez Zamawiającego w SIWZ wymagania. Zdaniem Odwołującego, wykonawcy ci za zaoferowaną cenę nie będą w stanie wykonać oczekiwanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 1155/15, KIO 1156/15, KIO 1162/15:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu:

W sprawie o sygn. akt KIO 1155/15:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1155/15 po stronie Zamawiającego,

- wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1155/15 po stronie Odwołującego,
- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1155/15 po stronie Zamawiającego.

W sprawie o sygn. akt KIO 1156/15:

- wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Odwołującego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego.

W sprawie o sygn. akt KIO 1162/15:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1162/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1162/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1156/15 po stronie Zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzina w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje

przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1162/15 po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o zawarcie umowy ramowej w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również pisma składane przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego i powoływane dowody.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt 1155/15 biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie spraw o sygn. akt KIO 1156/15 i sygn. akt 1162/15 Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała że oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

W zakresie odwołania o sygn. akt 1155/15 – Izba ustaliła i zważyła:

W zakresie wniosku o oddalenie odwołania z uwag na fakt, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określony w art. 179 ust. 1 ustawy nie został naruszony przez Zamawiającego, ponieważ ten ostatni zaprosił Odwołującego do podpisania umowy ramowej.

Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej, odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. Przedmiotowe odwołanie skierowane jest na zmianę sytuacji wykonawcy w postępowaniu, którego wynikiem ma być zawarcie umowy ramowej z trzema wykonawcami. Wykonawca uprawniony jest do wykazywania, że Zamawiający zaniechał danych czynności, w tym odrzucenia ofert w postępowaniu czym zagraża pozycji danego wykonawcy, mimo, że jest jednym z zaproszonych do podpisani

umowy ramowej. Zaznaczyć należy, że charakterystyka umowy ramowej odmienna jest od samego postępowania o udzielenie zamówienia, jednakże pamiętać należy, że zawarcie umowy ramowej stanowi pierwszy etap prowadzący do zawarcia umowy wykonawczej. Kwalifikacja wykonawców jak również zaproszenie do zawarcia umowy ramowej z poszczególnymi wykonawcami może być kwestionowane przez każdego z wykonawców który złożył ofertę, niezależnie od tego czy został on zaproszony do podpisania umowy ramowej czy też nie.

W zakresie „czytelności” odwołania (zawartych w odwołaniu formatek), która była podnoszona na etapie posiedzenia, uwzględniając wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego i Odwołującego Izba uznała, że zdjęcia zamieszczone na stronie 6 i 11 odwołania są nieczytelne (rysunek 1 i rysunek 5). Izba wskazuje jednocześnie, że przesłana Zamawiającemu kopia odwołania za pomocą poczty elektronicznej zawierała zeskanowane odwołanie, które faksem zostało przesłane do Zamawiającego. Zaznaczyć należy również, że zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Odwołujący obowiązany jest przesłać kopie odwołania Zamawiającemu w taki sposób aby mógł się on z nią zapoznać przed upływem terminu na wniesienie odwołania, domniemywa się, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania jeżeli przesłanie odwołania nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący, w terminie na wniesienie odwołania, przesłał kopie odwołanie Zamawiającemu w faksem i na adres poczty elektronicznej, co jest zgodne z postanowieniami ww. przepisu. Zaznaczyć należy, że ustawodawca nie uzależnił sposobu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu od decyzji Zamawiającego a ustanowił domniemanie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu w sytuacji, gdy Odwołujący dokona tego w sposób określony w art. 27 ust.2 ustawy, jednocześnie pozostawiając po stronie Odwołującego wybór sposobu przesłania kopii odwołania do Zamawiającego.

Złożono w sprawie:

- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum AMG),*
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego Asseco po stronie Zamawiającego*
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie* (pismo zawiera

wniosek

o oddalenie odwołania bez podania argumentacji w zakresie sprawy o sygn. akt 1155/15)

Izba zważyła:

I.

W zakresie zarzutu wobec oferty Asseco Poland S.A naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców - Izba uznała zarzut za niezasadny.*

- a) Odwołujący zarzucił, że w formatka „Rejestr dokumentów” dla aplikacji PO RYBY nie zawiera polskich znaków diakrytycznych, co świadczy o błędzie kompilacji kodów źródłowych lub / i o błędnym przygotowaniu środowiska dla zadania próbnego.

Nie było sporne pomiędzy Stronami, że przekazana przez Zamawiającego formatka posiadała polskie znaki diakrytyczne jak również, że załączona do oferty Asseco Polska S.A. formatka nie zawiera polskich znaków diakrytycznych.

Izba wskazuje, że istotą zadania było zbudowanie oprogramowania z kodów źródłowych aplikacji PO RYBY zgodnie z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego. Odwołujący argumentował, że brak polskich znaków diakrytycznych może stanowić wynik nieprawidłowej kompilacji jak również przyczyną mogą być błędy w ustawieniach oprogramowania standardowego. Zaznaczyć należy, że Odwołujący nie wykazał, że brak polskich znaków diakrytycznych stanowił wynik nieprawidłowej kompilacji, nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia tego faktu. Zamawiający, co również podkreślił na rozprawie, w przekazanej dokumentacji nie zawarł informacji o sposobie kodowania jak również oświadczył, że oprogramowanie zbudowane z kodów źródłowych aplikacji PO RYBY w przypadku wykorzystania oprogramowania standardowego z konfiguracją ustawień standardowych nie wyświetla polskich znaków diakrytycznych.

W dokumentacji administratora w punkcie 5 dla aplikacji PO RYBY Zamawiający opisał wszelkie ustawienia i konfiguracje potrzebne dla instalacji poszczególnych komponentów

systemu i nie zostały tam wskazane żadne wymagania w zakresie ustawienia systemu operacyjnego odnośnie polskich znaków diakrytycznych. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego przedstawionego na rozprawie, że wymienionej powyżej informacji nie należy brać pod uwagę. Odwołujący nie wykazał, że Asseco Polan S.A. nie wykonało zadania próbnego zgodnie z dokumentacją administratora, Odwołujący nie wykazał, że pozostawienie niewymienionych w dokumentacji administratora parametrów oprogramowania standardowego zgodnie z domyślnymi, standardowymi ustawieniami oprogramowania narusza określone przez Zamawiającego wymagania.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) rozdział X pkt 2 Zadanie próbne polega na zbudowaniu i modyfikacji Aplikacji PO RYBY, *na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SIWZ* w zakresie umożliwiającym przedstawienie wyniku. Wynikiem zadania próbnego była zaprezentowana formatka „Rejestr dokumentów” (ścieżka: Pozycja z menu głównego: Rejestr dokumentów). Ocena wyniku zadania próbnego przedstawionego przez wykonawców będzie pozytywna jeżeli formatka „Rejestr dokumentów” będzie zgodna z przekazanym w załączeniu widokiem formatki „Rejestr dokumentów” wygenerowanej z systemu PO RYBY.

Uwzględniając powyższe wymagania Zamawiającego nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego, że wymaganie określone przez Zamawiającego w zasadzie sprowadza się do zgodności, która w argumentacji Odwołującego sprowadza się do tożsamości czy też identyczności. Zamawiający jednoznacznie określił, że formatka „Rejestr dokumentów” będzie zgodna z przekazanym w załączeniu widokiem formatki „Rejestr dokumentów”, co w ocenie Izby nie oznacza jej identyczności. W tym miejscu warto również wskazać, że Zamawiający uznał za zgodne z przekazanym widokiem formatki te formatki, które miały inne kolory formatek oraz pasków narzędzi jak również inny kształt i rozmiar niektórych elementów. Jeszcze raz warto podkreślić, że wykonawcy wykorzystując kody źródłowe i dokonując w nich zmian oraz dokonując kompilacji tych kodów byli obowiązani wytworzyć oprogramowanie, którego efektem była formatka zgodna z widokiem formatki przedstawionej przez Zamawiającego. Badane i oceniane (zgodnie z SWIZ) były efekty pracy wykonawcy na kodach źródłowych, tym samym pozostawienie standardowych ustawień producenta w oprogramowaniach standardowych, a w efekcie brak polskich znaków diakrytycznych nie stanowi ani elementu oceny formatki, ani nie stanowi o niezgodności widoku formatki z widokiem formatki przedstawionym przez Zamawiającego. Odwołujący nie wykazując, że brak polskich znaków diakrytycznych jest wynikiem błędnej, nieprawidłowej kompilacji, jak również uwzględniając fakt, że Zamawiający nie określił wymagań w zakresie ustawienia systemu operacyjnego a także cel zadania próbnego Izba

uznała zarzut za niezasadny.

