

**WYROK**  
**z dnia 8 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2012 r. przez **Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2,**

przy udziale wykonawcy **Royal Software Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-402 Warszawa, ul. Erazma Ciołka 10,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Asseco Poland Spółka Akcyjna, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie: „Usługi utrzymania infrastruktury Geoportal 2”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 84-138688 w dniu 2 maja 2012 r.

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”, wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania, wbrew przepisom Pzp, tj.:

- 1) zaniechania wezwania wykonawcy - Royal Software Consulting Sp. z o.o., zwanego dalej „RSC”, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej oferty,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - RSC, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia przez nieudostępnienie szczegółowych informacji dotyczących przydzielenia punktów w ramach kryterium techniczno-jakościowego opracowania koncepcji,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty RSC, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, wskutek wskazanych wyżej czynności Zamawiającego, doszło do naruszenia następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 90 ust. 1 ze względu na brak wezwania firmy RSC do złożenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo zaistnienia przesłanek przesądzających o obowiązku wystosowania takiego wezwania;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ze względu na nieodrzućenie oferty RSC, mimo, że ta zawiera cenę rażąco niską;
- 3) art. 92 ust. 1 ze względu na wybór oferty RSC, mimo, że ta winna podlegać odrzuceniu;

- 4) art. 8 ust. 1 i 2 ze względu na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, tj. nieudostępnienia informacji.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odtajnienia informacji dotyczących szczegółowej oceny komisji w zakresie przyznawania poszczególnych punktów w ramach kryterium techniczno-jakościowego opracowania koncepcji;
- 4) wezwania RSC do złożenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji wezwania, odrzucenia tej ofert, jako zawierającej cenę rażąco niską;
- 5) wyboru i uznania oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Informację o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tj. pismo informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący otrzymał drogą faksową w dniu 15 października 2012 r.

Odwołujący wskazał zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz posiadanie interesu w złożeniu odwołania, bowiem w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, jego oferta znajduje się na drugim miejscu, stąd zaniechanie odrzucenia wybranej oferty wprost powoduje pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, stanowiąc szkodę po jego stronie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, co następuje.

1. Powzięcie wątpliwości co do prawidłowości ceny - przesłanki twierdzeń o cenie rażąco niskiej zawartej w ofercie RSC. Zamawiający nie powziął wątpliwości co do tego, czy cena zawarta w ofercie firmy RSC jest rażąco niska, mimo zaistnienia przesłanek przesądzających o obowiązku wystosowania wezwania do wykonawcy. Decydujące w tym względzie jest porównanie zaoferowanej ceny do przedmiotu zamówienia. Wniosek taki wyprowadza się z treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Okolicznościami, które powinny wzbudzać podejrzenie o możliwości złożenia oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia są: 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o VAT, 2) średnia cena grupy ofert, 3) średnia cena cen rynkowych na podobny zakres

zamówienia. Wystąpienie tylko jednej z powyższych okoliczności nie musi prowadzić do powzięcia wątpliwości, co do prawidłowości ceny - przyczyny takiego stanu rzeczy mogą być różne. W sytuacji, jednak, gdy owych sygnałów jest więcej, powzięcie wątpliwości powinno mieć jednakże miejsce. Odwołujący wskazał orzecznictwo, w tym m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 794/08), w którym stwierdzono np.: *Mając powyższe na uwadze, o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert: 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę, 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen, 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.*

W prowadzonym postępowaniu, firma RSC złożyła ofertę, której cena poważnie odbiega zarówno od średniej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz od wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT. Stosunek ceny oferty RSC do powyższych punktów odniesienia kształtuje się następująco: 1) jest niższa o 35 % od średniej ceny grupy ofert w przypadku średniej obliczonej wraz z ceną zawartą w ofercie RSC, 2) bądź niższa o 45 % w przypadku niewzięcia pod uwagę oferty złożonej przez ten podmiot oraz 3) jest niższa o 29 % od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie oferta ta jest tańsza od następnej w kolejności o ponad 33 %.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z założeniami Urzędu Zamówień Publicznych z 12 września 2012 r. sam fakt, w którym oferta najtańsza jest ofertą tańszą od następnej w kolejności już o 20 % winien skutkować obligatoryjnym wezwaniem tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ustalenia czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Kolejną okolicznością wskazującą na obowiązek wystąpienia z żądaniem jest fakt przyznania ofercie firmy RSC najwyższej oceny jakościowej przez Zamawiającego. Rzadko zdarza się bowiem (szczególnie przy tych dysproporcjach cenowych), że najtańsza oferta jest jednocześnie ofertą najlepszą jakościową. Biorąc ponadto pod uwagę fakt, że pozostałe oferty złożyły doświadczone w realizacji podobnych zamówień duże podmioty informatyczne, może nasuwać się przypuszczenie, że firma RSC błędnie skalkulowała swoją ofertę nie biorąc pod uwagę wszystkich obowiązków i ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, że uzasadnione jest oczekiwanie wezwania ww. firmy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zaniechanie w tym zakresie powoduje tworzenie (sprzyjanie) nieuczciwej konkurencji.

