

**Sygn. akt: KIO 2875/15**

**WYROK**  
**z dnia 21 stycznia 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2015 r. przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach

przy udziale wykonawcy Partners in Progress Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Partners in Progress Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce z postępowania jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym „integracji z systemem ZSI Egeria” oraz jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny ofert.

**2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach na rzecz wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę oprogramowania wraz z niezbędnym sprzętem serwerowym oraz usługę wdrożenia i asysty technicznej na system zarządzania procesami dydaktycznymi dla Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 149-275145 w dniu 5 sierpnia 2015 roku.

31 grudnia 2015 roku Odwołujący działając oparciu o przepis art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164; dalej: ustawa lun Pzp) wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty Partners in Progress Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka (dalej „PiP”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a PiP powinno zostać wykluczone jak i oferta PiP powinna zostać odrzucona;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, iż treść oferty PiP nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wykluczenia PiP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, pomimo iż oferta PiP zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy, pomimo iż PiP w złożonym na wezwanie Zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
6. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu pisma złożonego przez PiP w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo że informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i PiP nie wykazał, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
7. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
8. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia PiP na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na to, iż PiP nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
9. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu;

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP, pomimo iż treść oferty PiP nie odpowiada treści SIWZ;
3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PiP z

- przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP, pomimo iż oferta PiP zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
  5. przepisu art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP, pomimo iż PiP w złożonym na wezwanie Zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
  6. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu pisma złożonego przez PiP w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo że informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i PiP nie wykazał, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
  7. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
  8. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania pomimo, iż PiP nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowania;
  9. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w z w. z art. 91 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez PiP jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy PiP powinno zostać wykluczone jak i oferta PiP powinna zostać odrzucona, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert

- w przedmiotowym postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty PiP jako oferty najkorzystniejszej;
  3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na to, iż treść oferty PiP nie odpowiada treści SIWZ;
  4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
  5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PiP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy;
  6. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PiP na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy;
  7. nakazanie Zamawiającemu, aby odtajnił (ujawnił) pismo złożone przez PiP w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny; a także nakazanie Zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. pisma oraz udostępnił Odwołującemu ww. pismo;
  8. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PiP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy;
  9. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia PiP na podstawie przepisu art, 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z uwagi na to iż, PiP nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowania;
  10. nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w dniu 21 grudnia 2015 r. Odwołujący otrzymał e-mailem od Zamawiającego pismo informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach oceny i badania ofert. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty PiP jako oferty najkorzystniejszej. Z pisma wynika, iż w świetle kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu.

Po zapoznaniu się z powyższym pismem Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy Ustawy, ponieważ: PiP powinien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na to iż, PiP nie wykazało spełnienia warunków udziału w

postępowania; PiP powinien zostać również wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; oferta PiP powinna zostać odrzucona na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy. Zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu pisma złożonego przez PiP w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny tj. tej części pisma (z dnia 20.11.2015 r.) złożonego przez PiP u Zamawiającego w dniu 23 listopada 2015 roku, która dotyczy wezwania Zamawiającego w sprawie wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający odmówił Odwołującemu udostępniania do wglądu takiego dokumentu z uwagi na zastrzeżenie ich przez PiP jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Odwołujący wniósł odwołanie.

Odwołujący wskazał, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy i domagania się odrzucenia oferty PiP jak i wykluczenia PiP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza – pomimo, iż jest taką ofertą. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może więc osiągnąć korzyści (zysku), które Odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

I.

Zaniechanie odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy pomimo iż treść oferty PiP nie odpowiada treści SIWZ - w zakresie wymagań dotyczących gwarancji na serwery. Zaniechanie wykluczenia PiP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy - informacje w zakresie wymagań dotyczących gwarancji na serwery.

W załączniku nr 3 do SIWZ („Specyfikacja techniczna ...”) Zamawiający postawił wymagania dotyczące wymaganego sprzętu będącego przedmiotem zamówienia: „Serwer 1” i „Serwer 2” - w tym wymaganie 21 (str. 51 i 53) gwarancji: „36 miesięcy (gwarancja obejmuje trzy lata gwarancji na części, trzy lata na robociznę oraz trzy lata świadczenia usług wsparcia

technicznego w miejscu instalacji urządzenia, realizowana całodobowo 7 dni w tygodniu z czasem naprawy do 6 godzin od zgłoszenia, świadczona przez producenta urządzenia lub autoryzowany serwis producenta urządzenia). Do załączenia do oferty Zamawiający wymagał zgodnie z rozdz. VII ust. 8 (pkt 1, pkt 2 i pkt 4) oraz rozdz. XII ust. 2, ust. 3 i ust. 10): wypełnioną Specyfikację asortymentowo-cenową, wg załącznika nr 2 do SIWZ, wypełnioną Specyfikację techniczną, wg załącznika nr 3 do SIWZ, oraz wypełnione Oświadczenie gwarancyjne (Sprzęt), wg wzoru z załącznika nr 10

W swojej ofercie PiP przedstawiło: wypełnioną Specyfikację asortymentowo-cenową, w której znajduje się oświadczenie o oferowaniu serwerów o wymaganych w zał. 3 do SIWZ parametrach; wypełnioną Specyfikację techniczną wg załącznika nr 3 do SIWZ (str. 75- 79) gdzie oferowane są serwery firmy Dell - PowerEdge R630, a odnośnie wymagania 21 (gwarancja) w kolumnie opis oferowanych parametrów nie znajduje się oświadczenie o spełnieniu, lecz znajduje się wskazanie następującego produktu/usługi: *3Yr ProSupport and 4hr Mission Critical 3Yr Data Protection - Keep Your Hard Drive*; wypełnione Oświadczenie gwarancyjne (Sprzęt), wg wzoru z załącznika nr 10 (str. 95) gdzie jako termin realizacji naprawy podano termin wymagany w SIWZ, jednocześnie wskazując jako „dane dotyczące serwisu do napraw gwarancyjnych” Producent/Autoryzowany Serwis” firmę Dell Polska Sp. z o.o.”

Wbrew oświadczeniom PiP, oferowana przez PiP jako „gwarancja” usługa firmy Dell: *3Yr ProSupport and 4hr Mission Critical 3Yr Data Protection - Keep Your Hard Drive* - nie odpowiada wymaganiom SIWZ, ponieważ ta oferowana usługa zapewnia jedynie 4-godzinny czas reakcji, a nie 6-godzinny czas naprawy. Taki wymagany przez Zamawiającego czas naprawy w ogóle nie jest oferowany przez firmę Dell, nie jest ani zapewniany ani gwarantowany. Zamawiający naruszył więc przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP, pomimo iż treść oferty PiP nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto Zamawiający naruszył również przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wbrew oświadczeniom PiP, oferowana „gwarancja” nie odpowiada wymaganiom SIWZ.

II.

Zaniechanie odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pomimo iż treść oferty PiP nie odpowiada treści SIWZ - w zakresie wymagań dotyczących „integracji



z systemem ZSI Egeria". Zaniechanie wykluczenia PiP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - informacje w zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria”.

Złożona przez PiP w przedmiotowym postępowaniu oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria”. PiP powinna zostać również wykluczona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, ze względu na złożone przez PiP nieprawdziwe informacje w zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria”. Przez wymagania dotyczące „integracji z systemem ZSI Egeria” Odwołujący rozumie w szczególności następujące wymagania związane z posiadaniem przez Zamawiającego oprogramowaniem finansowo-księgowym i kadrowo-płacowym (ZSI Egeria firmy Comarch S.A.):

- wymagania postawione w załączniku nr 3 do SIWZ („Specyfikacja techniczna ...”) - w szczególności wymagania określone w poz. 25 (Obsługa toku studiów część 2), poz. 106 (Obsługa toku studiów część 83), poz. 208 (Operacje finansowo-księgowe, część 4), poz. 217 (Operacje finansowo-księgowe, część 13), poz. 219 (Operacje finansowo-księgowe, część 15), poz. 220 (Operacje finansowo-księgowe, część 16), poz. 221 (Operacje finansowo-księgowe, część 17), poz. 338 (Rozliczanie Pensum, część 1), poz. 339 (Rozliczanie Pensum, część 2), poz. 435 (Wymogi w zakresie zgodności Systemu z innymi systemami informatycznymi) - chodzi w szczególności o wymagania dotyczące zapewniania wymiany/przepływu/gromadzenia danych, współdziałania systemów oraz korzystania przez oferowany System z określonych mechanizmów/rozwiązań systemu Egeria;