- b) Odwołujący wycofał zarzut w zakresie braku zachowania tożsamości pomiędzy zrzutami dołączonymi do oferty Asseco Poland S.A. a prezentacją zadania próbnego w zakresie prezentacji przycisku uruchamiającego kalendarz dla pola edytowalnego.

II.

W zakresie zarzutu wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedziną w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum AMG) naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że Konsorcjum AMG przyznało, że na zrzutach ekranu załączonych do oferty figuruje numer OFSA-PROW_027.009.0025

W trakcie rozprawy ustalono, że Zamawiający przekazał wykonawcom dwie wersje kodów tzn.: OFSA-PROW_027.009.0025 i OFSA-PROW_027.009.0024.

Zgodnie z SIWZ (rozdział X pkt 3 in fine) numer wersji aplikacji ma być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych.

Izba wskazuje, że sam Odwołujący na rozprawie przyznał, że Konsorcjum AMG pracowało na kodach źródłowych przekazanych przez Zamawiającego, jednocześnie wskazując, że Konsorcjum AMG skorzystało nie z tej wersji kodów źródłowych, która była podstawą wykonania zadania. Izba zaznacza, że Odwołujący przyznając, że Konsorcjum AMG wykonało zadanie na podstawie kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego nie wykazał, że wykonanie zadania miało być dokonane w oparciu o konkretną wersję kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego oraz, który z numerów aplikacji przekazanych przez Zamawiającego miał być wskazany w formacie stanowiącej wynik zadania próbnego. Zamawiający na rozprawie wykazał, że w przypadku obu wersji kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego można było dokonać wprowadzenia daty,

czyli można było zbudować aplikację i zmodyfikować ją zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWIZ. Konsorcjum AMG wskazało również, że w celu wykonania zadania próbnego użyło kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego i po kompilacji okazało się, że wersja była oznaczona numerem OFSA-PROW_027.009.0024, jednakże Konsorcjum uznało za docelową wersję przekazaną przez Zamawiającego z numerem OFSA-PROW_027.009.0025 (tj. wersję zawartą w katalogu „target” z kompilacjami przy pomocy których można było uruchomić aplikację) w związku z czym dokonało zmiany wpisu w pliku buildNumber.properties, co doprowadziło do zmiany numeru na OFSA-PROW_027.009.0025. Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że kompilacja dokonana przez Konsorcjum AMG jest wynikiem błędów kompilacji kodów jak również nie wykazał, że powstała z innych kodów źródłowych niż przekazane przez Zamawiającego. Dodatkowo należy zaznaczyć, że Konsorcjum AMG dokonało kompilacji z kodów źródłowych z numerem OFSA-PROW_027.009.0024, czyli takich samych jak Odwołujący natomiast na dalszym etapie pracy wprowadziło zmianę numeru, co też Konsorcjum AMG wykazało w piśmie procesowym złożonym w sprawie.

Uwzględniając powyższe jak również fakt, że Odwołujący nie wykazała, że Konsorcjum AMG przygotowało próbkę tj. zbudowało aplikację w oparciu o inne niż przekazane przez Zamawiającego kody źródłowe jak również nie wykazało, że próbka jest niezgodna w zakresie elementów, które podlegały badaniu Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie odwołania o sygn. akt 1156/15 – Izba ustaliła i zważyła:

W zakresie „czytelności” odwołania (zawartych w odwołaniu formatek), która była podnoszona na etapie posiedzenia, uwzględniając wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego i Odwołującego Izba uznała, że zdjęcia zamieszczone na stronie 4 i 5 odwołania są nieczytelne. Izba wskazuje jednocześnie, że przesłana Zamawiającemu kopia odwołania za pomocą poczty elektronicznej zawierała zeskanowane odwołanie, które faksem zostało przesłane do Zamawiającego. Zaznaczyć należy również, że zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Odwołujący obowiązany jest przesłać kopie odwołania Zamawiającemu w taki sposób aby mógł się on z nią zapoznać przed upływem terminu na wniesienie odwołania, domniemywa się, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania jeżeli przesłanie odwołania nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący, w terminie na wniesienie odwołania, przesłał kopie odwołanie Zamawiającemu w faksem i na adres poczty elektronicznej (tj. przesłał zeskanowane odwołanie), co jest zgodne z

postanowieniami ww. przepisu. Zaznaczyć należy, że ustawodawca nie uzależnił sposobu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu od decyzji Zamawiającego a ustanowił domniemanie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu w sytuacji, gdy Odwołujący dokona tego w sposób określony w art. 27 ust.2 ustawy, jednocześnie pozostawiając po stronie Odwołującego wybór sposobu przesłania kopii odwołania do Zamawiającego.

Złożono w sprawie:

- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego konsorcjum Comarch* (pismo do sprawy po sygn. akt KIO 1156/15 i KIO 1162/15) w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz 7 ust. 1 ustawy,
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego konsorcjum Comarch* (pismo do sprawy po sygn. akt KIO 1156/15 i KIO 1162/15) w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy,
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego Asseco po stronie Zamawiającego*,
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie*.

Izba zważyła:

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców:*

- a) W zakresie rzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „HP”), z powodu wadliwie wykonanego zadania próbnego - braku tożsamości zrzutów ekranu i prezentacji.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut w zakresie braku tożsamości zrzutów ekranu i prezentacji (dotyczy daty wygenerowania formatki) w ofercie HP.

- b) W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej:

„Konsorcjum Comarch”) i Asseco Poland S.A. z powodu wadliwie wykonanego zadania próbnego - ze względu na wykorzystanie innych kodów źródłowych i dokumentacji niż załączone do SIWZ - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący na rozprawie wskazał, że może jedynie domniemywać, z uwagi na ograniczone możliwości dowodowe, że zarówno Konsorcjum Comarch jak i Asseco Poland S.A. zostawali przy wykonaniu próbki dane jakimi dysponowali z uwagi na realizację innych zamówień.

Odwołujący w odwołaniu argumentował, że wykonawcy Konsorcjum Comarch jak i Asseco Poland S.A. użyli gotowych aplikacji LDAP, które nie były udostępniane przez Zamawiającego w postępowaniu. Zarazem Odwołujący na rozprawie wskazał, że może jedynie domniemywać, z uwagi na ograniczone możliwości dowodowe, że zarówno Konsorcjum Comarch jak i Asseco Poland S.A. zostawali przy wykonaniu próbki dane jakimi dysponowali z uwagi na realizację innych zamówień.

Izba zaznacza, że zgodnie z SWIZ, Zamawiający nie wymagał rozwinięcia list wyboru na formatkach jak również wskazał, że zrzuty ekranu nie muszą zawierać przykładowej treści, za wyjątkiem wygenerowania pola daty formatki.

W zakresie prezentacji przedstawionej przez Asseco Poland S.A. Izba wskazuje, że wykonawca ten oświadczył zarówno na rozprawie i zawarł tę informację w piśmie procesowym, że celu zaprezentowania danych w formacie wpisał do bazy 18 rekordów – nazw Oddziałów Regionalnych oraz Centrali ARiMR a dla zaprezentowania danych użytkownika wpisał imię i nazwisko „P. D.”. Izba zaznacza, co dowodził Asseco Poland S.A., że informacje te pochodzą z materiałów przekazanych w tym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej przez Zamawiającego: wskazujący listę oddziałów regionalnych ARiMR - Słownik JednostkaOrganizacyjnaArimr: SL026- JednostkaOrganizacyjnaArimr oraz dokument (formatka) przekazana przez Zamawiającego, na którym widnieje imię i nazwisko „P. D.” – Dokumentacja Użytkownika: DU_OFSA-PROW_1.09. Asseco Poland S.A. wskazało również, że w zakresie aplikacji OFSA nie realizuje umowy na utrzymanie lub rozwój, tym samym nie mogło pozyskać aplikacji gotowych LDAP. Z dowodu (nr 4) przedstawionego przez Asseco Poland S.A. (tj. zrzut prezentacji) wynika, że po otwarciu lista wyświetla się tylko jedno imię i nazwisko wprowadzone przez wykonawcę na etapie przygotowywania zadania próbnego. Potwierdza to również dowód (nr 5) złożony przez Zamawiającego a stanowiący zrzut z ekranu prezentujący wydruk formatki zadania z użyciem bazy LDAP, który pokazuje jak wygląda prezentacja z użyciem bazy LDAP –

wyświetla się lista imion i nazwisk. Przedstawione dwa zrzuty ekranów wskazują w inaczej wygląda formatka z rozwinięciem listy z użyciem bazy LDAP a inaczej przygotowana przez Asseco Poland S.A..