Ponadto sam Zamawiający powinien skorzystać z mechanizmu umożliwiającego wyeliminowanie ryzyka nienależytego wykonania zamówienia w sytuacji, w której przy uwzględnieniu gospodarnego zarządzania wykonawcy uzasadnione jest prawdopodobieństwo złożenia oferty zawierającej cenę, która nie pokrywa kosztów świadczenia usługi będących przedmiotem zamówienia

Nie godząc się na taki stan rzeczy Odwołujący stwierdził, że decyzja Zamawiającego o uznaniu tejże oferty jest wadliwa i wymaga korekty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący uznał, że cena zaproponowana przez firmę RSC jest ceną rażąco niską w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego zaniżona została przede wszystkim cena za usługi utrzymania będącego istotnym elementem zamówienia. Firma RSC zaproponowała cenę 2.319.153,59 PLN za usługi utrzymania w okresie 18 miesięcy, co daje miesięcznie kwotę 128.841,87 PLN. W ramach usług utrzymania wykonawca miał dostarczyć kompleksowe usługi utrzymania, począwszy od świadczenia usług bieżącej administracji systemem, przez zaawansowane wsparcie techniczne dla produktów składających się na rozwiązanie Geoportal 2, przez świadczenie usług zarządzania procesami utrzymania. Usługi powyższe zostały opisane w rozdziale 9 załącznika 1 do SIWZ. Firma RSC zobowiązała się do realizacji powyższych usług w sposób zapewniający spełnienie parametrów opisanych w punkcie 11.1, a w szczególności dostępność elementów infrastruktury na poziomie 99% tygodniowo, 99% miesięcznie oraz 98% rocznie. Zamawiający tym samym wskazał, że system musi być dostępny w trybie 24/7/365.

Ponadto firma RSC zobowiązała się do realizacji zadań i aktywności po swojej stronie zgodnie z parametrami opisanymi w punkcie 11.2, a w szczególności do reakcji na incydent krytyczny w ciągu 15 minut i czasie rozwiązania w ciągu 4 godzin.

Oprócz tego oprogramowanie, które składa się na system, zawiera szereg elementów oprogramowania i konfiguracje specyficzne dla tego konkretnego rozwiązania. Na podstawie liczby przyznanych punktów Odwołujący wywnioskował, że firma RSC zobowiązała się do rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania dla specjalizowanych rozwiązań i spełnienia tak wysokich parametrów w ciągu jednego miesiąca od dnia podpisania umowy. Aby zapewnić tak wysokie parametry dostępności elementów infrastruktury i jakości parametrów realizacji zadań i aktywności, niezbędne jest

oddelegowanie zespołu obejmującego, co najmniej 6 operatorów pracujących w trybie 24/7/365.

Wskazał ponadto, że niezbędne jest posiadanie: - co najmniej 4 wysokiej klasy specjalistów odpowiedzialnych za poszczególne technologie oraz - co najmniej 4 menedżerów odpowiedzialnych za poszczególne procesy utrzymania.

Zgodnie z dobrymi praktykami, termin rozpoczęcia usług utrzymania dla specjalizowanych rozwiązań przez podmiot, który nie posiada znajomości rozwiązania i środowisk, wymaga co najmniej trzymiesięcznego okresu przygotowawczego.

Zdaniem Odwołującego, firma RSC nie ujęła w swojej ofercie wszystkich powyższych wymogów. Oznacza to, że wybór tej firmy na zasadach określonych w ofercie może oznaczać dopuszczenie do awarii i niedostępności systemu, co uniemożliwi realizację zadań organów korzystających z funkcji systemu, bowiem podmiot ten nie jest w stanie w przeciągu miesiąca przejąć do utrzymania system, w taki sposób, aby zagwarantować zapewnienie wymaganych parametrów systemu i usług.