- wymagania z załącznika do SIWZ „Integracja” (Załącznik rzp08515\_integracja.pdf - zatytułowane w treści tego załącznika jako „Interfejsy z systemami zewnętrznymi”) - gdzie Zamawiający wprost określił zadania integracji na potrzeby elektronicznego rozliczania pensum, w szczególności *„obliczenie „Pensum”i wypłaty wynagrodzeń za godziny ponadwymiarowych wymaga systematycznego pobierania danych z funkcjonującego u Zamawiającego systemu klasy ERP firmy Comarch, nwanego dalej ZSI Egeria”, „z systemu Dziekanatowego do ZSI Egeria muszą być przekazywane informacje na temat liczby godzin zrealizowanych....,w celu jednoznacznego ustalenia początku i końca roku akademickiego, w aplikacji służącej do uruchomienia wymiany danych do ZSI Egeria musi zostać wprowadzony stosowny interfejs użytkownika umożliwiający wybranie roku akademickiego ”, „ Wykonawca zleci firmie Comarch wykonanie prac finalizujących proces wypłaty wynagrodzenia za godziny ponadwymiarowo zgodnie z opisem...”;*

- wymagania załącznika nr 11 do SIWZ - wzór umowy - CZĘŚĆ III („DOSTAWA I WDROŻENIE SYSTEMU”) §2 *Wdrożenie obejmuje następujące etapy prac: (...) 4)*

*Dostosowanie Systemu obejmujące: integrację Systemu z Oprogramowaniem (wskazane systemy informatyczne i programy komputerowe, których funkcje nie zostaną zastąpione przez System, w tym: ZSI Egeria firmy Comarch S.A. (w zakresie obsługi pensum oraz kosztów kształcenia); OptiCampPerso firmy Opteam (w zakresie obsługi legitymacji elektronicznej); System POLon (w zakresie wymaganej przepisami prawa sprawozdawczości); elektroniczna skrzynka podawcza ePuap (w zakresie wymiany korespondencji i obsługi procesu rekrutacyjnego)). Wykonawca przeprowadzi integrację Systemu z Oprogramowaniem z wykorzystaniem dokumentacji oraz web serwisów udostępnianych przez producentów oprogramowania, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ; przy czym wszelkie koszty z tym związane są wyłącznie po stronie wykonawcy Część V §1 ust. 5 wzoru umowy.*

Zamawiający posiada licencje na korzystanie z oprogramowania ZSI Egeria, które zostały udzielone na podstawie umów zawartych pomiędzy Zamawiającym a firmą Comarch S.A. Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych, a posiadane licencje nie umożliwiają ingerencji w oprogramowanie. Taka ingerencja, modyfikacja czy powierzenie firmie trzeciej jest zabroniona. Bez zgody producenta tj. firmy Comarch S.A. nie jest możliwa integracja oprogramowania ZSI Egeria z aplikacjami innych podmiotów. Firma Comarch S.A. posiada wyłączne autorskie prawa majątkowe i integracja nie jest możliwa bez jej zgody/udziału/prac Comarch S.A.. Jednocześnie zwrócić należy uwagę na pismo Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2015 r. (jeszcze przed wszczęciem przedmiotowego postępowania) skierowane do firmy Comarch S.A. o wyrażenie opinii w zakresie możliwości technicznych integracji systemu ZSI Egeria z aplikacjami innych producentów oraz o wskazanie wytycznych dla aplikacji firm trzecich (aby możliwa była integracja) i ewentualnej procedury, zgodnie z którą byłoby możliwe udostępnienie przez Comarch S.A. struktury bazy danych ZSI Egeria na potrzeby integracji. W odpowiedzi z dnia 14 lipca 2015 r. firma Comarch S.A. odpowiedziała Zamawiającemu, iż sposób integracji oraz związane z tym koszty zostaną ustalone po szczegółowej analizie potrzeb, a firma Comarch S.A. jest gotowa do przedstawienia oferty każdemu wykonawcy, który zwróci się z prośbą o wycenę integracji systemu Egeria z aplikacjami innych producentów.

W swojej ofercie firma PiP przedstawiła: - formularz oferty gdzie znajduje się oświadczenie o zgodności oferty z warunkami i treścią SIWZ oraz o akceptacji wzoru umowy; - wypełnioną Specyfikację asortymentowo-cenową, w której znajduje się oświadczenie o oferowaniu systemu o wymaganych w zał. 3 do SIWZ parametrach; - wypełnioną Specyfikację

techniczną wg załącznika nr 3 do SIWZ (str. 75- 79) gdzie znajdują się oświadczenia o spełnianiu wymagań, w tym w szczególności wymagań określonych w poz. 25 (Obsługa toku studiów część 2) - oświadczenie PiP „*system posiada odpowiednie narzędzia, realizacja funkcjonalności jest możliwa na etapie wdrożenia*”, poz. 106 (Obsługa toku studiów część 83) - oświadczenie PiP „*Tak, spełnione, synchronizacja bazy realizowana na etapie wdrożenia*”, poz. 208 (Operacje finansowo-księgowe, część 4) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione*”, poz. 217 (Operacje finansowo-księgowe, część 13) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione. Realizacja na etapie wdrożenia*”, poz. 219 (Operacje finansowo-księgowe, część 15) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione. Realizacja na etapie wdrożenia*”, poz. 220 (Operacje finansowo-księgowe, część 16) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione. Realizacja na etapie wdrożenia*”, poz. 221 (Operacje finansowo-księgowe, część 17) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione. Realizacja na etapie wdrożenia*”, poz. 338 (Rozliczanie Pensum, część 1) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione. Realizacja na etapie wdrożenia*”, poz. 339 (Rozliczanie Pensum, część 2) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione. Realizacja na etapie wdrożenia*”, poz. 435 (Wymogi w zakresie zgodności Systemu z innymi systemami informatycznymi) oświadczenie PiP „*Tak, spełnione.*”; wypełnione Oświadczenie wg wzoru z załącznika nr 9 o prawie do dysponowania oprogramowaniem Zintegrowany System Zarządzania Procesami Dydaktycznymi w zakresie sprzedaży, kopiowania, sprzedaży licencji.

W trakcie postępowania Zamawiający zwracał się do firmy PiP o udzielenie wyjaśnień w sprawie ceny oferty - pismem z dnia 20.11.2015 r. (złożonym przez PiP u Zamawiającego w dniu 23 listopada 2015 roku) firma PiP takie wyjaśnienia złożyła. Dodatkowo jednak Zamawiający pismem z dnia 30.11.2015 zwrócił się „uzupełniająco” do PiP o wyjaśnienia czy w kalkulacji ceny uwzględnione zostały koszty związane z koniecznością integracji oferowanego Systemu z oprogramowaniem wskazanym w SIWZ (w tym ZSI Egeria). Pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. PiP oświadczyło o uwzględnieniu takich kosztów, powołując się przy tym na wykonane już uprzednio integracje (ale z innymi systemami aniżeli system ZSI Egeria firmy Comarch S.A.). W rzeczywistości firma PiP nie zwracała się o ofertę do firmy Comarch S.A, o wycenę integracji między systemem ZSI Egeria jak i sama też takiej oferty od Comarch S.A. nie otrzymała. Firma PiP nie mogła więc uwzględnić w cenie swojej oferty jakichkolwiek kosztów wymaganej integracji, nie mając nawet wiedzy na temat tych kosztów (nie mówiąc już o tym, że nie jest możliwe zaoferowanie czegoś do czego nie ma się uprawnień). Gdyby firma PiP faktycznie taką integrację oferowała, to musiałaby mieć uprzednią ofertę od firmy Comarch S.A. (tak jak to nastąpiło w przypadku Odwołującego - firmy Comarch Polska S.A.). Ponadto należy stwierdzić, iż gdyby firma PiP faktycznie taką

integrację oferowała, to cena oferty PiP nie byłaby ofertą z ceną niższą aniżeli oferta Odwołującego - różnica w cenach wynika wg wiedzy Odwołującego właśnie m.in. z nieuwzględnienia kosztów integracji przez PiP.