W zakresie prezentacji przedstawionej przez Konsorcjum Comarch zaznaczyć należy, co podnosiło konsorcjum, że dla wykonania listy zawierającej Oddziały ARiMR nie była i nie mogła być wykorzystana baza LDAP, bowiem baza ta dotyczy wyłącznie danych identyfikujących i dostępowych użytkowników aplikacji, a nie oddziałów. Zaznaczyć należy, że w próbie Konsorcjum Comarch w pole wyboru „Zatwierdzający korektę” jest puste – nie wyświetla się nazwisko „P. D.”. Konsorcjum Comarch zaznaczyło również, odwołując się do przekazanych przez Zamawiającego danych słownikowych, że wypełnienie bazy danych nie było skomplikowane ani pracochłonne.

Odwołujący zupełnie pominął w swojej argumentacji odniesienie się do przekazanych przez Zamawiającego dokumentów i zawartych tam informacji i danych, które wykonawcy mogli wykorzystać w czasie przygotowywania prezentacji, jak również nie wskazał żadnego dowodu na to, że Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A. użyli jakichkolwiek innych materiałów, danych, kodów źródłowych do przygotowania prezentacji stanowiących zadanie próbne. W przeciwieństwie do Odwołującego, w ocenie Izby Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A. wykazali w oparciu o jakie materiały i informacje przygotowywali prezentacje i z jakich źródeł pozyskali dane do ich przygotowania.

W związku z tym Izba uznała zarzut w zakresie rozwijanych list za niezasadny w stosunku do Konsorcjum Comarch i Asseco Poland S.A.

- c) W zakresie zarzutu w stosunku do Konsorcjum Comarch a dotyczącego logowania się do aplikacji w inny sposób, niż przez „okno logowania”.

Odwołujący podnosił, że system logowania przez okno logowania był wymuszony kodami źródłowymi i każdy z wykonawców, chcący przeprowadzić prezentację zgodnie z wymaganiami SIWZ powinien był w ten sposób się logować. Konsorcjum Comarch wskazało, że podnoszony przez Odwołującego zarzut tyczy się aplikacji PO RYBY oraz podniosło, że kody źródłowe tej aplikacji nie wymuszały logowania się do aplikacji przez okno logowania, jak również wskazało, że również inni wykonawcy np. Capening Polska Sp. z o.o. logowali się do aplikacji w inny sposób.

Izba wskazuje, w oparciu o przedstawioną przez Konsorcjum Comarch argumentację, że okno logowania do aplikacji PO RYBY zarówno Konsorcjum Comarch jak również

Odwołujący wykonali przy użyciu standardowych mechanizmów logowania udostępnionych przez standardowe oprogramowanie narzędziowe Oracle. Użycie okna logowania ze standardowego oprogramowania przez wykonawców podyktowane było tym, że w dostarczonych przez Zamawiającego kodach źródłowych okno logowania się nie znajdowało. Konsorcjum Comarch argumentowało również, że użycie standardowego oprogramowania dostarczonego przez firmę Oracle jednakże zostało ono wywołane w odmienny sposób w jaki uczynił to Odwołujący. Konsorcjum Comarch w konfiguracji serwera aplikacji zaznaczył opcję logowania z użyciem tzw. SSO uznając, że to rozwiązanie jest bardziej wygodne i bezpieczne. Zaznaczyć również należy, że ze sposobu konfiguracji serwera aplikacji oraz w efekcie wyglądu okna logowania nie sposób wywieść jakie kody źródłowe zostały użyte do zbudowania aplikacji PO RYBY.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji dowodzącej tego, że system logowania przez okno logowania był wymuszony kodami źródłowymi przekazanymi przez Zamawiającego. Jednocześnie z dokumentacji Zamawiającego przedstawionej wykonawcom nie wynikały wymagania dotyczące sposobu realizacji logowania. Izba zaznacza, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, spór prowadzą strony i uczestnicy postępowania a na okoliczność swoich twierdzeń przedstawiają dowody i odnoszą się do dokumentacji postępowania. W tym przypadku Odwołujący nie wykazał zasadność swoich twierdzeń jak również nie zakwestionował argumentacji Konsorcjum Comarch.

Uwzględniając powyższe Izba uznała zarzut w zakresie logowania się do aplikacji w inny sposób, niż przez „okno logowania” za niezasadny.

Reasumując w zakresie rozpoznawanego zarzutu, Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jak również nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 - *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „HP”) jak również wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w

Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Konsorcjum Comarch”) do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Na wstępie Izba zaznacza, że postępowanie o zawarcie umowy ramowej wszczęte było przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 roku pozy.1232).

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”.

Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania.

Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”.

Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów , Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07).

Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia.

Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 188/15 - *Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.*; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 58/15 - *Podkreślić bowiem należy, że każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO, sądów okręgowych, jak też TS UE, powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej poprzez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę).*

Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

Zgodnie ze stanem prawnym w jakim prowadzone jest postępowanie o zawarcie umowy ramowej w przedmiotowej sprawie to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko nieuzyskania danego dobra.

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację zamierzenia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego Zamawiający dokonując rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania.

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Jednakże również ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, natomiast ustawa nie określa procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot, rodzaj umowy tak jak w rozpoznawanym przypadku umowy ramowej, sposób realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11).

Przechodząc do oceny argumentacji Odwołującego przedstawionej w rozpoznawanej sprawie, Izba wskazuje, że Odwołujący przyjął na potrzeby swojej argumentacji, w celu uprawdopodobnienia, że stawki zaoferowane przez HP oraz Konsorcjum Comarch są nierealne, że pracochłonność punktu funkcyjnego powinna odzwierciedlać pewną średnią cenę dla systemów wymienionych w SIWZ, które będą rozbudowywane, modyfikowane. Odwołujący na potrzeby swojej analizy założył pewien hipotetyczny średni koszt za punkt funkcyjny.

Zaznaczyć należy, że w tym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej Zamawiający podał przewidywalną wartość udzielanych zamówień w ramach umowy ramowej (do 54 471 513, 60 PLN).

W zakresie tego zarzutu Izba w całości podtrzymuje argumentację zawartą w zwarzeniach Izby w punkcie VIII uzasadnienia wyroku.

Izba zaznacza, że w przypadku klasycznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, opierając się o szacunkową wartość zamówienia indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziął wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne. W przypadku postępowania o zawarcie umowy ramowej Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert w przyzmacie czynności z art. 90 ust. 1 ustawy niewątpliwie winien posiłkować się przy badaniu oferty innymi niż szacunkowa wartość zamówienia wyznacznikami, jednakże również doświadczenie i wiedza Zamawiającego nie pozostają bez wpływu na wynik jego oceny, niemniej Zamawiający winien umieć wykazać przesłanki swojej oceny.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z

istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Odwołujący wskazywał w swojej argumentacji przedstawionej na rozprawie, że nie ma zależności pomiędzy cenami z innych postępowań (umów) a cenami oferowanym w tym postępowaniu o zwarcie umowy ramowej, bowiem w przypadku wszystkich umów jakie zostały wskazane przez Zamawiającego w piśmie Odpowiedź na odwołanie Zamawiający płacił wykonawcom realizującym umowy dodatkowe świadczenie w postaci stałego ryczałtu. Odwołujący wskazywał jednocześnie, że w prowadzonym postępowaniu nie została przewidziana kwota za gotowość, czyli świadczenie stałe. Odwołujący zaznaczył również, że z porównania cen za punkt funkcyjny zaoferowanych we wskazanych przez Zamawiającego postępowaniach oraz w złożonych ofertach w tym postępowaniu Asseco Polan S.A. podniosło cenę za punkt funkcyjny dziesięciokrotnie natomiast Odwołujący zaoferował kwotę za punkt funkcyjny ponad trzykrotnie większą niż w wykazywanym przez Zamawiającego zamówieniu jedne z konsorcjantów obecnie Odwołującego. Wskazywał również Odwołujący, że wynikiem realizacji umów wykonawczych zawartych z podmiotami z którymi na obecnym etapie zostanie zawarta umowa ramowa, będzie konkretne dzieło, które ma zostać wydane Zamawiającemu, jednakże aby tak mogło się stać to poza programistą niezbędnym do realizacji usługi będą również inne nakłady takie jak koszt licencji, koszt sprzętu i innego wyposażenia.