2. Nieujawnienie informacji dotyczących szczegółowego przyznawania punktów w ramach kryterium jakościowego.

Załącznik nr 4 do SIWZ (*Opis cech, sposobu przygotowania oraz oceny koncepcji*) szczegółowo wskazywał sposób przyznawania punktów w ramach oceny koncepcji. W dniu 19.10.2012 r. przedstawiciel Odwołującego udał się do siedziby Zamawiającego celem poznania m.in. raportów z oceny ofert zawierających uszczegółowienie przyznania punktów przez członków komisji, zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 4. Zamawiający nie udostępnił tych informacji, co do pozostałych oferentów, tłumacząc, że zawierają one adnotację bezpośrednio odnoszące się do informacji, które zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez poszczególnych oferentów. Nie kwestionując „tajności” informacji odnoszących się do informacji zastrzeżonych w poszczególnych ofertach, Odwołujący wskazał, że nie wszystkie informacje zawarte w Raporcie z oceny posiadają taki przymiot. W szczególności dotyczy to przyznawania poszczególnych punktów (nie sposobu a samej oceny) za elementy wskazane wprost w treści załącznika nr 4 do SIWZ. Brak możliwości zapoznania się z oceną koncepcji w oparciu o poszczególne elementy zawarte w powyższym załączniku, stanowi złamanie podstawowej zasady Pzp, jaką jest zasada jawności. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o odtajnienie tych informacji.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. W uzasadnieniu pisma podniósł, że Odwołujący na podstawie subiektywnego przekonania, niepopartego żadnymi argumentami, wywiódł obowiązek wystosowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z doktryną

*stwierdzanie rażąco niskiej ceny charakteryzuje się tym, że cenę oferty należy odnosić do przedmiotu zamówienia, a nie do cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Chodzi nie o wykrycie czynu nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców, lecz o wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych z uwagi na proponowanie nierealistycznej ceny - Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod red. Jerzego Piroga, wyd. 13, Legalis. Na wstępie odwołania Asseco Poland S.A. zgadza się z przytoczoną tezą, a dalej w treści pisma odnosząc się do ww. wyroku KIO dokonuje porównania cenowego ofert wskazując, iż oferta Wykonawcy RSC Sp. z o.o. jest tańsza od następnej w kolejności o 33%. Zważył, że Izba w ww. wyroku nie podaje sztywnych przedziałów arytmetycznych (tak jak wskazuje je Odwołujący), jedynie posługuje się pojęciem „znacznie”. Powołał się na wyrok Izby z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1492/11, zgodnie z którym: *Ceną rażąco niską będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Oceny przesłanek zaoferowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.* Odnosząc się do tezy wyroku oraz treści odwołania podniósł, że Odwołujący nie wykazał, iż wykonanie zamówienia za oferowaną przez RSC Sp. z o.o. cenę nie jest możliwe bez ryzyka poniesienia strat przez wykonawcę. Powołał się na wyrok z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 560/12, zgodnie z którym fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien ten podmiot, który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i nań się powołuje. Ponadto różnice cenowe na poziomie 20 - 30 % na tak specyficznym rynku usług, jakim jest rynek informatyczny z pewnością nie mogą mieć charakteru „znaczącego”. Wskazał, że różnica między szacowaną wartością zamówienia, a ceną zaoferowaną przez wykonawcę kształtowała się na poziomie 29%, tzn. wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego wynosiła 4 713 817,80 zł brutto, natomiast cena zaoferowana przez wykonawcę RSC Sp. z o.o. - 3 352 353,49 zł brutto. Podkreślił, że zakładana przez Zamawiającego wartość zamówienia została podana do publicznej wiadomości w ogłoszeniu o zamówieniu, co z dużym prawdopodobieństwem miało wpływ na kształt cen w złożonych ofertach.*

Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej jest ustalona przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która m.in. w wyroku z dnia 13 marca 2012 r., sygn. akt KIO 406/12 stwierdziła, iż: *W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością czy specyfikę danego postępowania, a dodatkowo - Sam fakt, że cena oferty jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską. (...) Konieczne jest zindywidualizowane podejście do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej, a oceny należy dokonywać uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia.* Nie sposób również pominąć okoliczności, że różnica w cenie ofert oraz różnica cen ofert w stosunku do ceny zamówienia, stanowi naturalny objaw konkurencji - podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1145/12, a także, iż celem Zamawiającego wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest realizacja danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie. Zamawiający analizując swoje potrzeby w zakresie usług, jakie wykonawca będzie świadczyć na jego rzecz i konstruując opis przedmiotu zamówienia, dokonał oszacowania kosztów z uwzględnieniem pracochłonności wykonywanych przez wykonawcę aktywności przez określenie wielkości zespołu realizującego usługi oraz zebranie informacji o cenach rynkowych usług składających się na zamówienie. Pierwotnie Zamawiający założył, że do prawidłowej realizacji umowy konieczne jest aby wykonawca zagwarantował utrzymanie infrastruktury sprzętowej w trybie 24h/7 dni w tygodniu, gwarantując dostępność minimum 2 osób dla realizacji przedmiotu zamówienia w tym trybie (6 etatów w siedzibie Zamawiającego). Po dogłębnej analizie tego założenia, wywołanej złożonymi przez wykonawców pytaniami do treści SIWZ, Zamawiający zweryfikował swoje potrzeby i dopuścił możliwość zdalnego świadczenia tego typu usług (pytanie nr 52, pismo przekazane wykonawcom znak: IZ-5049/G2-19.41/2012 L.dz. 1496/08 z dn. 12.09.2012 r.), co wpływa na redukcję ilości zatrudnianych do tego zakresu prac osób, a co za tym idzie - redukcję kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego jakoby niezbędnym było oddelegowanie (do siedziby) zespołu obejmującego co najmniej 6 operatorów pracujących w trybie 24/7/365, co miałyby mieć wpływ na cenę i jakość świadczonych usług w sytuacji, gdy Zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia zdalnie, co również miało istotne znaczenie w zakresie możliwości obniżenia ceny za świadczone usługi.

Podkreślił, że to wykonawcy decydowali w ramach opisu koncepcji w jaki sposób wykorzystają oprogramowanie posiadane przez Zamawiającego. W ramach oferty najkorzystniejszej złożonej przez RSC Sp. z o.o. zaproponowano m.in., że wykonawca dostarczy oprogramowanie na licencji open-source. Natomiast pozostali wykonawcy deklarowali realizację zamówienia przy wykorzystaniu jedynie oprogramowania standardowego, dla którego musieliby zakupić licencje - oznacza to, że najkorzystniejsza oferta w powyższym zakresie była znacznie bardziej konkurencyjna z uwagi na założenie dostarczenia oprogramowania typu open-source, którego licencja pozwala na legalne i nieodpłatne kopiowanie, zarówno kodu wynikowego jak i źródłowego oraz na dowolne modyfikacje kodu źródłowego. Zatem wskazał, że cena niższa w porównaniu do ceny zaoferowanej przez Odwołującego oraz innych wykonawców nie oznacza jeszcze, iż można jej nadać przymiot ceny rażąco niskiej. Ponadto wskazał, że okoliczności obligujące Zamawiającego do wszczęcia procedury badania rażąco niskiej ceny i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy badać w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, a biorąc pod uwagę powyższą argumentację Zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie zaoferowanej przez RSC Sp. z o.o. ceny. Kontynuując rozważania w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. KIO 1335/11, w którym Izba stwierdziła, że: *Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne oraz, że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.* Wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt KIO 415/11, gdzie wykonawca zaoferował cenę stanowiącą 52% szacunkowej wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego, która to cena nie została przez Izbę uznana za rażąco niską. Nadmienił, że okoliczności sprawy były podobne (dotyczyły świadczenia usług serwisu), u podstaw rozstrzygnięcia Izby legł wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10, zgodnie z którym: *dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców i jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu.* Podkreślił, że uczestnikiem wskazanego postępowania był Odwołujący.

Mając na uwadze, że różnica pomiędzy ceną zaoferowaną, a ceną szacowaną kształtuje się na poziomie 29% uznał, iż cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska, bowiem pozwoli wykonawcy osiągnąć zysk w toku realizacji zamówienia.

Odnosząc się do uzasadnienia propozycji zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych, obligującej Zamawiającego do wszczęcia procedury żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy cena zawarta w ofercie najtańszej jest o więcej niż 20% niższa od ceny zawartej w następnej w kolejności, wskazał, że jest to propozycja powszechnie krytykowana, bowiem będzie stanowić dogodne uzasadnienie dla Zamawiającego zaniechania oceny ofert zawierających cenę o 20% niższą od ceny zawartej w następnej w kolejności ofercie, ponadto nie stanowi ona obowiązującego prawa, zatem nie może mieć znaczenia w sprawie.