W formularzu oferty - PiP nie wskazało jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia jaką miałyby powierzyć do realizacji podwykonawcom. W związku z czym należy stwierdzić, iż PiP zamierza zrealizować wdrożenie samodzielnie co dodatkowo wskazuje że integracja w ogóle nie jest oferowana przez PiP. Należy więc stwierdzić, że firma PiP nie będzie w stanie spełnić wymagań SIWZ lub będzie usiłować je spełnić naruszając prawa autorskie Comarch S.A. Jakakolwiek ingerencja w te oprogramowanie dokonana przez PiP będzie musiała być uznana za dokonaną przez podmiot nieupoważniony co spowoduje naruszenie praw autorskich przysługujących producentowi. Przy czym należy zauważyć, że firma PiP nie ma żadnej wiedzy na temat oprogramowania ZSI Egeria i nawet naruszając prawa autorskie realizacja integracji technicznie nie byłaby możliwa bez udziału Comarch S.A. w tym udostępnienia dokumentacji oraz web serwisów. Przy czym należy mieć na uwadze, że naruszenie praw autorskich nie jest dozwolonym sposobem na spełnienie wymagań SIWZ, na co przykładowo wskazuje Zamawiający w SIWZ i wzorze umowy, wymagając oświadczenia o prawie do dysponowaniu oprogramowaniem czy pisząc we wzorze umowy o przeprowadzeniu integracji Systemu z Oprogramowaniem z wykorzystaniem dokumentacji oraz web serwisów udostępnianych przez producentów oprogramowania. To po stronie Wykonawcy jest, aby zwrócić się do producentów o zgodę/prace/materiały umożliwiające wykonanie integracji.

W załączniku do SIWZ „Integracja” (Załącznik rzp08515\_integracja.pdf - zatytułowane w treści tego załącznika jako „Interfejsy z systemami zewnętrznymi”) - Zamawiający wprost postawił wymaganie, aby „ *Wykonawca zleci firmie Comarch wykonanie prac finalizujących proces wypłaty wynagrodzenia za godziny ponadwymiarowo zgodnie z opisem ...* ” Wyraźnie jest więc mowa, że Zamawiający wymagał zlecenia realizacji prac firmie Comarch przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia, a firma PiP faktycznie jednak w ogóle nie oferuje jak i nie wyceniła (nie uwzględniła w cenie swojej oferty) takich prac Comarch S.A.

W konsekwencji należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP pomimo iż treść oferty PiP nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający naruszył również przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Chodzi o wyżej wskazane nieprawdziwe oświadczenia

zawarte w ofercie PiP jak i wyjaśnieniach składanych pismem z dnia 1 grudnia 2015 r.

III.

Zaniechania odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy. Zaniechania wykluczenia PiP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołującego wskazał, że według wiedzy jaką posiadał Zamawiający zwrócił się do PiP na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający otrzymał od PiP „wyjaśnienia”, których treść nie została Odwołującemu udostępniona i Odwołujący nie otrzymał do nich wglądu. Chodzi o tę część pisma (z dnia 20.11.2015 r.) złożonego przez PiP u Zamawiającego w dniu 23 listopada 2015 roku, która dotyczy wezwania Zamawiającego w sprawie wyjaśnienia ceny oferty. Zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu tego pisma PiP jest przedmiotem odrębnego zarzutu odwołania. Niemniej jednak należy stwierdzić, iż oferta PiP zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jak i na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Odwołujący wnosi przy tym o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z udzielonych przez PiP „wyjaśnień” (pisma będącego odpowiedzią na wezwanie, wraz ze wszystkimi ewentualnymi załącznikami) na okoliczność, iż: w złożonym na wezwanie Zamawiającego piśmie PiP nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosi, iż PiP w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w rzeczywistości nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (z treści udzielonych wyjaśnień nie wynikają żadne istotne okoliczności dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na cenę oferty). Przede wszystkim należy zwrócić uwagę (tak jak już wyżej w niniejszej odwołaniu), iż Zamawiający pismem z dnia 30.11.2015 zwrócił się „uzupełniająco” do PiP o wyjaśnienia czy w kalkulacji ceny uwzględnione zostały koszty związane z koniecznością integracji oferowanego Systemu z oprogramowaniem wskazanym w SIWZ (w tym ZSI Egeria). Pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. PiP oświadczyło o uwzględnieniu takich kosztów, powołując się przy tym na wykonane już uprzednio integracje (ale z innymi systemami aniżeli system Comarch S.A.).

„Uzupełniająco” zwrócenie się o wyjaśnienia należy uznać za niedopuszczalną próbę

negocjacji treści uprzednio złożonych „wyjaśnień” - wskazuje to również na fakt, że uprzednio złożone „wyjaśnienia” były niekompletne, nie uwzględniały wszystkich kosztów oferty i oferta PiP powinna zostać już na ich podstawie (bez „uzupełniającego” wezwania i „uzupełniających” wyjaśnień w rezultacie odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy. Przy czym nawet biorąc pod uwagę te „uzupełniające” wyjaśnienia należy stwierdzić, iż firma PiP faktycznie nie uwzględniał kosztów integracji (tak jak wskazano wyżej w niniejszym odwołaniu) a gdyby faktycznie integrację oferowała, to cena oferty PiP nie byłaby ofertą z ceną niższą aniżeli oferta Odwołującego - różnica w cenach wynika wg wiedzy Odwołującego właśnie m.in. z nieuwzględnienia kosztów integracji przez PiP. Nie istnieją jakiegokolwiek szczególne okoliczności dostępne dla PiP uzasadniające cenę ofertową zaoferowaną przez PiP, w tym cenę za roboczodniówkę na poziomie oferowanym przez PiP. Należy zwrócić uwagę na porównanie wszystkich trzech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu:

- Partners in Progress: cena oferty 1353 000,00 zł (czas wdrożenia 10 m-cy, usuwanie błędów niekrytycznych 2 dni, cena roboczodniówki prac dodatkowych 499,38 zł),
- Comarch Polska: 1 619 585,22 (czas wdrożenia 18 m-cy, usuwanie błędów niekrytycznych 30 dni, cena roboczodniówki prac dodatkowych 1722 zł),
- Simple: 1 624 415,04 (czas wdrożenia 17 m-cy, usuwanie błędów niekrytycznych 30 dni, cena roboczodnia prac dodatkowych 1476 zł).

Złożone przez PiP „wyjaśnienia” w sprawie tej ceny są po prostu nierzetelne. PiP w żaden sposób nie udowodnił, że istnieją okoliczności uzasadniające taką kalkulację ceny, gdyż nie wykazał, że posiada jakieś specjalne uwarunkowania niedostępne dla innych wykonawców. PiP oferuje krótszy termin wdrożenia aż o 40-45% czasu względem ofert konkurencyjnych, w tym maksymalnego czasu określonego przez Zamawiającego oraz krótszy czas naprawy błędów aż o 94% względem ofert konkurencyjnych, a cena oferty i cena roboczodniówki jest rażąco niższa od cen pozostałych wykonawców. Przy takim czasie wdrożenia oraz czasie naprawy cena powinna być faktycznie wyższa. Ponadto należy zwrócić uwagę na nierealność oferowanych parametrów w zakresie czasu naprawy - sam Zamawiający określił czas na rozwiązania zastępcze w 5 dni dla błędów innych niż krytyczne.

Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP pomimo, iż oferta PiP zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający naruszył również przepis art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP, pomimo iż PiP w złożonym na wezwanie Zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone

informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający naruszył również przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. PiP w złożonych przez siebie „wyjaśnieniach” musiało bowiem niezgodnie z prawdą zapewniać o rzetelności i prawidłowości swoich cen.

Cena oferty PiP jest niekompletna, nie uwzględnia wszystkich kosztów oferty, w tym kosztów integracji (jak wskazano wyżej). W ocenie Odwołującego również nie uwzględnione są takie koszty realizacji usług jak koszty dojazdów do Zamawiającego, koszty zdalnego dostępu, koszty zapewnienia środowiska testowego (na potrzeby usuwania błędów), koszty zarządzania projektem, koszty administracyjno-biurowe, koszty zapewnienia i obsługi miejsca pracy dla osób, które będą realizować przedmiotowe zamówienie, koszty lokalizacji obejmujące rozliczenie całości kosztów związanych z obsługą lokalizacji, w której pracownik ma swoje stanowisko pracy (w tym media, sprzątnięcie, ochronę, wynajem, podatek od nieruchomości), koszty amortyzacji środków trwałych związanych z zapewnieniem i obsługą miejsca pracy (jak np. notebooki, inne składniki majątku trwałego związane z miejscem pracy) oraz materiały biurowe i eksploatacyjne nie podlegające amortyzacji, zaliczane bezpośrednio do kosztów zużycia materiałów.

#### IV.

#### Zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu pisma złożonego przez PiP w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu pisma PiP stanowiącego odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, powołując się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i uzasadnienie takiej tajemnicy. Chodzi o tę część pisma (z dnia 20.11.2015 r.) złożonego przez PiP u Zamawiającego w dniu 23 listopada 2015 roku, która dotyczy wezwania Zamawiającego w sprawie wyjaśnienia ceny oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy, ponieważ informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i PiP nie wykazał, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty

lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 ustawy ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.