Izba wskazuje, że Zamawiający na rozprawie potwierdził, że w umowach na jakie powołał się w Odpowiedzi na odwołanie a jakie stanowiły podstawę odniesienia się przez Zamawiającego w zakresie realności badania zaoferowanej ceny, zakres usług nie był tożsamy, dlatego też na potrzeby badania ofert w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej

przyjął jeden element tj. wynagrodzenie w zakresie usług tożsamy z przedmiotowym postępowaniem odwołując się do cen za punkt funkcyjny i roboczodzień.

W SIWZ, w Rozdziale XII pkt 1 Zamawiający określił sposób obliczenia ceny przez podanie cen jednostkowych netto, łącznej ceny netto, należnego podatku VAT oraz łącznej ceny brutto, zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ. W punkcie 2 tego samego rozdziału wskazał, że ceny określone w formularzu ofertowym powinny zawierać wszystkie koszty związane z zakresem i sposobem wykonania przedmiotu zamówienia. W Załączniku nr 1 do SIWZ - Formularz ofertowy Zamawiający zawarł również oświadczenie, które składali wykonawcy na etapie ofertowania dotyczące tego, że przedstawione w ofercie ceny uwzględniają wszystkie koszty wykonania poszczególnych zamówień.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 795/15) wyjaśnił, że przedmiot zamówienia określony w umowie ramowej stanowi wskazanie co do przyszłych zamówień a realizując umowę ramową Zamawiający przed udzieleniem każdego zamówienia będzie określał szczegółowo przedmiot zamówienia, ilość punktów funkcyjnych oraz ilość roboczodni i termin realizacji (Rozdział I SIWZ).

Przedmiotem zamówienia właściwym dla umowy ramowej są usługi w zakresie modyfikacji wszystkich istniejących aktualnie systemów IT u Zamawiającego oraz budowy i rozwoju nowych systemów IT, natomiast usługi w zakresie poszczególnych systemów mogą być odrębnymi przedmiotami zamówienia udzielanych w wykonaniu umowy ramowej. Zamawiający wskazał również odwołując się do odpowiedzi na pytania, że utrzymanie środowisk pomocniczych wchodzi w skład punktu funkcyjnego oraz roboczodnia (pytanie 154) oraz, że specyfikę konkretnego środowiska pomocniczego będzie można określić na podstawie konkretnego zamówienia na modyfikację (pytanie 103). Zamawiający wyjaśnił również (pytanie nr 6), że oczekuje posiadania środowisk pomocniczych na etapie zamówienia wykonawczego oraz że wymagał będzie tego posiadania tylko w odniesieniu do systemu informatycznego, którego będzie dotyczyło zamówienie wykonawcze. Istotne jest również to, że Zamawiający wskazał, że za błędne należy uznać brak szacowania kosztu wszystkich środowisk pomocniczych na etapie składania ofert w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Zamawiający wskazał, że nie posiada na etapie składania ofert posiadania przez wykonawców środowisk pomocniczych dla każdego z systemów, jednocześnie wyjaśnił, że wymaga dokonania szacunkowej wyceny wszystkich istniejących środowisk pomocniczych. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ - z art. 6 ust. 8 wszelkie koszty zestawienia łączy i utrzymania środowiska pomocniczego obciążają wykonawcę. W załączniku 17 do SIWZ - Sposób wyceny modyfikacji wynika, że podstawą ustalenia wyceny

modyfikacji bądź zgłoszenia zmiany modyfikacji jest analiza złożoności funkcjonalnej wytworzonego lub zmienionego oprogramowania, która to analiza jest wykonywana w oparciu o metodę Punktów Funkcyjnych IFPUG w wersji 4.3.1. Z powyżej wskazanych postanowień (w tym punktu 8 ppkt 4 i 7 załącznika nr 17) wynika, że koszt utrzymania środowiska pomocniczego powinien być wliczony w cenę punktu funkcyjnego.

Zamawiający w dalszej części odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „Nie oznacza to jednak, że w cenę PF mają być wliczone (w sensie prostego sumowania) koszty Środowisk Pomocniczych wszystkich systemów (łącznie) informatycznych działających w ARiMR. Takie proste zsumowanie prowadzące do wliczenia w cenę PF kosztów wszystkich Środowisk Pomocniczych spowoduje w ocenie Zamawiającego znaczne zawyżenie ceny PF. Zgodnie z wzorem Umowy Ramowej cen PF ma również dotyczyć wytwarzania oprogramowania nowego, którego technologia nie jest jeszcze znana Zamawiającemu na obecnym etapie postępowania i nie są znane środowiska pomocnicze jakie będą znane w przypadku wytworzenia nowego oprogramowania. W ocenie Zamawiającego wykonawcy zaproszeni do składania ofert cechują się najwyższym stopniem profesjonalizmu w dziedzinie IT i Zamawiający oczekuje, że w cenie PF będą wkalkulowane, jako jedna z podstaw oszacowania, koszty utrzymania wszelkich istniejących Środowisk Pomocniczych wg. zasad panujących na rynku IT z uwzględnieniem możliwości skalowalności środowisk i na bazie informacji przekazanych przez Zamawiającego.”.

W ocenie Izby, uwzględniając powyższe, w szczególności charakter prowadzonego postępowania o zawarcie umowy ramowej jak również to, że przedmiotem zamówienia są również między innymi nowe oprogramowania Zamawiający zaniechał w sposób nieuprawniony wezwania do złożenia wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny przez HP i Konsorcjum Comarch. Należy podkreślić, że sam Zamawiający przyznał, że badając oferty w zakresie zaoferowanej ceny posiłkował się cenami z innych postępowań, z których w zasadzie wybrał na potrzeby porównania tylko kwoty za punkt funkcyjny i roboczodzień – czyli jak twierdził – porównywalne usługi. Niemniej w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej wskazał Zamawiający w SWIZ oraz udzielając odpowiedzi na pytania, jak również w odpowiedzi na odwołanie (ww. wymienione), że w ramach punktu funkcyjnego mają być skalkulowane koszty środowisk pomocniczych a ze wzoru umowy wynika, że wszelkie koszty zestawienia łączy i utrzymania środowiska pomocniczego obciążają wykonawcę. Tym samym w ocenie Izby proste porównanie cen za punkt funkcyjny i roboczodzień z ofert w tym postępowaniu oraz zawartych wcześniej umów nie prowadzi w zasadzie do żadnego

winsoku, bowiem porównywane są ceny za usługi nieporównywalne z uwagi na zakres tychże usług.

Niepodważalnym jest, że każdy z wykonawców, kalkulując ceny ofert, dokonuje stosownych wyliczeń w oparciu o własne założenia i własne zmienne. Nie istnieje jeden uniwersalny wzorek, do którego można przypisać koszty ponoszone przez wszystkich wykonawców. Jednakże zakres przedmiotu umowy jest znany wszystkim i choć postępowanie o zawarcie umowy ramowej nie określa przedmiotu umów wykonawczych, to profesjonaliści w zakresie usług IT są niewątpliwie w stanie określić koszty jakie są niezbędne i ceny jakie będą pozwalały na konkurencję o zamówienie wykonawcze przy jednoczesnym osiągnięciu zysku. Zamawiający wskazywał w SWIZ na konieczność kalkulowania poszczególnych elementów ceny a w odpowiedzi na odwołanie (wyżej wymienione) w ocenie Izby, potwierdził konieczność kalkulacji wszelkich kosztów wskazując na skalowalność a jednocześnie nie zmieniając postanowień SIWZ.