Wskazał, że jako Zamawiający dokonał wnikliwego i szczegółowego badania ofert, w tym oferty Odwołującego i wykonawcy RSC Sp. z o.o., i nie powziął wątpliwości, że cena zaoferowana przez wykonawcę RSC Sp. z o.o. jest rażąco niska, zatem nie był zobowiązany do wszczęcia procedury z przepisu art. 90 Pzp. Bezpośrednio na brak takiego obowiązku wskazuje wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/ UZP 1354/10) zgodnie z którym: *Wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli zamawiający w toku badania ofert nie poweźmie podejrzeń, że zaoferowana cena jest rażąco niska, nie ma on obowiązku żądania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.* Odwołujący kierując się swoim subiektywnym przekonaniem pominął w zupełności uzasadnienie, z jakich przyczyn Zamawiający miałby powziąć wątpliwości w zakresie wysokości oferowanej przez RSC Sp. z o.o. ceny, wskazując jedynie, iż zaniechanie uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp sprzyja nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp nie może stanowić podstawy czynienia Zamawiającemu zarzutu sprzyjania nieuczciwej konkurencji, jak żąda Odwołujący, bowiem przepis ten ma na celu wyeliminowanie z przetargu oferty zawierające cenę nierealną, a nie zapobieganiu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, uznał za nieuzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 i 2 Pzp przez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, tj. niedostępności informacji, wskazał, że jest on nieuzasadniony, zgodnie bowiem z ust. 3 tegoż artykułu Zamawiający nie jest uprawniony do ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. *Legalna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 4*

*ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle powyższego przepisu można powiedzieć, że aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie art. 11 ustawy, musi spełniać następujące warunki: poufności, braku ujawnienia, zabezpieczenia informacji. Bliższa analiza wskazanych elementów uprawnia do twierdzenia, że w zasadzie powyższe przesłanki da się sprowadzić do jednego wspólnego mianownika, tj. poufności,(...). W rezultacie, interpretując art. 11 ustawy, można powiedzieć, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności informacja techniczna, technologiczna lub organizacyjna - Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Arkadiusz Michalak, Lex 2011.*

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego wskazał, że Zamawiający nie był uprawniony do ujawnienia Odwołującemu Raportu z oceny ofert w części dotyczącej pozostałych oferentów. Zarówno treść, jak i konstrukcja samego dokumentu pozwoliłyby Odwołującemu uzyskać informacje, które inni oferenci zastrzegli w ofercie jako poufne.

Nadmieniał, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym Zamawiający określił sposób dokonywania oceny ofert przy uwzględnieniu podziału na następujące kryteria ocenne: 50% - cena i 50% - kryteria techniczno-jakościowe opracowania koncepcji. Opracowywane przez wykonawców koncepcje w swoim założeniu miały stanowić opis sposobu realizacji przez wykonawcę usługi i być wiążące na cały okres trwania umowy. Każdy z wykonawców objął tę część swojej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, powołując się na właściwe przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wymagania co do zakresu części merytorycznej ofert tj. opracowania koncepcji, zostały szczegółowo opisane przez Zamawiającego w załączniku nr 4 do SIWZ - Opis cech, sposobu przygotowania oraz oceny koncepcji i na tej podstawie Zamawiający, dokonując oceny ofert, sprawdzał, czy dana koncepcja w pełnym zakresie wypełnia przesłanki opisane w ww. załączniku i, w przypadkach gdy Wykonawca nie opisał w pełni zadanego zagadnienia - przyznawał mniejszą niż maksymalna ilość punktów oraz dodawał komentarz, czego w ofercie brakuje lub co jest opisane w sposób nieprawidłowy. Niektóre z zadanych zagadnień i związanych z nimi kryteriów ich oceny w jednoznaczny sposób dają odpowiedź, jakie rozwiązania zaproponował wykonawca w ofercie. Dla przykładu jedno z kryteriów oceny dla zadania *Plan zastosowania/wdrożenia koncepcji monitorowania z sugestiami rozszerzenia, dopasowania narzędzi, itp.* zostało sformułowane w następujący sposób:

*Za łączny czas dostosowania narzędzi na potrzeby monitorowania centralnego przedstawiony w harmonogramie:*