W ocenie Odwołującego dokonane przez PiP zastrzeżenie ww. pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji, brak wykazania przez PiP spełnienia wszystkich przesłanek, o których mówi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł przy tym o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z przedłożonego przez PiP pisma (odpowieź na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy) na okoliczność, iż: informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i PiP nie wykazał, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie ciężaru dowodu w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 2079/10, Krakowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *„Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.”*

V.

Zaniechanie odrzucenia oferty PiP na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W SIWZ w rozdziale XVI Zamawiający określił „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający postawił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) „A ” cena brutto oferty: -650 waga
- 2) „B” ocena systemu podczas prezentacji - 200 waga
- 3) „ C” czas na usuwanie błędów niekrytycznych (>60 dni kalendarzowych)  
-50 waga

4) „ D ” czas wdrożenia - 50 waga

5) „E” cena brutto roboczogodziny - 25 waga

6) „F” cena brutto roboczodniówki - 25 waga

Zamawiający postanowił, że wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w niniejszej SIWZ, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, tj. tę ofertę, która w wyniku przeprowadzonej oceny uzyska najwyższą liczbę punktów, wyliczoną jako suma punktów uzyskanych za kryterium:  $A+B+C+D+E+F$ .

Odwołujący wskazał, że należy zwrócić uwagę na porównanie wszystkich trzech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu:

1. Partners in Progress: cena oferty 1 353 000,00 zł (czas wdrożenia 10 m-cy, usuwanie błędów niekrytycznych 2 dni, cena roboczodniówki prac dodatkowych 499,38 zł)
2. Comarch Polska: 1 619 585,22 (czas wdrożenia 18 m-cy, usuwanie błędów niekrytycznych 30 dni, cena roboczodniówki prac dodatkowych 1722 zł)
3. Simple: 1 624 415,04 (czas wdrożenia 17 m-cy, usuwanie błędów niekrytycznych 30 dni, cena roboczodnia prac dodatkowych 1476 zł)

Złożenie przez PiP oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 jak i art. 15 ust. 1 pkt 1). Zgodnie z art. 3 ust. 1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „*czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*”. Zgodnie natomiast z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „*czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*” Podane przez PiP: czas wdrożenia 10 m-cy oraz usuwanie błędów niekrytycznych 2 dni - mają na celu jedynie wykorzystanie podkryteriów oceny ofert, uzyskanie w nich jak największej ilości punktów i wyeliminowanie innych wykonawców. PiP oferuje krótszy termin wdrożenia oraz krótszy czas naprawy błędów aniżeli pozostali wykonawcy, a cena oferty i cena roboczodniówki jest rażąco niższa od cen pozostałych wykonawców. Przy takim czasie wdrożenia oraz czasie naprawy cena powinna być faktycznie wyższa. Ponadto należy zwrócić uwagę na nierealność oferowanych

parametrów w zakresie czasu naprawy - sam Zamawiający określił czas na rozwiązania zastępcze w 5 dni dla błędów innych niż krytyczne. Jedynym uzasadnieniem oferowaniem takich czasów jest złożenie przez PiP oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Za wyrokiem KIO 2814/11, KIO 2819/11: *Jakie działanie objęte jest dyspozycją normy prawnej wynikającej z dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi także samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r. sygn. akt: III OKN 271/01, przywoływane tak przez Zamawiającego, jak i Odwołującego). Dobre obyczaje, na które wskazuje się w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które stanowi pewnego rodzaju niestaranność przedsiębiorcy w jego zawodowej działalności, które może prowadzić do zniekształcenia prowadzonych, określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. ”*

Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenie oferty PiP, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

VI.

Zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy.

W rozdz. VI ust. 1 pkt 3) Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu wraz z określeniem sposobu jego wykazania:

3) *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;*

*W celu oceny spełniania tego warunku, Zamawiający żąda złożenia Wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Wykonawca potwierdzi spełnienie tego warunku, jeżeli Wykaz osób będzie zawierał potwierdzone dysponowanie:*

*- 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Projektu, która posiada certyfikat kierownika projektu metodyki zarządzania projektami,*

- 5 osobami przewidzianymi do pełnienia funkcji konsultantów, które posiadają co najmniej 12 miesięczne doświadczenie we wdrożeniach systemu wspomagającego zarządzanie procesami dydaktycznymi, z których przynajmniej jedna posiada certyfikat metodyki zarządzania projektami zgodny z certyfikatem osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika projektu.

W swojej ofercie PiP przedłożyło na str. 85 „wykaz osób”, w którym wskazano jedną osobę do pełnienia funkcji kierownika projektu („Kierownik projektu” – M. D.) oraz 5 osób do pełnienia funkcji konsultanta w tym jedną z certyfikatem metodyki zarządzania projektami zgodnym z certyfikatem osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika projektu („Konsultant 1” – Ł. N. ). Jako „podstawa dysponowania osobą” w „Wykazie osób” wskazano przy tych osobach („Kierownik projektu” oraz „Konsultant 1” tj. konsultant z certyfikatem metodyki zarządzania projektami zgodnym z certyfikatem osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika projektu) - „Oświadczenie”, które PiP przedłożyło w ofercie w formie kopii potwierdzonej za zgodność (str. 90 -dot. Kierownika projektu i str. 91 - dot. Konsultanta 1). W „Oświadczeniach” tych mowa jest o tym, że osoba je podpisująca (odpowiednio M. D. oraz Ł. N.) oświadcza, iż „w przypadku podpisania przez firmę Partners in Progress sp. z o. o. umowy na ... [na przedmiotowe zamówienie] zobowiązuję się do realizacji na rzecz firmy Partners in Progress sp. z o. o. zadań wynikających z tej umowy. Pismem z dnia 20.11.2015 r. (złożonym w dniu 23.11.2015 r.) PiP na wezwanie Zamawiającego uzupełniło oryginały tych „oświadczeń”.

Wskazane jako „podstawy dysponowania osobą” - „oświadczenia” nie stanowią wykazania spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego. Przedłożonych przez PiP „oświadczeń” nie można uznać za „podstawy dysponowania osobami”, ponieważ: nie wykazują istnienia stosunku prawnego pomiędzy PiP a osobami), które je podpisały - są to jednostronne oświadczenia podpisane przez te osoby; nie wykazują charakteru prawnego takiego stosunku, w szczególności nie wiadomo czy mamy tutaj do czynienia z umową o dzieło, umową o świadczenie usług czy umową przedwstępną (a jeśli umową przedwstępną to o jakiej umowie przyrzeczonej); nie wiadomo czym miałyby być *zadania wynikające z umowy* ” podpisanej przez PiP na przedmiotowe zamówienie - tj. nie wiadomo czy miałyby chodzić o zadania osoby pełniącej daną funkcję czy o jakieś inne zadania.

W formularzu oferty - PiP nie wskazało jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia jaką miałyby powierzyć do realizacji podwykonawcom. W związku z czym skoro osoby „Kierownika projektu” i „Konsultanta 1” nie są pracownikami PiP należy stwierdzić, że zostały one wskazane tylko w celu wykazania spełnienia warunku a nie faktycznym zamiarze

powierzenia tym osobom realizacji zadań „Kierownika projektu” i „Konsultanta”. Zamawiający naruszył przepis art. 24 list. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania pomimo, iż PiP nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego nie ma podstaw do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Jedynie z ostrożności - Odwołujący: zarzuca również naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania PiP do uzupełnienia wykazu osób o „nowe” spełniające wymagania osoby „Kierownika projektu” oraz „Konsultanta 1” tj. konsultanta z certyfikatem metodyki zarządzania projektami zgodnym z certyfikatem osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika projektu i wnosi o nakazanie Zamawiającemu wezwania PiP do uzupełnienia wykazu osób o „nowe” spełniające wymagania osoby „Kierownika projektu” oraz „Konsultanta 1” tj. konsultanta z certyfikatem metodyki zarządzania projektami zgodnym z certyfikatem osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika projektu.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem wniesionego w dniu 31 grudnia 2015 roku odwołania; Izba ustaliła, że została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Partners in Progress Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej,*

na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 4 stycznia 2016 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 7 stycznia 2016 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że 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.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu oraz stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* z dnia 14 stycznia 2016 roku;

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego:

- dowód nr 1 (tj. 10 kart) wydruk ze strony internetowej firmy DELL (sklep internetowy firmy DELL),
- dowód nr 2 (tj. 12 kart) wydruk ze strony internetowej firmy DELL zawierający charakterystykę warunków świadczenia usług przez firmę DELL,
- dowód nr 3:
  - (tj. 18 kart) wyciąg umowy zawartej w dniu 30.03.2007 r. w Katowicach pomiędzy Comarch S.A. a Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach,
  - (tj. 4 karty) wyciąg z aneksu nr 2 do ww. umowy,