Dowód (nr 1) złożony przez HP w ocenie Izby wskazuje, że w innych postępowaniach wykonawcy uwzględniając rodzaj całościowo zamawianych usług w inny sposób wyceniali wartość punktu funkcyjnego oraz roboczodnia. Dowód ten dla oceny zaoferowanej w tym postępowaniu ceny przez HP nie ma znaczenia, bowiem wskazuje na realizację innych zamówień, w których był inny sposób wyceny uwzględniony przez Zamawiającego; wskazuje na to choćby fakt, że Zamawiający w obecnie prowadzonym postępowaniu w cenę punktu funkcyjnego wymagał skalkulowania kosztów środowisk pomocniczych oraz innych kosztów. Konsorcjum Comarch wskazywało, że elementem obniżającym cenę zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu jest fakt, że Zamawiający będzie wymiarował zakres zadań, czego nie dokonywał w innych zamówieniach, a co wpływa na różnice w wycenie obecnie oferowanej przez tego wykonawcę. Zamawiający w SIWZ w rozdziale I pkt 4 określił, że przedmiot zamówienia określony w umowie ramowej stanowi wskazanie co do przyszłych zamówień a realizując umowę ramową Zamawiający przed udzieleniem każdego zamówienia będzie określał szczegółowo przedmiot zamówienia, ilość punktów funkcyjnych oraz ilość roboczodni i termin realizacji. Jednocześnie konsorcjum Comarch nie odniosło się do faktu konieczności wyceny w ramach punktu funkcyjnego innych kosztów w tym utrzymania środowiska. Dowód (nr 2) złożony przez Konsorcjum Comarch, odnoszący się podobnie jak dowód (nr 1) złożony przez HP do cen oferowanych w innych postępowaniach, wskazuje na dokonanie wyceny w zakresie punktów funkcyjnych i roboczodni w innych postępowaniach gdzie poza punktem funkcyjnym i roboczodniem wyceniane były też inne usługi w ramach danego zamówienia. Słusznie zauważył Odwołujący, że we wskazanych w dowodzie nr 2 realizowanych usługach, że wartość punktu funkcyjnego stanowi znikomą

wartość kwoty oferty. Wskazać można, że cena za punkt funkcyjny w umowie systemu SIA w ofercie HP wynosi 50 zł netto przy wartości oferty około 82 mln zł netto; w ofercie Asseco Poland S.A. wartość punktu funkcyjnego 174 zł netto przy kwocie umowy ok. 70 mln zł netto oraz Comarch wartość punktu funkcyjnego 850 zł netto przy kwocie oferty ponad 113 mln netto. Konsorcjum Comarch złożyło dowód (nr 3) wyciąg z opracowania GUS w zakresie wynagrodzeń w Gospodarce Narodowej, wyjaśniając, że w 4 kwartale 2014 r. przeciętne wynagrodzenie w informatyce wyniosło 6 886, 29 zł brutto. Konsorcjum Comarch założyło wynagrodzenia za roboczodzień 859,77 zł brutto (cena za roboczodzień z oferty) co daje w miesiącu, przy założeniu 22 dni roboczych kwotę 18 914, 94 zł, co wskazuje, że wynagrodzenie specjalisty jest wyższe o 63 % dla sektora przedsiębiorstw, 80% wyższe niż przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej w 2014 roku oraz 90 % wyższe niż płaca minimalna w 2015 rok. Argumentacja ta odnosi się do jednego z elementów jakie wyceniali wykonawcy i dotyczącego jedynie wynagrodzenia specjalisty.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący wskazał elementy ceny, które po stronie Zamawiającego w ocenie Izby powinny wzbudzić wątpliwości w zakresie zaoferowanych cen. W rozpoznawanej sprawie wykonawcy mieli podać ceny za punkt funkcyjny przemnożone przez cztery i zsumowane z ceną za roboczodzień przemnożony przez jeden oraz doliczyć należny podatek. Oferta HP – 3 813,00 zł brutto i Konsorcjum Comarch – 4 795,77 zł brutto znacząco odbiegają od cen Asseco Polan S.A. – 11 063,85 zł brutto, Capgemini Polska Sp. z o.o. – 13 288,92 zł brutto oraz Konsorcjum AMG (Odwołujący) – 11 750,34 zł brutto. Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, że badanie cen w danym postępowaniu powinno odbywać się na poziomie danych grup cenowych, w których poszczególne oferty zostały uplasowane, bowiem oferty zostały złożone w jednym postępowaniu a ich badanie powinno uwzględniać zarazem przedmiot jak i wymagania Zamawiającego. Izba wskazuje, że wyodrębnienie przez Zamawiającego, w jednym postępowaniu dwóch grup cenowych w obrębie których dokonywał badania realności ceny, wskazywało na rozbieżności w cenach ofert w obrębie jednego przedmiotu a w efekcie, uwzględniając charakter postępowania o zawarcie umowy ramowej, w której określone są maksymalne ceny dla późniejszych zamówień wykonawczych, powinno skłonić Zamawiającego do zbadania realności zaoferowanych cen. Zamawiający odnosząc się jedynie do cen z innych postępowań pominął fakt różnie opisanych przedmiotów tych postępowań, różnego charakteru postępowań jak również tego, że jeden z wykonawców Asseco Polan S.A., choć i na ceny jednostkowe zaoferowane przez tego wykonawcę się powoływał w obecnie prowadzonej procedurze zaoferował cenę za punkt funkcyjny dziesięciokrotnie wyższą.

Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny przez HP i Konsorcjum Comarch.

W zakresie odwołania o sygn. akt 1162/15 – Izba ustaliła i zważyła:

W zakresie „czytelności” odwołania (zawartych w odwołaniu formatek), która była podnoszona na etapie posiedzenia, uwzględniając wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego i Odwołującego Izba uznała, że zdjęcia zamieszczone na stronie 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 odwołania są nieczytelne. Izba wskazuje jednocześnie, że odwołanie do Zamawiającego zostało przesłane w formie faksu jak również została złożona w siedzibie Zamawiającego kopia odwołania. Zamawiający przedstawił na posiedzeniu kopię odwołania przekazaną bezpośrednio przez Odwołującego – była to kopia odwołania czarno-biała. Odwołujący argumentując, że przedstawił kopię kolorową (jak odwołanie) jednocześnie nie wykazał, że tak było natomiast w kopi czarno-białej oraz w kopi z faksu zdjęcia z ww. strony są nieczytelne. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Odwołujący obowiązany jest przesłać kopie odwołania Zamawiającemu w taki sposób aby mógł się on z nią zapoznać przed upływem terminu na wniesienie odwołania, domniemywa się, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania jeżeli przesłanie odwołania nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący, w terminie na wniesienie odwołania, przesłał kopie odwołanie Zamawiającemu w faksem i na adres poczty elektronicznej (tj. przesłał zeskanowane odwołanie), co jest zgodne z postanowieniami ww. przepisu. Zaznaczyć należy, że ustawodawca nie uzależnił sposobu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu od decyzji Zamawiającego a ustanowił domniemanie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu w sytuacji, gdy Odwołujący dokona tego w sposób określony w art. 27 ust.2 ustawy, jednocześnie pozostawiając po stronie Odwołującego wybór sposobu przesłania kopii odwołania do Zamawiającego.

Złożono w sprawie pisma:

- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego konsorcjum Comarch* (pismo do sprawy po sygn. akt KIO 1156/15 i KIO 1162/15) w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz 7 ust. 1 ustawy,

- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego konsorcjum Comarch* (pismo do sprawy po sygn. akt KIO 1156/15 i KIO 1162/15) w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy,
- pismo z dnia 22 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego konsorcjum Comarch* (pismo do sprawy po sygn. akt KIO 1156/15 i KIO 1162/15)
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego Asseco po stronie Zamawiającego*,
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie*,
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego* (Konsorcjum AMG),
- pismo z dnia 30 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe przystępującego* (Konsorcjum AMG),
- pismo z dnia 11 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe odwołującego*,
- pismo z dnia 12 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe odwołującego w sprawie rażąco niskiej ceny*,
- pismo z dnia 23 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe odwołującego*,
- pismo z dnia 25 czerwca 2015 roku *Pismo procesowe odwołującego w sprawie rażąco niskiej ceny*.