- (1) Do 1 miesiąca od podpisania umowy z wykonawcą - 3 pkt.;*
- (2) Do 2 miesięcy od podpisania umowy z wykonawcą - 2 pkt.;*

- (3) *Do 3 miesięcy od podpisania umowy z wykonawcą - 1 pkt.;*
- (4) *Powyżej 3 miesięcy od podpisania umowy z wykonawcą - 0 pkt.*

Udostępnienie punktacji uzyskanej przez poszczególnych oferentów da jednoznaczną odpowiedź, jakie zobowiązanie wykonawcy znalazło się w przedstawionej przez niego ofercie, a co za tym idzie ujawniona zostanie jego tajemnica przedsiębiorstwa, do czego Zamawiający nie jest uprawniony.

Analizując oceny przyznane w wyżej opisany sposób przez Zamawiającego w łatwy sposób można określić, co zawierała oferta danego wykonawcy oraz jakie są w związku z tym jego zobowiązania w stosunku do Zamawiającego. Zaprezentowane przez poszczególnych wykonawców koncepcje niewątpliwie zostały stworzone w oparciu o doświadczenie i wiedzę każdego z nich. W wypadku przetargów, w których do sporządzenia oferty konieczny jest istotny wkład *know-how* wykonawcy, tak jak miało to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, możliwe jest zastrzeżenie poufności np. koncepcji technicznej danego rozwiązania. Zatem, Zamawiający dokonując oceny informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako poufne, nie powziął żadnych wątpliwości, iż przedstawione koncepcje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze ww. argumenty, ujawnienie przez Zamawiającego Raportu oceny ofert dotyczących innych wykonawców mogłoby narazić Zamawiającego na sankcje określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto nadmienił, że Odwołującemu znane były szczegółowe zasady dokonywania oceny ofert, bowiem zostały wymienione w Załączniku nr 4 do SIWZ.

Do postępowania odwoławczego przystąpił skutecznie po stronie Zamawiającego, wykonawca Royal Software Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, uzyskując status uczestnika postępowania odwoławczego. Uczestnik wniósł o oddalenie odwołania, przedstawił szczegółowo swoje stanowisko zbieżne ze stanowiskiem Zamawiającego oraz powołał się na orzecznictwo w tym zakresie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę usług serwisowych oraz usług utrzymania, administrowania i eksploatacji infrastruktury programowo-sprzętowej składającej się na rozwiązanie Geoportal 2. W ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja II, II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres, Zamawiający podał, że wartość zamówienia podstawowego z uwzględnieniem opcji wynosi 3 832 372,19

zł, bez opcji 3 193 643,49 zł, wartość zamówienia uzupełniającego 1 916 186,09 zł. Szacunkowa wartość całkowita ustalona została w kwocie 5 748 558,00 zł.

W postępowaniu złożyli oferty: Odwołujący z ceną 7 063 976,10 zł, konsorcjum Comarch S.A. z ceną 5 046 173,40 zł, uczestnik postępowania odwoławczego, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza z ceną 3 352 353,59 zł. Zamawiający ustalił wartość zamówienia w kwocie 3 832 372,20 zł, po zwiększeniu kwoty o kwotę podatku VAT uzyskał kwotę 4 713 817,80 zł, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która odpowiada przedmiotowi zamówienia (cenie przedmiotu zamówienia), w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego, przyznając poszczególnym wykonawcom punkty: konsorcjum Comarch Polska S.A. - łącznie 49,01 pkt (cena 33,22 pkt i techniczno-jakościowe opracowanie koncepcji 15,79 pkt), Odwołującemu - łącznie 61,01 pkt (cena 23,73 pkt i techniczno-jakościowe opracowanie koncepcji 37,28 pkt), uczestnikowi postępowania odwoławczego - łącznie 100 pkt (cena 50 pkt i techniczno-jakościowe opracowanie koncepcji 50 pkt).

Cena oferty wybranej jest niższa od do ceny przedmiotu zamówienia o 28,89 %, zaś ceny ofert - konsorcjum Comarch Polska S.A. i Odwołującego są wyższe od ceny przedmiotu zamówienia, cena oferty konsorcjum Comarch Polska S.A. stanowi 107,05% ceny przedmiotu zamówienia, a cena oferty Odwołującego 149,86% ceny przedmiotu zamówienia. Ceny ofert złożonych w postępowaniu wskazują, że najbardziej zbliżona do ceny przedmiotu zamówienia jest cena oferty konsorcjum Comarch Polska S.A., drugą w kolejności jest oferta uczestnika postępowania odwoławczego, a trzecią w kolejności, znacznie przekraczającą cenę przedmiotu zamówienia, jest oferta Odwołującego.