- (tj. 6 kart) wyciąg umowy licencyjnej zawartej w dniu 05.05.2008 r. w Katowicach pomiędzy Comarch S.A. a Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach,
  - (tj. 5 kart) wyciąg umowy zawartej z dnia 07.11.2013 r. pomiędzy Comarch S.A. a Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach,
  - (tj. 5 kart) wyciąg umowy zawartej z 09.09.2015 r. pomiędzy Comarch S.A. a Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach,
- dowód nr 4 (tj. 2 karty) oświadczenie Comarch S.A. z dnia 14 stycznia 2016 roku, który jest producentem oprogramowania ZSI Egeria,
  - dowód 5 (tj. 1 karta) oferta handlową Comarch S.A. z dnia 25 września 2015 roku dla Comarch Polska S.A. w zakresie integracji z systemem ZSI Egeria na kwotę 295.200,00 zł brutto,
  - dowód nr 9 (tj. 22 karty) wydruk ze strony internetowej firmy DELL zawierający charakterystykę warunków świadczenia usług przez firmę DELL z 18 listopada 2015 roku.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- dowód nr 6 (tj. 2 karty) zawierający mapę Polski i mapę Katowic,
- dowód nr 7 (tj. 1 karta) schemat wykonany przez uczestnika, obrazujący opisaną w trakcie rozprawy procedurę integracji danych, która zamierza przeprowadzić uczestnik postępowania odwoławczego,
- dowód nr 8 (tj. 120 kart) umowa w dniu 30.03.2007 r. w Katowicach pomiędzy Comarch S.A. a Śląskim Uniwersytetem Medycznym w Katowicach.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła:

Izba wskazuje, że zgodnie z celem zawartym w ustawie Prawo zamówień publicznych Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po to, aby

udzielić zamówienia. Zamawiający winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia i w tym celu Zamawiający prowadzi weryfikację wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty. Weryfikacja wykonawców dokonywana przez Zamawiającego winna być zgodna z postanowieniami ustawy oraz dokonana w oparciu o postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w niej zawarte wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia.

**ad. I i II.**

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* przez zaniechanie odrzucenia oferty Partners in Progress Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce (dalej: PiP), pomimo iż treść oferty PiP nie odpowiada treści SIWZ:

- w zakresie wymagań dotyczących gwarancji na serwery (I) – Izba zarzutu nie uwzględniła,
- w zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria (II) – Izba zarzut uwzględniła,

oraz naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania* przez zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania:

w zakresie wymagań dotyczących gwarancji na serwery (I) i w zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria (II) – Izba zarzutów nie uwzględniła.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca



2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 lutego 2015 roku sygn. akt KIO 158/15). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni

jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W zakresie wymagań dotyczących gwarancji na serwery (I) zaznaczyć należy, że w złożonej ofercie wykonawca PiP w załączniku nr 10 do SWIZ oświadczył jednoznacznie, że naprawy w okresie gwarancji będą realizowane całodobowi 7 dni w tygodniu z maksymalnym czasem naprawy do 6 godzin od zgłoszenia, co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. PiP w załączniku nr 3 do SWIZ w punkcie 21 w kolumnie zawierające opis oferowanych parametrów wskazał *3Yr ProSupport and 4hr Mission Critical 3Yr Data Protection - Keep Your Hard Drive*. Odwołujący wskazywał, że usługa jaka została wymieniona w załączniku nr 3 do SWIZ nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, bowiem gwarantuje ona czas reakcji do 4 godzin ale nie zapewnia czasu naprawy do 6 godzin. Izba zaznacza, że w tym przypadku oba oświadczenia uzupełniają się wzajemnie i nie zachodzi między nimi żadna sprzeczność. Z oświadczenia złożonego w załączniku nr 3 nie wynika również, aby usługa jaka została tam podana nie obejmowała swoim zakresem realizacji naprawy w ciągu 6 godzin. Odwołujący argumentował, że czas naprawy nie jest oferowany przez firmę Dell i na okoliczność wykazania tego złożył (dowody nr 1, 2 i 9) wydruk ze strony internetowej firmy DELL (sklep internetowy firmy DELL), wydruk ze strony internetowej firmy DELL zawierający charakterystykę warunków świadczenia usług przez firmę DELL, wydruk ze strony internetowej firmy DELL zawierający charakterystykę warunków świadczenia usług przez firmę DELL z 18 listopada 2015 roku, które zostały złożone na okoliczność tego, że oferowana usługa nie spełnia wymagań Zamawiającego. Oceniając złożone dowody należy mieć na uwadze fakt, że są to dokumenty, które stanowią wydruki ze stron internetowych, nie zostały w żaden sposób podpisane przez wystawcę owych dokumentów i w zasadzie stanowią jedynie zbiór informacji jaki został zawarty na danej stronie internetowej. Zaznaczyć należy również, że przedstawione dokumenty skierowane są do potencjalnych odbiorców danych usług, stanowią wydruk informacji jakie zamieszczają producenci na swoich stronach internetowych. Informacje te mogą pełnić jedynie funkcję informacji ogólnych co powoduje, że nie ma podstaw do traktowania ich jako zindywidualizowanej oferty, a zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem przedstawione wydruki ze strony internetowej, w których nie ma skonkretyzowanej w zakresie danego przedsięwzięcia usługi nie stanowią dowodu na to, że nie istnieje dana usługa. Nie można pominąć również faktu rozbieżności nazewnictwa, które to rozbieżności powodują, że nie sposób odnieść podaną przez PiP nazwę w ofercie do konkretnych opisanych usług w prezentowanych dokumentach, co prowadzi również do wniosku, że warunki jakie zostały określone w prezentowanych

dokumentach mogą podlegać modyfikacji. Bardzo ogólny charakter złożonych dokumentów wskazuje również na możliwość ustalenia szczególnych sposobów realizacji usług, co wynika z faktu konieczności kontaktu z firmą w przypadku potrzeby uzyskania dodatkowych usług (pomocy). Ze złożonych dokumentów nie wynika, że usługa jaką zaoferował wykonawca PiP nie jest realizowana oraz nie wynika również, że nie ma możliwości realizacji usługi zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie. Oświadczenia złożone w załączniku nr 10 i wskazanie usługi w załączniku nr 3 nie wykluczają się i stanowią spójną całość. Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, że jedynie złożenie oświadczenia firmy Dell, z którego treści wynikałoby, że realizacja usługi na warunkach określonych w ofercie jest niemożliwa potwierdzałoby stanowisko Odwołującego. Odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty z treścią SWIZ w zakresie oferowanego przez PiP terminu realizacji naprawy w okresie gwarancji i w tym zakresie zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Izba uznała za niezasadny. Złożone przez wykonawcę „mapki” (dowód nr 6) są również wydrukami ze stron internetowych i stanowią informację o tym co zostało na danej stronie internetowej zamieszczone, jednakże nie wynika z tych dokumentów, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że wykonawca PiP zmienia tymi dokumentami oświadczenie złożone w ofercie. Wykonawca PiP wskazał, że firma Comp jest partnerem firmy Dell, jednakże nie wskazywał, że to firma Comp ma świadczyć usługę serwisowa a jedynie podał, że ma siedzibę niedaleko siedziby Zamawiającego.

W zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria (II) kluczowe znaczenie ma ustanowiony przez Zamawiającego w SWIZ, w załączniku nr 12 – Scenariusze A, B, C, ; Integracja; Regulamin prezentacji) w części „Interfejsy z systemami zewnętrznymi” wymóg: „Wykonawca zleci firmie Comarch wykonanie prac finalizujących proces wypłaty wynagrodzenia za godziny ponadwymiarowo zgodnie z opisem: (...)”. Zamawiający w ww. załączniku dokonał szczegółowej analizy, opisu zadania integracji na potrzeby elektronicznego rozliczenia pensum. Zamawiający wymagał, że na etapie prac wdrożeniowych wykonawca zdefiniuje interfejs (system wymiany informacji) z systemem ZSI Egeria na potrzeby elektronicznego rozliczenia pensum. Pensum do wyliczenia godzin ponadwymiarowych będzie przekazywane z systemu Dziekanatowego do ZSI Egeria, a wypłata godzin ponadwymiarowych będzie następowała w ZSI Egeria na listach dodatkowych. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonanie prac finalizujących proces wypłaty wynagrodzenia za godziny ponadwymiarowe, zgodnie z zawartym opisem, wykonawca zleci firmie Comarch.

Nie można uznać wskazanego w SIWZ sposobu realizacji zamówienia, jednoznacznie określonego przez Zamawiającego, za jedną z możliwości realizacji zamówienia, w sytuacji gdy w SIWZ Zamawiający nie odnosił się do fakultatywności rozwiązania. Dopiero w stanowisku prezentowanym w piśmie procesowym oraz na rozprawie Zamawiający wyjaśniał, że była to jedna z możliwości realizacji zamówienia jakie wprowadził, jednocześnie nie wskazując na postanowienia SIWZ, które potwierdzałyby jego argumentację i wskazywał na alternatywne możliwości realizacji zadania, czyli nie znajdują twierdzenia Zamawiającego odzwierciedlenia w postanowieniach SWIZ. Zamawiający na etapie oceny ofert nie jest uprawniony do dokonywania modyfikacji postanowień SWIZ w zakresie sposobu realizacji zamówienia. Postanowienia SWIZ określające zindywidualizowane wymagania Zamawiającego są wiążące dla stron postępowania, co oznacza, że wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia oferty zgodnej z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami, a Zamawiający zobowiązany został do dokonania oceny złożonych ofert w oparciu o zawarte w SWIZ wymagania. W trakcie rozprawy wykonawca PiP wskazał w jaki sposób dokona integracji, a mianowicie odnosząc się do punktu 435 załącznika nr 3 do SWIZ oraz projektu umowy załączonego do SWIZ, część III § 2 ust 4 pkt b, zd. 2 wyjaśnił, że podane wymogi w zakresie przedmiotowym zamawianego systemu (system musi posiadać możliwość integracji z innymi systemami informatycznymi z wykorzystaniem web serwisów lub innych mechanizmów opisanych szczegółowo w dokumentacji systemu), tym samym prowadzi to do wniosku, że *istnieje możliwość rozwiązania zgodności z systemem na dwa sposoby, albo za pomocą web serwisów albo przy pomocy odpowiednich procedur, funkcji, widoków na poziomie baz danych programu Uczelnia 10 oraz bazy danych ZSI Egeria, (...) wykorzystanie innego kanału komunikacji spowoduje zapisywanie mechanizmów integracyjnych tylko w bazie danych systemu Uczelnia 10.*

Powyższe wyjaśnienia w sposób jednoznaczny potwierdzają, że wykonawca PiP nie złożył oferty zgodnej w zakresie wymagań przedmiotowych z treścią SIWZ, bowiem wskazywał, że dokonywana przez niego integracja będzie realizowana na poziomie baz danych, co obrazował złożony schemat (dowód nr 7) i złożone wyjaśnienia. Jednocześnie należy zaznaczyć, że niezgodne są powyższe wyjaśnienia złożone na rozprawie ze stanowiskiem przedstawionym w piśmie z dnia 1 grudnia 2015 roku, gdzie wykonawca PiP wskazywał, że integracje zostaną wykonane z wykorzystaniem dokumentacji oraz Web serwisów udostępnionych przez producentów oprogramowania. Wykonawca PiP w żaden sposób nie wykazał, że realizacja zamówienia będzie dokonywana zgodnie z postanowieniami SWIZ a wykonanie prac finalizujących proces wypłaty wynagrodzenia za godziny ponadwymiarowo

zgodne z opisem zawartym w SWIZ zleci firmie Comarch, wręcz przeciwnie wskazał na rozprawie sposób realizacji zamówienia, który nie jest zgodny z opisem zarytym w SWIZ. Izba nie ocenia możliwości realizacji zamówienia w sposób wskazany przez wykonawcę PiP jako alternatywny do wymaganego przez Zamawiającego, bowiem fakt niezgodności sposobu realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SWIZ potwierdza odstępnie od wykonania zamówienia ze zleceniem prac finalizujących firmie Comarch. Odwołujący złożył w trakcie rozprawy oświadczenie (dowód nr 5) firmy Comarch S.A. z dnia 14 stycznia 2016 roku, zgodnie z treścią którego wykonawca PiP nie zwracał się do ww. firmy o uzyskanie oferty handlowej wykonania integracji z ZSI Egeria, jak również takiej oferty ww. firma nie składała wykonawcy PiP, co nie było kwestionowane przez wykonawcę PiP. Zaznaczyć należy, że wykonawca PiP, tak samo jak Zamawiający, nie wskazał postanowień SWIZ, które dopuszczałyby alternatywny sposób realizacji zamówienia. Odnoszenie się wykonawcy PiP do postanowień umowy (projekt umowy załączonego do SWIZ, część III § 2 ust 4 pkt b, zd. 2) odwołujących się do przeprowadzania integracji systemu z oprogramowaniem przy wykorzystaniu dokumentacji oraz web serwisów jest sprzeczne ze stanowiskiem jakie reprezentował na rozprawie, gdzie wskazywał, że integracja wykonywana będzie przy wykorzystaniu innego kanału (*odpowiednich procedur, funkcji, widoków na poziomie baz danych programu Uczelnia 10 oraz bazy danych ZSI Egeria*) a nie na poziomie web serwisów.

Stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, że postanowienie SWIZ o jakim mowa na wstępie uzasadnienia w zakresie tego zarzutu („Wykonawca zleci firmie Comarch wykonanie prac finalizujących proces wypłaty wynagrodzenia za godziny ponadwymiarowo zgodnie z opisem: (...)”) zostało wskazane jako ewentualna metoda realizacji zadania, oraz podanie w piśmie procesowym, że „Zamawiający dopuszcza rozwiązania, które Wykonawca opracuje, bądź przy bezpośrednim udziale firmy Comarch S.A. lub w oparciu o udostępnione przez firmę Comarch S.A. na życzenie Wykonawcy web serwisy i/lub dokumentację techniczną, o ile spełnią one wymagania stawiane przez Zamawiającego w zakresie elektronicznego rozliczenia pensum” nie znajduje odzwierciedlenia w SWIZ, gdzie brak jest jakichkolwiek postanowień odnośnie alternatywnych sposobów realizacji zadania. Stanowisko Zamawiającego reprezentowane na rozprawie potwierdza zarazem niezgodność treści oferty z treścią wymagań SWIZ. Dodatkowo należy zaznaczyć, że argumentacja wykonawcy PiP w zakresie sposobu realizacji zamówienia (o czym wyżej) przedstawiona na rozprawie nie jest zgodna z rozszerzoną w sposób nieprawidłowy poza postanowienia SIWZ

a dokonaną na potrzeby oceny ofert i prowadzonego postępowania odwoławczego wykładnią postanowień SIWZ.

Reasumując, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy PiP w zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria” oraz zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Poza przedmiotem rozpoznania pozostaje kwestia możliwości wykorzystania, zgodnie z warunkami uprzednio zawartych umów oraz aneksów (dowód nr 3 i dowód nr 8), dokumentacji technicznej, web sterów jak również zasady ingerencji w kody źródłowe systemu ZSI Egeria lub możliwość korzystania z sublicencji Oracle w innym połączeniu niż „pakiet aplikacji” wcześniej sprzedanych Zamawiającemu, bowiem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w tym wypadku nie jest oparta na tych elementach lecz na nieuwzględnieniu w oferowanym przedmiocie postanowień SIWZ, które w sposób jednoznaczny określił, że wykonawca ma „Wykonawca zleci firmie Comarch wykonanie prac finalizujących proces wypłaty wynagrodzenia za godziny ponadwymiarowo zgodnie z opisem (...).

W zakresie naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PiP z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania: w zakresie wymagań dotyczących gwarancji na serwery (I) i w zakresie wymagań dotyczących „integracji z systemem ZSI Egeria (II) – Izba zarzutów nie uwzględniła.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09). Odwołując się do wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 roku (sygn. akt II CKN 1095/99) należy wskazać, że pojęcie prawdy na gruncie prawa rozpoznawać należy tak jak w języku potocznym, czyli zgodności myśli/wypowiedzi z

rzeczywistością (czyli faktami i danymi). Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał, że wykonawca PiP podał nieprawdziwe informacje – nie wykazał Odwołujący, że oświadczenie jakie zostało złożone przez wykonawcę PiP w zakresie wymagań dotyczących gwarancji na serwery jest nieprawdziwe jak również Odwołujący nie wykazał, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w zakresie zarzutu integracji z systemem ZSI Egeria. W tym drugim przypadku Odwołujący wykazał niezgodność treści oferty z SIWZ, co w tym wypadku wskazuje, że wykonawca nie złożył informacji nieprawdziwych, bowiem gdyby miały one przedstawiać odmienny stan od rzeczywistości to w tym wypadku musiałyby wskazywać na udział firmy Comarch S.A. w proponowanej realizacji zamówienia przez wykonawcę PiP.

### **ad. III.**

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* oraz art. 90 ust. 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* przez zaniechanie odrzucenia oferty PiP – Izba uznała zarzut za zasadny,

oraz w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia PiP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania* - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, a wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia

opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 gdzie wskazano: „Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. (...) Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od



indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

W rozpoznawanej sprawie oferta wykonawcy PiP opiewa na kwotę 1 353 000,00 zł brutto, natomiast szacunkowa wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 2 282 966,00 zł brutto; wartość oferty jest o 41 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 19 listopada 2015 roku wezwał wykonawcę do złożenia między innymi wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wykonawca PiP pismem z dnia 20 listopada 2015 roku doręczonym Zamawiającemu w dniu 23 listopada 2015 roku złożył wyjaśnienia, które w zakresie odnoszącym się do wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2015 roku wezwał wykonawcę PiP uzupełniająco do wyjaśnienia czy w kalkulacji ceny zostały uwzględnione koszty związane z koniecznością wykonania integracji oferowanego systemu z oprogramowaniem: wskazane w SWIZ oraz wzorze umowy systemu informatyczne i programy komputerowe, których funkcje nie zostaną zastąpione przez System, w tym ZSI Egeria firmy Comarch S.A. (w zakresie obsługi pensum oraz kosztów kształcenia) (...).

W odpowiedzi wykonawca PiP za pismem z dnia 1 grudnia 2012 roku wskazał, że cena obejmuje koszty związane z koniecznością wykonania integracji oferowanego systemu z systemem ZSI Egeria (...) w zakresie wymienionym w SWIZ. Wykonawca wskazał, że integracje zostaną wykonane z wykorzystaniem dokumentacji oraz Web serwisów udostępnionych przez producentów oprogramowania, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWIZ i postanowieniami wzoru umowy. Do oszacowania czasochłonności wymienionych prac wykonawca przyjął średnią liczbę godzin, jak wynikała z dotychczasowego doświadczenia w zakresie integracji z wymienionymi (tymi) i podobnymi systemami.

Wykonawca PiP nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej wartość, w szczególności wykonawca PiP nie wykazał jaki koszt będzie ponosił z uwagi na konieczny zgodnie z SWIZ udział w realizacji części zamówienia Firmy Comarch S.A.. Zgodnie z SWIZ firma Comarch miałaby wykonywać prace finalizujące w zakresie integracji z ZSI Egeria firmy Comarch S.A., w zakresie obsługi pensum oraz kosztów kształcenia – tym samym niezbędne było uwzględnienie w oferowanej kwocie prac finalizujących oraz niezbędne było wykazanie Zamawiającemu, że takie koszty wykonawca uwzględnił w cenie oferty. Nie można pominąć faktu, że wykonawca PiP złożył ofertę niezgodną z treścią SWIZ w zakresie integracji z systemem ZSI Egeria, co zostało wykazane w uzasadnieniu do zarzutu II, tym samym w konsekwencji nie uwzględnił w cenie oferty kosztów dokonania wymaganej postanowieniami SWIZ integracji przy realizacji tego zamówienia. Zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę w przypadku gdy jest on uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym wykonawca PiP w trakcie rozprawy powinien był podjąć działania wykazujące, że cena zaoferowana w ofercie nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca PiP dowodząc w zakresie sposobu realizacji zamówienia (zarzut II z uzasadnienia) w zakresie integracji z systemem ZSI Egeria jednoznacznie wskazał, że nie zamierza wykonywać prac przy udziale firmy Comarch - co jest niezgodne z SWIZ – tym samym również w sposób jednoznaczny wskazał, że nie uwzględnił w cenie oferty kosztów jakie należy ponieść z tego tytułu. Zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego (dowód nr 5) ofertą realizacji przez Comarch S.A. na rzecz Comarch Polska S.A. realizacji usługi w zakresie dotyczącym integracji z systemem ZSI Egeria przy wykonaniu zamówienia na rzecz Zamawiającego, koszt wyniósł 295 200,00 zł brutto. Z oświadczenia tego również wynika inna ważna informacja, a mianowicie czas realizacji,

który Comarch S.A. określił na 18 miesięcy, przy czym wykonawca PiP zaoferował i w wyjaśnieniach odnosił się do 10 miesięcy wdrożenia. Tym samym koszty realizacji przedmiotu zamówienia, jakie wskazywał wykonawca PiP wzrosłyby z uwagi na czas realizacji, który w tym wypadku określa podmiot zewnętrzny, niezależny od wykonawcy i Zamawiającego, a którego udział w realizacji zamówienia przewidział Zamawiający na etapie wymagań określonych w SIWZ.

Wyjaśnienia jakie złożył wykonawca PiP (pismo z 20 listopada 2015 roku) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odnoszą się jedynie do części kosztów jakie będą ponoszone przez wykonawcę a i w tym zakresie kosztów pracowniczych nie zostały uwzględniony czas pracy jaki niezbędny jest dla dokonania integracji, a który to określiła firma Comarch S.A.. Niewątpliwie konieczność uwzględnienia w cenie oferty kosztów pracy, realizacji zamówienia przez dodatkowy okres 8 miesięcy – który wynika z informacji Comarch S.A., bowiem założyć należy, że cena dokonania integracji dla różnych podmiotów zwracających się o realizację owej usługi mogłaby być różna, choć oscylować na określonym w dokumencie poziomie, to czas realizacji integracji określony przez Comarch S.A. zakładający wykonanie określonych w SWIZ czynności nie ulegnie skróceniu – nie została wykazana przez wykonawcę PiP, tym samym nie została uwzględniona w cenie oferty. Izba zaszcza, że czas wdrożenia określony w ofercie Comarch Polska S.A. również został określony na poziomie 18 miesięcy, co oznacza, że czas wdrożenia uwzględniał oświadczenie firmy Comarch S.A. odnośnie czasu wdrożenia; wykonawca PiP nie kwestionował realności tak określonego czasu wdrożenia. Błędy w założonym sposobie realizacji zamówienia, które stanowią o niezgodności treści oferty z SIWZ w efekcie doprowadziły do sytuacji, w której zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem nie zawiera elementów, które były wymagane przez Zamawiającego a nie zostały zaoferowane a w konsekwencji brak ich w cenie ofertowej.

W zakresie wskazywanego przez Odwołującego nieuprawnionego uzupełniającego wezwania do złożenia wyjaśnień, Izba wskazuje, że rozpoznawanej sprawie, gdzie integracja oprogramowania z istniejącymi i posiadanym przez Zamawiającego systemami stanowi niewątpliwie istotny element kalkulacji ceny oferty. W tym przypadku należy uznać za nieprawidłowe działanie Zamawiającego co znajduje wyraz w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08, gdzie w uzasadnieniu czytamy: "Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę

uczciwej konkurencji". Tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 1293/14, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obliczu powyższych tez, jak również przy uwzględnieniu brzmienia przepisu art. 90 ust 2 ustawy, z którego wynika, że *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy* oraz kontekstu rozpoznawanej sprawy wynika, że dokonanie przez Zamawiającego uzupełniającego wezwania było nieprawidłowe.

Reasumując, zgodnie z obowiązującymi przepisami obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, tym samym nieuwzględnienie kosztów integracji zgodnie z opisanymi w SWIZ wymaganiami a w następstwie wskazanie terminu wdrożenia nieuwzględniającego czasu integracji systemem ZSI Egeria jak również braku informacji dotyczących innych elementów koszt twórczych, takich jak koszty administracyjno-biurowe, materiałów biurowych, kosztów zdalnego dostępu zarządzania projektem i innych, które realnie mają wpływ na wysokość ceny złożonej oferty prowadzi do wniosku, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał oceny oferty, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PiP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W zakresie w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia PiP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba uznała zarzut za niezasadny. Uzasadnieni Odwołującego w zakresie tego zarzutu sprowadziło się do podania, że wykonawca PiP w w złożonych przez siebie wyjaśnieniach musiał niezgodnie z prawdą zapewnić o rzetelności i prawidłowości swoich cen.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09). Odwołując się do wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 roku (sygn. akt II CKN 1095/99) należy wskazać, że pojęcie prawdy na gruncie prawa rozpoznawać należy tak jak w języku potocznym, czyli zgodności myśli/wypowiedzi z rzeczywistością (czyli faktami i danymi). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał, że wykonawca PiP podał nieprawdziwe informacje; wykonawca PiP skalkulował cenę oferty w warunkach przyjęcia sposobu realizacji zamówienia niezgodnego z SIWZ co skutkowało nieuwzględnieniem kosztów integracji, jednakże to nie dowodzi faktu złożenia nieprawdziwej informacji w zakresie dokonanej kalkulacji ceny. Niewykazanie elementów ceny, które miały wpływ na wysokości ceny ofertowej, z uwagi na rzetelność i prawidłowość dokonanej kalkulacji w kontekście oferowanej usługi nie stanowi jeszcze o nieprawdziwości złożonych informacji.

#### **ad. IV.**

W zakresie zarzutu zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu pisma złożonego przez PiP w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba uznała zarzut ten za zasadny, jednakże z uwagi na uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PiP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Izba nie nakazywała odtajnienia dokumentów

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W art. 8 ust. 1 do 3 ustawy czytamy:

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
- 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*
- 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał,*

*iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy - *Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Izba wskazuje, że znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) art. 8 ust. 3 ustawy wprowadza istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utrzymane zostało w znowelizowanym przepisie odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. Ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego *nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.* Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach/wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu/ przy

czym w obecnym stanie prawnym badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uległ zmianie w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego. To na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów. W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie jak również wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie – składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji.

Powyższe wymagania w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa niewątpliwie należy stasować do składanych przez wykonawców dokumentów w wyniku wezwania wykonawcy dokonanego przez Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał dlaczego objęte przez niego informacje stanowią tajemnicę. Ogólnikowe, balnkietowe wyjaśnienia zawarte w piśmie z 20 listopada 2015 roku wskazujące na to, co zawiera dokument zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa pomija w zasadzie istotę, a mianowicie konieczność wykazania dlaczego te dokumenty wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. W tej sprawie

wykonawca PiP nie dopełnił ciężących na nim obowiązków dbania o poufność zastrzeganych przez siebie informacji co skutkuje nieskutecznością poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak uzasadnienia tej czynności wykonawcy obciążą wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem Zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy.

#### **ad. V.**

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PiP na podstawie przepisu 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* – Izba uznała zarzut za niezasadny.

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.

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 postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one 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 qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Tak więc, aby możliwe było odrzucenie 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.

Odwołujący wskazał, że naruszony został art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta* oraz wskazała naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcą dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców*.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Niezmiennie, jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji. *Celem te zasady jest chronienie sprawnie funkcjonującego rynku, „ma ona na celu zapobieżenie ograniczeniu swobody dostępu do rynku i przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej na rynku, sprzyjające efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Konkurencja realnie sprzyja tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty i pobudza uczestników do wzajemnego konkurowania. Gwarantuje podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych najszerszą z możliwych swobodę działania i dokonywani wyboru”*. (Przemysław Szustakiewicz *Zasady prawa zamówień publicznych* str. 135). Zarzut, jaki stawia Odwołujący, dopuszczenia się przez wykonawcę PiP czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony, winien Odwołujący wykazać, że podnoszone przez niego utrudnienie dostępu do rynku przez wykonawcę PiP. przez oferowanie konkretnych parametrów w danych podkryteriach: czas wdrożenia – 10 miesięcy oraz usuwanie błędów niekrytycznych – 2 dni stanowiło celowe wykorzystanie ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert a celem tego działania wykonawcy PiP była

eliminacja Odwołującego z rynku. *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006). Oznacza to więc, że postawienie takiego zarzutu bezwzględnie wymagało od Odwołującego wykazania konkretnego, powoływanego przez Odwołującego naruszenia dobrych obyczajów oraz wykazanie zagrożenia jakie to naruszenie rodzi w interesie innego przedsiębiorcy, a tych to okoliczności Odwołujący nie wykazał. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazywał, że przy kryteriach jakie oferuje wykonawca PiP cena wdrożenia powinna być wyższa, natomiast w zakresie czasu naprawy błędów niekrytycznych, zaznaczył, że wartość tego parametru oferowanego przez wykonawcę PiP jest nierealna, bowiem sam Zamawiający określił czas na rozwiązanie zastępcze 5 dni. Jednakże, jak już wyżej zostało to wykazane aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji niezbędne jest wykazanie konkretnego, powoływanego przez Odwołującego naruszenia prawa lub dobrych obyczajów oraz wykazanie zagrożenia jakie to naruszenie rodzi w interesie innego przedsiębiorcy, wykazanie, że działanie wykonawcy PiP miało na celu eliminację Odwołującego z postępowania przetargowego.*

Odwołujący, w ocenie Izby, nie wykazał ani naruszenia prawa lub dobrych obyczajów jak również w złożonym odwołaniu nie wykazał, że działanie wykonawcy PiP miało na celu utrudnienie Odwołującemu dostępu do rynku. Tym samym nie zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty wykonawcy PiP na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy.

#### **ad. VI.**

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy PiP z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielnie*

zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu – Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu wraz z określeniem sposobu jego wykazania:

3) *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;*

*W celu oceny spełniania tego warunku, Zamawiający żąda złożenia Wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Wykonawca potwierdzi spełnienie tego warunku, jeżeli Wykaz osób będzie zawierał potwierdzone dysponowanie:*

*- 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Projektu, która posiada certyfikat kierownika projektu metodyki zarządzania projektami,*

*- 5 osobami przewidzianymi do pełnienia funkcji konsultantów, które posiadają co najmniej 12 miesięczne doświadczenie we wdrożeniach systemu wspomagającego zarządzanie procesami dydaktycznymi, z których przynajmniej jedna posiada certyfikat metodyki zarządzania projektami zgodny z certyfikatem osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika projektu.*

Odwołujący kwestionował sposób wykazania „podstawy dysponowania osobą” w zakresie wskazanych osób w wykazie uczestniczących w wykonaniu zamówienia: kierownika projektu oraz konsultanta 1.

Osoby te złożyły oświadczenia, których oryginały zostały uzupełnione przez wykonawcę PiP na wezwanie Zamawiającego.

Oświadczenia o treści *„Ja, niżej podpisany ... (imię i nazwisko), legitymujący się dowodem osobistym nr ... niniejszym oświadczam, iż w przypadku podpisania przez firmę Partners in Progress sp. z o. o. umowy na dostawę oprogramowania wraz z niezbędnym sprzętem serwerowym oraz usługą wdrożenia i asysty technicznej na system zarządzania procesami dydaktycznymi w Śląskim Uniwersytecie Medycznym (postępowanie nr RZP/PN/85/15) zobowiązuję się do realizacji na rzecz firmy Partners in Progress sp. z o. o. zadań wynikających z tej umowy.*

Odwołujący wskazał, że złożone oświadczenia jako „podstawy dysponowania osobą” - „oświadczenia” nie stanowią wykazania spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego.

---

Izba nie podziela stanowiska przedstawionego przez Odwołującego, jednocześnie za słuszną uznaje argumentację Zamawiającego. Zaznaczyć należy, że Odwołujący pominął w swojej argumentacji fakt tego i w żaden sposób nie odniósł się do tego, że zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWIZ – Wykaz osób, Zamawiający odnośnie kolumny pt.: „Podstawa dysponowania osobą<sup>2</sup>: umowa o pracę/zlecenie/dzieło. Lub np.: zobowiązanie innych podmiotów do oddania osoby do dyspozycji Wykonawcy”, przy czym do kolumny tej został również przyporządkowany przypis nr 2 o treści: „jeżeli Wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, a podstawy dysponowania nie stanowi umowa o pracę, o dzieło lub umowa zlecenie – Wykonawca do oferty musi załączyć pisemne zobowiązanie takiej osoby, iż zgłasza ona gotowość do wykonywania na rzecz Wykonawcy robót stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.”

W ocenie Izby wykonawca PiP zgodnie z obowiązującym prawem jak również w zgodzie z postanowieniami SWIZ wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenia jakie zostały złożone potwierdzają dysponowanie na potrzeby realizacji zamówienia osobami tam wskazanymi, co kwestionował Odwołujący a mianowicie oświadczenia te stanowią zobowiązanie ze strony składającego oświadczenie, które to zobowiązanie zostaje zawarte pod warunkiem zawieszającym. Jednocześnie z treści zobowiązania wynika również, że w przypadku gdy wykonawca PiP podpisze umowę o zamówienie to dana osoba zobowiązała się do świadczenia na rzecz wykonawcy PiP zadań wynikających z tej umowy.

Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych oświadczeń w świetle ustawy jak również postanowień SWIZ.

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 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). Izba nie zasądziła kosztów reprezentacji zawnioskowanych przez uczestnika postępowania odwoławczego ponieważ, zgodnie z ww. rozporządzeniem koszty takie wykonawcy PiP się nie należą ponieważ nie zaistniała w tym postępowaniu przesłanka uprawniających do ich zasądzenia – uczestnik postępowania nie wniósł sprzeciwu (§ 3 pkt 2 rozporządzenia).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

---