Izba zważyła:

V.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy- Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Oдноśnie HP:

- a) W zakresie zarzutu braku tożsamości zrzutów ekranu i prezentacji (dotyczy daty wygenerowania formatki) w ofercie HP - Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut

- b) W zakresie zarzutu nieprawidłowej ikonki w formatce „Moduł raportów ad hoc” oraz w formatce „Moduł SAD - lista korekt” przycisk „wyczyść” ma nieprawidłową ikonkę (taką samą co dla przycisku „szuka” zamiast „X”) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że HP korzystało z innego środowiska, niż przekazane na podstawie kodów źródłowych przez Zamawiającego. Dowód w tym zakresie, który powinien podnieść Odwołujący winien wskazywać, że na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji niemożliwe było wykonanie zadania próbnego w sposób w jaki zrobił to HP. Odwołujący winien był również wykazać, że formatki są niezgodne z dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego. Słusznie w ocenie Izby podkreślał Zamawiający, że ocena zadania próbnego będzie pozytywna, zgodnie z Rozdziałem X pkt 6 SIWZ z uwzględnieniem zmiany z 13 marca 2015 roku, gdy zaprezentowane dla systemu OFSA PROW formatki będą „zgodne z dokumentacją”. HP podnosiło na rozprawie, że formatki zawierają ikonę „lupka” jest elementem kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego jak również wskazało, że poza ikoną „lupka” zostały zawarte w formatce wymagane przyciski „wyczyść” i „szukaj”.

Zadanie próbne miało na celu wykazanie umiejętności wykonawcy, na co wskazywał sam Odwołujący w odwołaniu i pismach procesowych, tym samym jego wykonanie zawsze będzie stanowiło indywidualny wytwór pracy każdego z wykonawców, a jakiegokolwiek „inności”, jak w tym przypadku ikona „lupka”, nie powodują niezgodności zadania próbnego z wymaganiami Zamawiającego. Izba zaznacza, że wymagania ukształtowane przez Zamawiającego dotyczące zgodności zadania próbnego nie odnosiły się do jego przekalkowania. Owe „inności” nie świadczące o niezgodności zadania próbnego z wymaganiami Zamawiającego dotyczyły w tym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej różnych formatek przedstawianych przez różnych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym różnych oferty Odwołującego w zakresie użycia również ikony „lupki” czy też zmiany koloru tła formatki.

- c) W zakresie układu Menu w formatce dla systemu SIWZ (ZSZiK) oraz braku niektórych pozycji Menu co wynika z innej wersji aplikacji, niż w przekazanych kodach źródłowych.

W zakresie tej argumentacji Odwołujący wskazał na stronach 29 i 30 odwołania zdjęcia formatek, które – jak zostało ustalone na posiedzeniu – były nieczytelne w kopi odwołania przekazanej Zamawiającemu. Formatki z uwagi na brak ich czytelności nie mogą stanowi uzupełnienia argumentacji przedstawionej w odwołaniu. W ocenie Izby, bardzo lakoniczna argumentacja Odwołującego, która nie wskazuje dlaczego jest inny układ Menu w formatce

oraz jakich elementów Menu jest brak w formatce w ocenie Odwołującego – w zasadzie nie stanowi uzasadnienia naruszenia wskazanych na wstępie odwołania przepisów ustawy. Odwołujący na podstawie tych niewykazanych przyczyn wskazuje, że wykonawca HP nie zbudował aplikacji na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji załączonej do SWIZ, a na podstawie innej dokumentacji którą mógł pozyskać wcześniej realizując inne umowy. W ocenie Izby, w tym przypadku brak jest możliwości mówienia o zarzucie, nie sposób bowiem bez faktycznego wskazania przez Odwołującego podstaw, elementów niezgodności formatki oraz informacji o odmiennościach układu Menu rozważać ich niezgodność z wymaganiami Zamawiającego. Rolą Izby nie jest ustalanie zakresu kwestionowanych przez Odwołującego czynności lecz ocena tych czynności. W tym wypadku nie sposób mówić o zarzucie, bowiem Odwołujący nie wskazał na zakres kwestionowanych czynności w sposób, który umożliwiłby rozważenie i ocenę ogólnikowo, hasłowo powołanych odmienności. Izba wskazuje i podtrzymuje argumentację prawną zawartą w zważeniach Izby w punkcie VII uzasadnienia wyroku.

Odnosnie Asseco Poland S.A.:

- d) W zakresie zarzutu braku polskich znaków diakrytycznych w formatce dla systemu PO RYBY – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu Izba w całości podtrzymuje argumentację zawartą w zważeniach Izby w punkcie I litera a) uzasadnienia wyroku.

Izba wskazuje, że Odwołujący oparł swoją argumentację na tym, że brak polskich znaków diakrytycznych wskazuje na brak umiejętności w zakresie konfiguracji środowiska PO RYBY w tym komponentów, z których się składa. Odwołujący podniósł również, że wskazuje to na nieprzestrzeganie postanowień SWIZ, jednocześnie nie odnosząc się do postanowienia SWIZ, które w jego ocenie zostało naruszone.

Podkreślić należy, że w wykonana próbka była badana i oceniana zgodnie z SWIZ w zakresie efektów pracy wykonawcy na kodach źródłowych, natomiast – jak wskazywało Asseco Poland S.A. - pozostawienie standardowych ustawień producenta w oprogramowaniach standardowych, a w efekcie brak polskich znaków diakrytycznych nie stanowi ani elementu oceny formatki, ani nie stanowi o niezgodności widoku formatki z widokiem formatki przedstawionym przez Zamawiającego.

Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie określił w SWIZ wymagań w zakresie ustawień systemu operacyjnego jak również potwierdził, że przy standardowych ustawieniach systemu operacyjnego dla aplikacji PO RYBY nie wyświetlają się polskie znaki diakrytyczne.

- e) W zakresie zarzutu niezgodności zadania próbnego z SIWZ odnośnie formatki „informacja o wersji aplikacji” dla systemu SIA (ZSZiK) – Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut.
- f) W zakresie zarzutu niezgodności zadania próbnego z SIWZ z uwagi na rozwijaną listę wyboru, budowania próbki w oparciu o inne dane, niż udostępnione przez Zamawiającego – Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut.

Odnośnie Konsorcjum AMG:

- g) W zakresie zarzutu braku przycisku „Usuń Dokument” na formatce „Rejestr Dokumentów” dla systemu PO RYBY – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zaznaczyć należy, że nie było sporne pomiędzy stronami, że na wydrukowanej formatce nie znajdował się przycisk „Usuń Dokument”. Konsorcjum AMG argumentowało, że przycisk ten nie był widoczny na ekranie formatki „Rejestr Dokumentów”, ponieważ w przekazanych przez Zamawiającego kodach źródłowych, tak była ustawiona jego właściwość.

Należy zgodzić się z argumentacją, że ingerencja wykonywana w kodach źródłowych miała na celu zaprezentowanie odpowiednich formatek z dodatkowym polem z datą jej wygenerowania, tym samym zadaniem wykonawców nie było przerabianie kodów źródłowych dotyczących w tym wypadku wizualizacji przycisku. Na podstawie dokumentacji, kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego można i należy wysnuć logiczny wniosek, który został przedstawiony w piśmie procesowym przez Konsorcjum AMG, że widoczność przycisku „Usuń dokument” została uzależniona od zaistnienia innych okoliczności, które będą wpływać na jego uaktywnienie czyli widoczność takich jak np.: dodanie konkretnych dokumentów, które mogą być usuwane. Nie bez znaczenia dla oceny tego zarzutu pozostaje fakt, że zadanie próbne nie obejmowało zmiany kodów źródłowych aplikacji w celu uwidocznienia ww. przycisku – Konsorcjum AMG nie zmieniło ustawienia domyślnego dla przycisku „Usuń dokument”. Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego przedstawioną na rozprawie, że nie ma znaczenia dla przycisku w formatce. Odwołujący zupełnie pominął fakt konieczności zmiany kodów źródłowych aplikacji w celu umożliwienia wprowadzenia ww. przycisku i nie odniósł się do tego. Zamawiający, będący autorem aplikacji oświadczył w trakcie rozprawy, że przycisk „Usuń Dokument” jest elementem dynamicznym a jego wyświetlenie uzależnione jest od tego w jakich uprawnieniach zalogowany jest użytkownik. Jednocześnie oświadczył, że sprawdził próbkę i jest ona w pełni zgodna z kodami źródłowymi, formatką a przy odpowiednim logowaniu wyświetla ww. przycisk

- h) W zakresie zarzutu niezgodności wersji aplikacji OFSA-PROW – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu Izba w całości podtrzymuje argumentację zawartą w zwarzeniach Izby w punkcie II uzasadnienia wyroku.