Zamawiający nie wzywał uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stwierdził w odpowiedzi na odwołania i na rozprawie, że nie miał, co do ceny oferty wybranej żadnych wątpliwości. Wyjaśnił, że wykonawcy, którzy złożyli oferty, uczestniczyli w postępowaniu projektowym dotyczącym przedmiotowego zadania, znają realia rynkowe oraz szacunek Zamawiającego zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu. Podkreślił, że charakter przedmiotu zamówienia - usługa serwisowa, utrzymania, administrowania i eksploatacji infrastruktury programowo-sprzętowej przesądza o możliwości wyceny usługi w zależności od indywidualnych możliwości wykonawcy, a przede

wszystkim od sposobu, w jaki wykonawcy wykorzystają oprogramowanie posiadane przez Zamawiającego. Wybrany wykonawca zaoferował dostarczenie oprogramowania typu open-source, którego licencja pozwala na legalne i nieodpłatne kopiowanie, zarówno kodu wynikowego jak i źródłowego oraz na dowolne modyfikacje kodu źródłowego. Ponadto na ustalenie ceny oferty miało znaczenie wyrażenie zgody przez Zamawiającego na świadczenie usług zdalnych (pkt 18 zobowiązania wykonawcy ppkt 13 - pytanie i odpowiedź nr 52 dotyczące SIWZ).

Izba oceniając odwołanie w wyniku przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego, uznała, że Odwołujący spełnia łącznie przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp - naruszenie przepisów: art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania firmy RSC do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieodrzućenie oferty RSC ze względu na rażąco niską cenę, art. 92 ust. 1 Pzp przez wybór oferty RSC, mimo, że winna podlegać odrzuceniu, art. 8 ust. 1 i 2 Pzp przez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, tj. nieudostępnienia informacji.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W orzecznictwie arbitrażowym, sądowym i doktrynie jednoznacznie określono, że zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy o dokonanie weryfikacji ceny oferty musi być poprzedzone uzasadnionym powzięciem przez zamawiającego wątpliwości, co do ceny oferty (tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia - wyrok KIO 1354/12). Nie jest uzasadnione zwracanie się o przedstawienie kalkulacji ceny, jeśli zamawiający nie poweźmie, co najmniej wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska - wyrok KIO 255/10.

W przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska obciąża wezwanego wykonawcę, gdyż wykonawca został zobowiązany do wykazania, że przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w przeciwnym razie zamawiający odrzuca ofertę, co wynika to z

przepisów art. 55 dyrektywy klasycznej i analogicznie z art. 90 ust. 3 Pzp. W przypadku zarzutu wobec zamawiającego, że zaniechał wskazanej w art. 90 ust. 1 czynności, wykonawca stawiający zarzut jest zobowiązany do wykazania, a co najmniej do uprawdopodobnienia, że oferta wykonawcy jest rażąco niska, co oznacza, że jest nierealna, nie pozwala na właściwe wykonanie zamówienia.

Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodowy nie przedstawił argumentów i nie wykazał żadnymi dowodami, że cena uczestnika postępowania odwoławczego jest niewiarygodna, za którą nie można wykonać zamówienia. Zarzut wywiódł na podstawie procentowej różnicy cenowej pomiędzy wybraną ofertą, a ceną przedmiotu zamówienia i cenami pozostałych dwóch ofert. Wskazane argumenty nie mogą samodzielnie w żadnej mierze stanowić podstawy do wykazania, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na rozprawie Odwołujący podkreślił, że nie stwierdza, że cena oferty jest rażąco niska, jedynie uznaje, że zachodzą przesłanki do przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1- 3 Pzp, wskazując przy tym stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 794/08. Przywołany wyrok został wydany w odmiennym stanie faktycznym - przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, postępowanie prowadzono w 2008 r., a kwestionowana cena była niższa od ceny przedmiotu zamówienia o ponad 40% (40,69%), zaś ceny pozostałych ofert były niższe od wartości ustalonej przez zamawiającego, jako ceny przedmiotu zamówienia w granicach 13,5% - 18,85%.

Izba podziela stanowisko przedstawione w obszernym zakresie przez strony i uczestnika postępowania, na podstawie cytowanego orzecznictwa, z którego wynika m.in., że o niezbędności przeprowadzenia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ust. 1-3 Pzp decydują istotne okoliczności konkretnej sprawy i nie ma żadnego uzasadnienia stosowanie tej procedury wyłącznie na podstawie porównania matematycznego cen ofert. Ponadto postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym, zobowiązującym stronę, do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 Pzp, nie dokonując czynności wskazanej w tym przepisie.

Nie został też udowodniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec nie wykazania, że cena oferty jest rażąco niska. Nie można uznać, że takim dowodem jest kwestionowanie w uzasadnieniu odwołania częściowej ceny oferty, jako ceny usługi

utrzymania w kwocie 2 319 153,59 zł (miesięczna kwota 128 841,87 zł), co wiąże się z podnoszoną w odwołaniu dostępnością systemu w trybie 24/7/365, czy też wymóg aktywności, w szczególności do reakcji na incydent krytyczny w wymaganym czasie, a także wymóg oddelegowania operatorów oraz posiadanie niezbędnej ilości specjalistów odpowiedzialnych za poszczególne technologie oraz procesy utrzymania. Co do zasady, ocena ceny, jako rażąco niskiej dokonywana jest w odniesieniu do całościowej ceny oferty, a nie jej składowych części. Izba uznała za zasadne wyjaśnienia Zamawiającego w zakresie zmiany postanowień SIWZ - zdalne świadczenie usługi - i wpływ tej zmiany na redukcję zatrudnienia i związanych z tym kosztów, jak również wpływ zaoferowanego sposobu wykorzystania oprogramowania Zamawiającego na cenę oferty, uwzględniając koszty wykonania zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 Pzp, tj. zasady jawności postępowania, Izba uznała za uzasadnione stanowisko Zamawiającego. Zarzut naruszenia zasady postępowania bez odniesienia naruszenia do skonkretyzowanej czynności czy zaniechania Zamawiającego określonych normą przepisu szczególnego, nie znajduje potwierdzenia. Strony wraz z uczestnikiem postępowania odwoławczego zgodnie przyznały, że Zamawiający dopełnił obowiązku zawiadomienia wykonawców o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, przekazując w zakresie oceny ofert, punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację (art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp). Udostępnił też dokumentację postępowania zgodnie z przepisem art. 96 Pzp. Nie udostępnił natomiast Odwołującemu informacji dotyczących dwóch pozostałych wykonawców w zakresie oceny spełniania wymagań opisanych w załączniku nr 4 do SIWZ (w ramach kryterium techniczno-jakościowego opracowania koncepcji). Przepis ust. 3 art. 8 Pzp zakazuje ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca w odpowiednim terminie zastrzegł, że wskazane informacje nie mogą być udostępniane. Nie jest sporne, że wszyscy trzej wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zastrzegli, że koncepcje stanowiące w istocie opis sposobu realizacji usługi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów prawnych. Zastrzeżenia wykonawców nie zostały podważone w toku postępowania, również Zamawiający nie uznał poczynionych zastrzeżeń za niezasadne. Ocena sposobu realizacji zamówienia dotyczyła więc części objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec tego należy uznać, że ocena dotycząca elementów oferty stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być ujawniona. W wyroku wskazanym przez Odwołującego - KIO 69/12 nakazano udostępnienie na wniosek wykonawcy kart indywidualnej oceny ofert dokonanej przez członków komisji przetargowej. Zamawiający odmówił w tamtym postępowaniu udostępnienia kart z powodu zmiany

przepisów dotyczących protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu, jak wynika z uzasadnienia wyroku, nie miało miejsca zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W postępowaniu odwoławczym, zakończonym wyrokiem Izby z dnia 16.08.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1555/10, Izba orzekła, że „W każdym przypadku, w którym treść uzasadnienia oceny oferty nie zawiera odniesienia do treści zastrzeżonej części oferty najkorzystniejszej w sposób bezpośredni lub pośredni, uzasadnienie to winno zostać ujawnione, ponieważ nie zachodzi w takiej sytuacji niebezpieczeństwo poznania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa”. Z powyższego wynika na zasadzie *a contrario* zakaz udostępniania informacji dotyczących oceny odnoszących się do zastrzeżonej części oferty.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, zatem orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zaliczając do kosztów wpis oraz zasądzając na rzecz Zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia).

**Przewodniczący: .....**