Jednocześnie Izba wskazuje, że argumentacja zawarta w odwołaniu jest lakoniczna. Odwołujący stwierdzając, że aplikacja nie powstała na podstawie kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego nie zawarł w odwołaniu żadnej argumentacji, nawet nie odnosząc się do tego, że Zamawiający przekazał wraz z dokumentacją dwie wersje kodów tzn.: OFSA-PROW_027.009.0025 i OFSA-PROW_027.009.0024. Zaznaczyć należy, że Zamawiający potwierdził na rozprawie, że przekazał kody źródłowe w wersjach wskazanych powyżej wersjach, oraz że w obu wersjach przekazanych kodów możliwe było wymagane przez Zamawiającego wprowadzenie daty, tym samym możliwe było zbudowanie aplikacji i jej zmodyfikowanie zgodnie z SIWZ. Na podstawie Rozdziału X pkt 3 SIWZ *numer wersji aplikacji ma być identyczny jak w przekazanych wraz z SIWZ kodach źródłowych. Odwołujący, podobnie jak w sprawie KIO 1155/15 nie wykazał, że wykonanie zadania miało być dokonane w oparciu o konkretną wersję kodów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego oraz, który z numerów aplikacji przekazanych przez Zamawiającego miał być wskazany w formacie stanowiącej wynik zadania próbnego.*

- i) W zakresie niewłaściwego umiejscowienia przycisku „Raporty ad-hoc” w formacie aplikacji OFSA-PROW.

W zakresie tej argumentacji Odwołujący wskazał na stronie 35 odwołania zdjęcia formatki, które – jak zostało ustalone na posiedzeniu – były nieczytelne w kopi odwołania przekazanej Zamawiającemu. Formatki z uwagi na brak ich czytelności nie mogą stanowić uzupełnienia argumentacji przedstawionej w odwołaniu.

Nie zostało zatem wskazane przez Odwołującego, gdzie znajduje się w zaprezentowanych przez Konsorcjum AMG formatkach przycisk „Raporty ad-hoc” i dlaczego nie znajduje się w miejscu, które uznaje za prawidłowe. Nie została w zasadzie zawarta w odwołaniu żadna argumentacja odnosząca się do wniosku jaki jedynie przedstawił Odwołujący a mianowicie, że Konsorcjum AMG nie zbudowało aplikacji w oparciu o kody źródłowe przekazane przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, w tym przypadku – podobnie jak w punkcie V c) zważeń Izby - brak jest możliwości mówienia o zarzucie, nie sposób bowiem bez faktycznego wskazania przez Odwołującego podstaw, elementów niezgodności formatek rozważać ich niezgodność z wymaganiami Zamawiającego. Rolą Izby nie jest ustalanie zakresu kwestionowanych przez Odwołującego czynności lecz ocena tych czynności. Izba wskazuje i podtrzymuje argumentację prawną zawartą w zważeniach Izby w punkcie VII uzasadnienia wyroku.

Odnosnie Konsorcjum Comarch:

- j) W zakresie zarzutu niezgodności zadania próbnego z SIWZ z uwagi na rozwijaną listę wyboru, budowania próbki w oparciu o inne dane, niż udostępnione przez Zamawiającego – Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut.

VI.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 82 ust. 1 ustawy – *Wykonawca może złożyć jedną ofertę* i art. 84 ust. 1 ustawy – *Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę* w konsekwencji art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3.*

W zakresie zarzutu braku tożsamości zrzutów ekranu i prezentacji (dotyczy daty wygenerowania formatki) w ofercie HP - Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut

VII.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* – zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „HP”), pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby wyspecyfikowane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty HP dotyczące nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu.*

(...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Przenosząc powyższe stwierdzenia Sądu na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretów. Odwołujący przedstawiając okoliczności faktyczne nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, nie odniósł do żadnych konkretnych informacji poza przytoczeniem podstaw prawnych ze wskazaniem numerów artykułów oraz ich treści z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący lakoniczną argumentację oparł jedynie na stwierdzeniu, że z zestawienia cen widać mechanizm przeliczania kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, że koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji. Jednocześnie Odwołujący nie wyjaśnił, nie podał w odwołaniu, na czym miałyby polegać owa „inżynieria wyceny”, nie wskazał jakie w jego ocenie koszty są przenoszone, pomiędzy jakimi pozycjami, co na to wskazuje.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przytoczoną przesłankę jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać skonkretyzowany i udowodniony przez Odwołującego. Zgodnie z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.* Zgodnie z regułą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne;* przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Tak więc, aby możliwe było

odrzućcenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, czyli uznaniu czynu związanego ze złożeniem oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest podanie na czym polega określone działanie wykonawcy, udowodnienie tego działania oraz zakwalifikowanie tego działania jako konkretnego deliktu ujętego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – takie też elementy uzasadnienia faktycznego powinien wskazać w odwołaniu Odwołujący, bowiem to one stanowią uzasadnienie podnoszonego naruszenia wskazanych przepisów ustaw.

Izba wskazuje, że odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołań w całości przez Zamawiającego, co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi (art. 186 ust. 2 ustawy), bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania argumentacji nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski.

Uwzględniając powyższe, w tym przypadku należy uznać brak zarzutu, bowiem zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej.

Przedstawiona na rozprawie argumentacja jak również zawarta w pismach procesowych, w szczególności w piśmie z dnia 11 czerwca 2015 roku stanowią nową, niezawartą w odwołaniu argumentację, uzasadnienie faktyczne podniesionych we wstępnej części odwołania naruszenia przepisów. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut poza podstawą prawną musi zawierać konkretną i precyzyjną podstawę faktyczną. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie jak również zawarta w złożonym piśmie procesowym stanowi w ocenie Izby nowy, nie wskazany w odwołaniu zarzut oparty na tych samych podstawach prawnych. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do

wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji zawartej w piśmie złożonym przez Odwołującego i jego argumentacji przedstawionej na rozprawie prowadziłyby do przywrócenie Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracany.

VIII.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy- *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz art. 7 ust. 3 ustawy- *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 - Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny* i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* przez zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśnień 'rażąco niskiej ceny' oraz zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „HP”), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMARCH S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz COMARCH Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Konsorcjum Comarch”), Asseco Polan S.A. i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net S.A. z Siedzinią w Łodzi (pełnomocnik) oraz Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois, Francja, oraz DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum AMG), pomimo że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący na rozprawie wycofał powyższy zarzut w stosunku do Asseco Polan S.A..

Izba uznała zarzut za zasadny w zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy i w zakresie ofert złożonych przez wykonawcę HP, jak również Konsorcjum Comarch.

Uwzględniając argumentację zawartą w punkcie IV zważeń Izby, zaznaczając w szczególności charakter prowadzonego postępowania o zawarcie umowy ramowej jak również to, że przedmiotem zamówienia są również między innymi nowe oprogramowania Zamawiający zaniechał w sposób nieuprawniony wezwania do złożenia wyjaśnień

elementów zaoferowanej ceny przez HP i Konsorcjum Comarch. Należy podkreślić, że sam Zamawiający przyznał, że badając oferty w zakresie zaoferowanej ceny posiłkował się cenami z innych postępowań, z których w zasadzie wybrał na potrzeby porównania tylko kwoty za punkt funkcyjny i roboczodzień – czyli jak twierdził – porównywalne usługi. Niemniej w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej wskazał Zamawiający w SWIZ oraz udzielając odpowiedzi na pytania, jak również w odpowiedzi na odwołanie (ww. wymienione), że w ramach punktu funkcyjnego mają być skalkulowane koszty środowisk pomocniczych a ze wzoru umowy wynika, że wszelkie koszty zestawienia łączy i utrzymania środowiska pomocniczego obciążają wykonawcę. Tym samym w ocenie Izby proste porównanie cen za punkt funkcyjny i roboczodzień z ofert w tym postępowaniu oraz zawartych wcześniej umów nie prowadzi w zasadzie do żadnego winsoku, bowiem porównywane są ceny za usługi nieporównywalne z uwagi na zakres tychże usług.

Niepodważalnym jest, że każdy z wykonawców, kalkulując ceny ofert, dokonuje stosownych wyliczeń w oparciu o własne założenia i własne zmienne. Nie istnieje jeden uniwersalny wzorec, do którego można przypisać koszty ponoszone przez wszystkich wykonawców. Jednakże zakres przedmiotu umowy jest znany wszystkim i choć postępowanie o zawarcie umowy ramowej nie określa przedmiotu umów wykonawczych, to profesjonaliści w zakresie usług IT są niewątpliwie w stanie określić koszty jakie są niezbędne i ceny jakie będą pozwalały na konkurencję o zamówienie wykonawcze przy jednoczesnym osiągnięciu zysku. Zamawiający wskazywał w SWIZ na konieczność kalkulowania poszczególnych elementów ceny.

Odwołujący wskazywał, w uzasadnieniu odwołania, że ceny zaoferowane przez HP oraz Konsorcjum Comarch w sposób rażąco odbiegają od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Oferta HP – 3 813,00 zł brutto i Konsorcjum Comarch – 4 795,77 zł brutto znacząco odbiegają od cen Asseco Polan S.A. – 11 063,85 zł brutto, Capgemini Polska Sp. z o.o. (Odwołujący) – 13 288,92 zł brutto oraz Konsorcjum AMG – 11 750,34 zł brutto. Odwołujący wskazywał, że ceny w ofercie HP za punkt funkcyjny 500 zł netto jest wielokrotnie niższa natomiast za roboczodzień 1100 zł netto jest rażąco niska, natomiast w ofercie Konsorcjum Comarch cena za punkt funkcyjny 800 zł netto jest rażąco niska natomiast za roboczodzień 699 zł netto jest wielokrotnie niższa. Porównując ceny złożone przez wymienionych wcześniej wykonawców z cenami przedstawionymi przez pozostałych: Asseco polan S.A. cena za punkt funkcyjny 1740 zł netto natomiast za roboczodzień 2035 zł netto; Konsorcjum AMG cena za punkt funkcyjny 1 988,28 zł netto natomiast za roboczodzień 1600

zł netto w ocenie Izby niewątpliwie powinno to wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, że badanie cen w danym postępowaniu powinno odbywać się na poziomie danych grup cenowych, w których poszczególne oferty zostały uplasowane, bowiem oferty zostały złożone w jednym postępowaniu a ich badanie powinno uwzględniać zarazem przedmiot jak i wymagania Zamawiającego. Izba wskazuje, że wyodrębnienie przez Zamawiającego, w jednym postępowaniu dwóch grup cenowych w obrębie których dokonywał badania realności ceny, wskazywało na rozbieżności w cenach ofert w obrębie jednego przedmiotu a w efekcie, uwzględniając charakter postępowania o zawarcie umowy ramowej, w której określone są maksymalne ceny dla późniejszych zamówień wykonawczych, powinno skłonić Zamawiającego do zbadania realności zaoferowanych cen. Zamawiający odnosząc się jedynie do cen z innych postępowań pominął fakt różnie opisanych przedmiotów tych postępowań, różnego charakteru postępowań jak również tego, że jeden z wykonawców Asseco Polan S.A., choć i na ceny jednostkowe zaoferowane przez tego wykonawcę się powoływał w obecnie prowadzonej procedurze zaoferował cenę za punkt funkcyjny dziesięciokrotnie wyższą. Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”* i nie sposób uznać, że Zamawiający w sposób obiektywny, uwzględniając charakter postępowania dokonał badania owej relacji.

Odwołujący na rozprawie dla potwierdzenia swojej argumentacji złożył dowód (nr 6) tj. raport płacowy 2014 oraz dowód (nr 7) – raport wynagrodzeń za 2014, 2015 jednocześnie argumentując, że raporty te są powszechnie dostępne. Odwołujący argumentował, że wynagrodzenia specjalistów, których zagwarantowania wymagał Zamawiający w branży informatycznej są co najmniej dwa razy wyższe niż przedstawione przez Konsorcjum Comarch. Zamawiający powołał natomiast dowód (nr 11) wydruk ze strony internetowej wykonawcy raportu płacowego 2014 (tj. dotyczy dowodu nr 6) wskazując, że raport ten został przygotowany w oparciu o dane pochodzące z czterech polskich miast oraz w oparciu o informacje pozyskane od 1000 osób. Argumentacja Odwołującego zawarta w piśmie procesowym jak również przedstawiona na rozprawie wsparta została dowodem (nr 8) – raport roczny spółki Comarch S.A., który Odwołujący złożył w celu wykazania kosztów prowadzenia działalności i kosztów pracy w firmie Comarch, jak również dowodem (nr 9) – zawierającym opracowanie własne Odwołującego stanowiące zestawienie kosztów operacyjnych Comarch S.A. na podstawie jednostkowego sprawozdania finansowego spółki za rok obrotowy 2014, które Odwołujący przedstawił na okoliczność wykazania, że cena

zapropnowana przez Comarch za roboczodzień jest niższa niż koszty dzienne pracownika wyliczone na podstawie raportu Comarch S.A.. Odwołujący złożył do akt sprawy dowód (nr 10) stanowiący opracowanie własne Odwołującego i zawierające informację na temat kosztów zatrudnienia pracowników Comarch S.A., który złożył w celu wykazania jakie miesięczne wynagrodzenie maksymalne mógłby uzyskać pracownik Comarch, gdyby cała stawka za roboczodzień zaoferowana przez Konsorcjum Comarch była przeznaczona na wynagrodzenie tego pracownika.

Izba wskazuje, że każdy z wykonawców tj. Konsorcjum Comarch oraz Odwołujący wykazując swoje stanowiska w pismach procesowych przedstawionych na rozprawie jak również w argumentacji przedstawionej do protokołu powoływali informację i dane mające na celu z jednej strony wykazanie przez Odwołującego nierealności kwoty jaką zaoferował Konsorcjum Comarch za roboczodzień z drugiej strony Konsorcjum Comarch wykazywał realność zaoferowanej stawki za roboczodzień. Izba zaznacza w tym miejscu, że Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie powołał się na porównanie zarówno zaoferowanych kwot za punkt funkcyjny jak również za roboczodzień w ofercie Konsorcjum Comarch złożonej w tym postępowaniu jak również w zawartej wcześniej umowie. Z porównania tego wynika, że obecnie stawki zaoferowane przez Konsorcjum Comarch (punkt funkcyjny – 800 zł netto; roboczodzień 699 zł netto), są niższe niż te, które wykonawca ten oferował w poprzednim postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego (punkt funkcyjny – 1090 zł netto; roboczodzień 1200 zł netto), którego przedmiotem było utrzymanie i rozwój systemu informatycznego, w którym to też postępowaniu Zamawiający określił inny sposób wyceny poszczególnych elementów. Zaznaczyć należy, że na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że koszty ponoszone w ramach realizacji zamówień wykonawczych, które będą realizowane w wyniku realizacji umowy ramowej, będą ponoszone właśnie w kosztach punktu funkcyjnego i kosztach roboczodnia. Dodać w tym miejscu należy, że zgodnie z informacją zawartą w dowodzie nr 8 (Raport roczny SA-R 2014 Comarch S.A.) wzrost wynagrodzeń w spółce pomiędzy rokiem 2013 a 2014 wyniósł średnio 5 %.

Wykonawca HP wskazywał, że posiada doświadczenie w realizacji usług na rzecz Zamawiającego i niewątpliwie stanowi to istotny argument przy wycenie usług, jednakże Izba zaznacza, że zgodnie z oświadczeniami jakie zostały złożone w trakcie rozprawy, każdy z pięciu wykonawców, bądź konsorcjantów posiada doświadczenie w realizacji usług na rzecz Zamawiającego. Tym samym staje się to elementem, który mając znaczenie przy wycenie

usług na rzecz Zamawiającego uwzględniany jest w stosunku również do innych niż Hp wykonawców.

W ocenie Izby również nie bez znaczenia pozostaje arytmetyczna przesłanka oceny ofert, która również była podnoszona przez Konsorcjum AMG (odwołanie sygn. akt KIO 1156/15) a na którą powołał się w argumentacji zawartej w piśmie Odwołujący, wskazując, że cena oferty HP odbiega od średniej arytmetycznej o 51 % natomiast cena Konsorcjum Comarch odbiega od średniej arytmetycznej o 39%.

Odwołujący nie wykazał natomiast podstaw do wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny przez Konsorcjum AMG, bowiem zarzut był oparty na korzystaniu przez tego wykonawcę z innego środowiska niż przekazane przez Zamawiającego – jednakże zarzut ten nie potwierdził się, co powoduje, że nie znajduje uzasadnienia zarzut naruszenia wskazanych na wstępie przepisów ustawy.

W zakresie tego zarzutu Izba w całości podtrzymuje argumentację zawartą w zwarzeniach Izby w punkcie IV uzasadnienia wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Podpisano:

