

Sygn. akt: KIO 2108/14

Sygn. akt: KIO 2112/14

WYROK

z dnia 29 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 października 2014 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 października 2014 r.:**

- A. przez konsorcjum firm w składzie: **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa (sygn. akt: KIO 2108/14);**
- B. konsorcjum firm w składzie: **Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa; GTS Poland Sp. z o. o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt: KIO 2112/14);**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwową Inspekcję Pracy, Głównego Inspektora Pracy, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa**, przy udziale wykonawców:

- 1. konsorcjum firm w składzie: **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** zgłaszających przystąpienie po stronie odwołującego w sprawie **sygn. akt: KIO 2112/14**,
- 2. konsorcjum firm w składzie: **Netia S.A.; Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.; Timsi Sp. z o.o., ul. Poleczki 13, 02-882 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawie **sygn. akt: KIO 2112/14**) oraz w sprawie **sygn. akt KIO 2108/14**,

orzeka:

1A. Oddala odwołanie konsorcjum firm w składzie: **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa (sygn. akt: KIO 2108/14);**

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm w składzie: **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa i:**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm w składzie: **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

1.B. Oddala odwołanie konsorcjum firm w składzie: **Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa; GTS Poland Sp. z o. o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt: KIO 2112/14);**

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm w składzie: **Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa; GTS Poland Sp. z o. o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt: KIO 2112/14) i:**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm w składzie: **Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa; GTS Poland Sp. z o. o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt: KIO 2112/14),**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2108/14

Sygn. akt: KIO 2112/14

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Zaprojektowanie, dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (wraz z niezbędnym sprzętem i siecią podkładową) w zakresie elektronicznego obiegu dokumentów w jednostkach organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy”, (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich numer 2014/S 068-116850 z dnia 05.04.2014 r.), w dniu 10 października 2014 r. zostały wniesione następujące pisemne odwołania:

- A. przez konsorcjum firm w składzie: Orange Polska S.A., Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2108/14);
 - B. przez konsorcjum firm w składzie: Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o., GTS Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2112/14)
- w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, w sposób umożliwiający zapoznanie się z ich treścią, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie za pośrednictwem faksu w dniu 1 października 2014 r. o ustaleniu wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty konsorcjum wykonawców: Netia S.A.; Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.; Timsi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum wykonawców: Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o. i GTS Poland Sp. z o. o.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, zarzucili zamawiającemu Państwowej Inspekcji Pracy, Głównemu Inspektorowi Pracy z siedzibą w Warszawie naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp.”

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 października 2014 r. pisemne zgłoszenia do postępowań odwoławczych, w kopii przesłane stronom w dniu 13 października 2013 r. zgłosili następujący wykonawcy:

- 1) konsorcjum firm w składzie: Orange Polska S.A., Integrated Solutions Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt: KIO 2112/14), w zakresie zarzutów kierowanych przez konsorcjum Atos-GTS wobec jego oferty,

- 2) konsorcjum firm w składzie: Netia S.A.; Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., Timsi Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt: KIO 2108/14 oraz KIO 2112/14,
- 3) konsorcjum firm w składzie: Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o., GTS Poland Sp. z o. o. zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt: KIO 2108/14) w zakresie zarzutów podnoszonych przez konsorcjum firm w składzie: Orange Polska S.A., Integrated Solutions Sp. z o.o., wobec oceny jego oferty.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia wniesionych odwołań w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców:

- 4) konsorcjum firm w składzie: Orange Polska S.A., Integrated Solutions Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt: KIO 2112/14), w zakresie zarzutów kierowanych przez konsorcjum Atos-GTS wobec jego oferty,
 - 5) konsorcjum firm w składzie: Netia S.A.; Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., Timsi Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt: KIO 2108/14 oraz KIO 2112/14,
- do udziału w postępowaniach odwoławczych, zgodnie z przystąpieniem, uznając że przesłanki wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane, w zakresie w jakim wymienieni wykonawcy posiadają interes w popieraniu stanowiska strony, po stronie o której przystąpili.

Izba postanowiła nie dopuścić konsorcjum: Atos IT Solutions and Services Sp. z o. o., GTS Poland Sp. z o. o. do udziału w sprawie o sygn. akt KIO 2108/14 z odwołania konsorcjum Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. gdyż na wstępie Izba stwierdziła, że wykonawca konsorcjum Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. nie wykazał interesu na moment wniesienia odwołania skarżenia zaniechania czynności zamawiającego wobec oceny oferty konsorcjum: Atos IT Solutions and Services Sp. z o. o., GTS Poland Sp. z o. o. - oferta odwołującego konsorcjum Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Odwołujący konsorcjum Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. nie wykazał, że oferta konsorcjum: Atos IT Solutions and Services Sp. z o. o., GTS Poland Sp. z o. o. w jakikolwiek sposób może mu zagrażać nawet przy uzyskaniu maksymalnej punktacji w kryterium poza cenowym. Z tych względów zarzuty konsorcjum Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. wobec oferty konsorcjum: Atos IT Solutions and Services Sp. z o. o., GTS Poland Sp. z o. o. – nie

podlegały rozpatrzeniu, a zatem przystąpienie w odniesieniu do tego zakresu zarzutów Izba uznaje za bezprzedmiotowe.

Sygn. akt: KIO 2108/14

Odwołujący - konsorcjum wykonawców: Orange Polska S.A, Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Netia S.A. - Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. - Timsi Sp. z o.o. (dalej Netia - Fujitsu - Timsi), podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. zaniechaniu czynności ujawnienia pełnej treści formularza cenowego złożonego przez wykonawcę:

a) Netia - Fujitsu - Timsi,

b) jak też przez wykonawcę Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o. - GTS Poland Sp. z o.o. (dalej Atos - GTS);

- z uwagi na okoliczność, iż formularz ten nie zawiera informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosił, że w przypadku prawidłowego działania zamawiającego i wykonania przez niego czynności, do których był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy, oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą i to odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący podkreślał, iż zamawiający zaniechał dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Atos - GTS w oparciu o wszystkie zaistniałe w okolicznościach sprawy przesłanki, co może skutkować pozbawieniem odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, mimo że jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, oraz może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego. Wobec powyższego, uznał, że jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp wobec czynności oceny oferty wykonawcy Atos - GTS.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

I. W odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi

Zarzut I.1 – naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści formularza cenowego złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Netia - Fujitsu

– Timsi, który to formularz nie zawiera informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa;

Zarzut I.2 - art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi w sytuacji, gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie przez zamawiającego omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

Zarzut I.3 - alternatywny, naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi, który podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania na skutek wyrażenia zgody na poprawienie przez zamawiającego projektu umowy licencyjnej;

Zarzut I.4 - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaferowanie warunków umowy licencyjnej niezgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

Zarzut I.5 - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

Zarzut I.6 - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Zarzut I.7 - naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nieuprawnione faworyzowanie wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi w trakcie badania i oceny ofert, jak również zaniechania przekazania przez zamawiającego informacji na temat czynności podejmowanych w postępowaniu przez zamawiającego wobec tego wykonawcy.

II. W odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę Atos - GTS

Zarzut II.1 - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści formularza cenowego złożonego przez wykonawcę Atos - GTS, który to formularz nie zawiera informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa;

Zarzut II.2 - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Atos - GTS, który podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania na skutek wyrażenia zgody na poprawienie przez zamawiającego projektu umowy licencyjnej;

Zarzut II.3 - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Atos – GTS, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie warunków umowy licencyjnej niezgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. ujawnienia pełnej treści Formularza cenowego złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi oraz wykonawcę Atos – GTS, jako niezawierającego informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, alternatywnie
 - 3.1. dokonania ponownego badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi z uwagi na podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania;
 - 3.2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie warunków umowy licencyjnej niezgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy Atos - GTS z uwagi na podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania;
6. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Atos - GTS w oparciu o wszystkie zaistniałe przesłanki z art. 89 ust. 1 ustawy, w tym jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie warunków umowy licencyjnej niezgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
7. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem odrzuconych ofert wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi oraz wykonawcy Atos - GTS.

Izba stwierdziła, że odwołujący - konsorcjum Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. nie wykazał interesu na moment wniesienia odwołania - skarżenia zaniechania czynności zamawiającego wobec oceny oferty konsorcjum: Atos IT Solutions and Services Sp. z o. o., GTS Poland Sp. z o. o. i odrzucenia tej oferty jeszcze z innych przyczyn niż podał zamawiający w powiadomieniu o wyniku przetargu z dnia 1 października

2014 r. Oferta odwołującego Orange Polska S. A. i Integrated Solutions Sp. z o. o. została sklasyfikowana na drugiej pozycji, co pozostawało okolicznością bezsporną. Odwołujący Orange Polska S. A. i Integrated Solutions Sp. z o. o. nie wykazał, że oferta konsorcjum: Atos IT Solutions and Services Sp. z o. o., GTS Poland Sp. z o. o. w jakikolwiek sposób może mu zagrażać, zważywszy na różnice zaoferowanej ceny - nawet przy uzyskaniu maksymalnej punktacji w kryterium poza cenowym. Z tych względów zarzuty konsorcjum Orange Polska S. A., Integrated Solutions Sp. z o. o. wobec oferty konsorcjum: Atos IT Solutions and Services Sp. z o. o., GTS Poland Sp. z o. o. – nie podlegały rozpatrzeniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący następująco argumentował stawiane zarzuty.

I. W odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi

Zarzut II.1 naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści formularza cenowego, który to formularz nie zawiera informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa - złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Netia - Fujitsu – Timsi.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może zastrzec, że część oferty nie może być udostępniona wyłącznie w przypadku, gdy zawiera ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymienione w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). 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.

W świetle przywołanej definicji, odwołujący uznał, iż brak jest podstaw prawnych i faktycznych do zastrzeżenia przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa Formularza cenowego, jak również informacji zawartych w Formularzu cenowym. Nie zmienia tej oceny fakt, iż w treści Formularza cenowego zawarte są informacje wskazujące na konfigurację oferowanego rozwiązania. Według odwołującego analiza treści i charakteru tego Formularza - w kontekście przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - wskazuje, że informacje te odnoszą się do danych, które określił zamawiający w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, oraz danych, które obligatoryjnie winni podać wszyscy wykonawcy składający ofertę w niniejszym postępowaniu. Formularz cenowy zawiera natomiast ceny jednostkowe, w oparciu o które dokonywane będzie rozliczenie realizowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.02.2012r. sygn. KIO 308/12, że nie

można zaś zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do cen (nawet jednostkowych), za które wykonawca podejmuje się realizacji zamówienia. Wszelkie informacje dotyczące ceny zawarte w ofercie podlegają ujawnieniu, tym bardziej, jeśli sposób kalkulacji ceny był ustanowiony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyrok KIO z dnia 20.06.2011r. sygn. 1243/11) - co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Formularz cenowy - jako załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego, obligatoryjnie podlegać będzie ujawnieniu, z uwagi na brzmienie art. 139 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten wprowadza zasadę jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada ta dotyczy zarówno samej umowy, jak również załączników do umowy. Dodatkowo, obowiązek ujawnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym załączników do takiej umowy, wynika z przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz ustawy o finansach publicznych. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest informacja dotycząca umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż zgodnie z art. 34 ustawy o finansach publicznych takie informacje objęte są zasadą jawności, a co za tym idzie - każdy zainteresowany mógłby je uzyskać w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Jednocześnie odwołujący zwracał uwagę na treść art. 35 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy, a zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, lub w przypadku gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa.

Z powyższych przyczyn odwołujący uznawał, że próba objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa Formularza cenowego na obecnym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. po złożeniu oferty, a przed zawarciem umowy, stanowi *de facto* obejście reguł wynikających z zasady jawności postępowania i zmierza wyłącznie do niedopuszczenia pozostałych uczestników postępowania do dostępu do informacji zawartych w tym dokumencie, podlegających weryfikacji podczas oceny złożonych ofert, w celu ograniczenia możliwości weryfikacji treści Formularza cenowego przez potencjalnych konkurentów. Odwołujący przytoczył tezę z wyroku z dnia 14.12.2012r. sygn. akt I OSK 2208/12 Naczelnego Sądu Administracyjnego, cyt.: „Do spraw wszczętych w trybie dostępu do informacji publicznej, podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej

stosuje przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej przy uwzględnieniu szczególnych unormowań ustawy - Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że ustawa - Prawo zamówień publicznych, poprzez choćby czasowe ograniczenia możliwości udostępniania określonych informacji, odbiera przymiot informacji publicznej innym, niż umowy i protokoły, dokumentom posiadającym taki walor, a dotyczącym postępowań przetargowych i szeroko pojętej realizacji zamówień." W ocenie odwołującego sam fakt, iż Formularz cenowy podlega ujawnieniu jako załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego, uniemożliwia skuteczne zastrzeżenie tego dokumentu, jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa na obecnym etapie postępowania. Zastrzeżenie takie winno zostać uznane przez zamawiającego, jako nieskuteczne. Wedle poglądów prezentowanych przez doktrynę „Przepisy wyznaczające zakres przedmiotowy informacji niejawnych powinny podlegać wykładni zawężającej, albowiem stanowią one wyjątki od zasady jawności życia publicznego i każdorazowo ich stosowanie oznacza ograniczenie prawa do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne (R. Szałowski, Ochrona informacji niejawnych a prawo dostępu do informacji publicznej, *Ius Novum* 2013/1, wersja on-line). Stąd nie jest dopuszczalne dowolne rozszerzanie znaczenia przesłanek uznania informacji za niejawną, aby objęły zakresem informacje podane przez wykonawców Netia - Fujitsu - Timsi oraz Atos - GTS w Formularzu cenowym. Odwołujący przytoczył kolejny wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2009 r. sygn. akt I CKN 1159/00, który orzekł, iż: „przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego naruszenie zarzucił skarżący, nie pozwala na objęcie tajemnicą informacji powszechnie znanych lub takich, o treści których określony podmiot ze względu na rodzaj prowadzonej działalności (wykonywany zawód) jest zainteresowany ich posiadaniem i może się o nich dowiedzieć w zwykłej i dozwolonej drodze. Co więcej, informacja dotychczas nieznaną traci swój tajny charakter i tym samym ochronę wówczas, gdy zostanie rozpowszechniona w sposób pozwalający każdemu zainteresowanemu na zapoznanie się z nią bez zgody dysponenta”. Na podstawie cytowanej tezy komentatorzy wywiedli, że skoro umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne - zastrzeżenie wykonanych zamówień publicznych jako tajemnicy przedsiębiorstwa wydaje się niezasadne.

Odwołujący ponowił zarzut, że zamawiający w sposób nieprawidłowy zbadał przesłanki zastrzeżenia przez wykonawców Netia - Fujitsu - Timsi oraz Atos - GTS treści Formularza cenowego, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający pełniąc funkcję organizatora i gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do wypełniania obowiązków nałożonych na niego w ustawie. W szczególności jest on zobowiązany zbadać, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu przepisów ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia, czy w danym przypadku występują podstawy do uznania tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający winien ustalić, czy w stanie faktycznym występują, omówione powyżej przesłanki jej zastosowania. Zamawiający powinien bardzo szczegółowo odnieść się do treści poszczególnych dokumentów, może się bowiem okazać, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Jednocześnie odwołujący podkreślił, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Co do Formularza cenowego złożonego przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi za istotne odwołujący poczytał, że wykonawca nie objął zastrzeżeniem niejawności całej treści tego Formularza, a jedynie informacje wskazujące na oferowane rozwiązanie, tj. nazwę, typ, producenta urządzenia, systemu. Z treści Formularza oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi wyraźnie wynika, że Formularz cenowy nie został wskazany przez tego wykonawcę, jako część oferty niepodlegająca udostępnieniu innym (poza zamawiającym) uczestnikom postępowania, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skutkiem tego zamawiający zobowiązany był ujawnić pełną treść Formularza cenowego złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi. Na rozprawie odwołujący dodał, że mógł się zapoznać z czynnościami podjętymi przez zamawiającego wobec faktu utajnienia oznaczonych dokumentów w ofertach konsorcjum Netia i Atos praktycznie po powiadomieniu go o ustaleniu wyniku postępowania. Zdaniem odwołującego, wbrew stanowisku zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jego zarzut wobec konsorcjum Netia nie był spóźniony. Odwołujący podtrzymał argumentację przytoczoną w treści odwołania, że Formularz cenowy stanowi załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego, wobec tego jest jawny w oparciu o przepisy o dostępie do informacji publicznych. Art. 86 ust 4 ustawy Pzp nie odnosi się do samych cen, ale i do opisu pozycji. W ocenie odwołującego przepis art. 86 ust 4 Pzp ma pierwszeństwo i wyłącza stosowanie art. 11 ust 4 u.z.n.k.

Stanowisko zamawiającego

Zamawiający potwierdził, że wykonawca Netia- Fujitsu - Timsi utajnił tylko opis podanych rozwiązań w zakresie oprogramowania i urządzeń w Tabeli 1 i 3 załącznika nr 2 - Formularza cenowego, ceny natomiast zostały podane bez ich utajnienia, konsorcjum Atos-GTS utajniło cały załącznik nr 2. Zamawiający w oparciu o wyjaśnienia wykonawców

pozostawił te dokumenty bez dalszego odtajnienia. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołania, że nie przeprowadził procedury wyjaśnienia zasadności wyłączenia jawności dokumentów oferty wykonawcy Netia- Fujitsu – Timsi, a po drugie, że naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak odtajnienia całości Formularza cenowego. Zaznaczał, że oferta wykonawcy Netia w zakresie, w jakim wykonawca utajnił załącznik nr 2 nie podlegała odtajnieniu. Zmawiający potwierdził, że gdyby nawet oferta konsorcjum Atos – GTS podlegała ocenie według kryteriów, nie byłaby ona w stanie uplasować się przed ofertą konsorcjum Orange – co przesądza o braku wykazania interesu po stronie odwołującego – do podnoszenia jakichkolwiek zarzutów wobec oferty wymienionego konsorcjum, w tym dotyczących zasadności utajniania dokumentów. Zamawiający podtrzymał stanowisko, że zarzuty podnoszone na nieodtajnienie dokumentów są spóźnione ponieważ powinny być podnoszone w odwołaniu, którego termin wniesienia powinien być liczony od momentu otrzymania przez konsorcjum Orange części jawnej ofert innych uczestników przetargu.

Stanowisko konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi

Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego. Podnosił, że zarówno w ofercie i wyjaśnieniach utajnił jedynie ten zakres informacji, który odnosił się do zagadnień technicznych, technologicznych organizacyjnych i handlowych oraz przy wyjaśnieniu kalkulacji ceny jego oferty.

Stanowisko Izby

Okolicznością bezsporną pozostawało, że wykonawca konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi zastrzegł w jedynie w Formularzu cenowym część opisową w Tabeli nr 1 zawierającą oferowane oprogramowanie oraz część opisową w Tabeli nr 3 zawierającą rozwiązania sprzętowe. W pozostałym zakresie Formularz cenowy wymienionego wykonawcy podlegał ujawnieniu. Zamawiający nie naruszył wskazywanych w odwołaniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy Pzp poprzez odmowę ujawnienia pełnej treści Formularza cenowego złożonego w ramach oferty przez wykonawcę Netia - Fujitsu – Timsi, gdyż dane załącznika nr 2 objęte opisem Tabeli nr 1 i 3 nie podlegały ujawnieniu - jako autorskie opracowania konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi, tj. wykazujące oprogramowanie i sprzęt - obrazujące rozwiązania techniczne przyjęte przez wykonawcę - wchodzące w skład oferowanego Systemu, a więc zawierające informacje o charakterze technicznym i technologicznym, a zatem mające dla składającego zastrzeżenie wartość gospodarczą. Art. 86 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że podczas otwarcia ofert podaje się informacje dotyczące ceny. W ocenie Izby przepis ten odnosi się także do cen jednostkowych, np. podanych w kosztorysach ofertowych na podstawie przedmiarów przekazanych wykonawcom przez zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu zamawiający w formularzu cenowym - w innych Tabelach określił zakres świadczeń podlegających wycenie, a w Tabelach 1 i 3 wymagał, aby zakres ten podał samodzielnie wykonawca. Taki sposób ukształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia – prowadził wprost do zaistniałej sytuacji, tj. zastrzeżenia elementów koncepcyjnych proponowanych rozwiązań technicznych podanych w Formularzu cenowym. Wykonawcy mogli we właściwym terminie skarżyć postanowienia SIWZ, które uważali za naruszające przepisy ustawy Pzp. Konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi zasadnie utajniło w swojej ofercie informacje wskazujące na oferowane rozwiązanie, tj. nazwę, typ, producenta urządzenia, systemu oraz oprogramowania. Bez znaczenia pozostawało, że informacje dotyczące umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych z zasady są objęte jawnością i udostępniane w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, gdyż i te przepisy pozwalają na wyłączenie jawności informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może zastrzec, że część oferty nie może być udostępniona w przypadku, gdy zawiera ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymienione w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). 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. Skoro zastrzeżone w ofercie konsorcjum Netia - Fujitsu –Timsi informacje spełniały powyższe przesłanki, a odwołujący nie udowodnił, iż zwykłą i dozwoloną drogą można było wejść w ich posiadanie – zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego, że zarzuty odwołania w tym zakresie pozostawały spóźnione. Zamawiający w różnym czasie zwracał się do wykonawców o uzasadnienie dla utajnienia poszczególnych dokumentów. Z tych względów dopiero dokonanie oceny ofert w warunkach utajnienia treści oznaczonych dokumentów dało wykonawcom pełną wiedzę – co zakresu tego utajnienia, który uprzednio został zweryfikowany przez zamawiającego.

Zarzut I.2 naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi w sytuacji, gdy wykonawca w ustawowym terminie nie zgodził się na poprawienie przez zamawiającego omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 19 września 2014 r. zamawiający skierował do wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi pismo zawierające informację o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy:

- treści formularza oferty - w zakresie pkt 1a Formularza, poprzez poprawienie konkretnych wartości do obliczenia punktacji w ramach kryterium oceny ofert, oraz
- projektu umowy licencyjnej - poprzez poprawienie projektu i nadaniem mu treści jak w załączniku do pisma.

Pismo zamawiającego z dnia 19 września 2014 r. zawierało również wezwanie skierowane do wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi do wyrażenia w terminie 3 dni zgody na poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy treści oferty.

Wykonawca Netia - Fujitsu - Timsi w dniu 22 września 2014 r. przesłał zamawiającemu pismo, w którego treści wskazał iż, cyt.: „w związku z pismem Zamawiającego z dnia 22 września 2014 roku akceptujemy poprawki dokonane w naszej ofercie przez Zamawiającego dotyczące pkt 1a Formularza oferty oraz poprawki projektu umowy licencyjnej”.

Odwołujący podkreślił, iż pismem z dnia 22 września 2014 r. wykonawca Netia - Fujitsu - Timsi nie wyraził prawidłowo zgody na poprawienie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy treści swojej oferty, a tym samym uchybił 3-dniowemu terminowi na wyrażenie zgody - co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi.

Od strony formalnej zgoda może zostać udzielona przez wykonawcę w dwojaki sposób:

- poprzez odniesienie się w oświadczeniu wykonawcy do treści konkretnego pisma zamawiającego ze wskazaniem, iż wykonawca akceptuje poprawki w treści oferty wymienione w tym piśmie,
- bądź poprzez wyraźne wskazanie w treści oświadczenia wykonawcy, na jakie zmiany i w jakim brzmieniu wyraża on zgodę.

Wykonawca Netia - Fujitsu - Timsi w złożonym oświadczeniu w dniu 22 września 2014 r. według odwołującego nie wyraził zgody na poprawki wprowadzone przez zamawiającego do jego oferty w żaden z powyższych sposobów. Po pierwsze, nie wskazał w treści oświadczenia, na jakie zmiany i w jakim brzmieniu wyraża on zgodę; po drugie, nie odniósł się do pisma zamawiającego z dnia 19 września 2014 r. - przeciwnie, powołał się na pismo z dnia 22 września 2014 r.

Zgoda wykonawcy na poprawienie innej omyłki nie może być domniemana. Inaczej mówiąc, wykonawca w terminie 3 dni od dnia zawiadomienia go o poprawieniu omyłki musi zająć stanowisko poprzez wyrażenie zgody. Nie zajęcie stanowiska lub brak zgody, przez co należy również rozumieć nieprawidłowe czy też niejednoznaczne oświadczenie wykonawcy,

skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Podkreślał, że 3-dniowy termin na wyrażenie przez wykonawcę zgody na poprawienie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp treści oferty wykonawcy ma charakter terminu zawitego. Termin ten nie podlega przywróceniu. Zatem aktualnie nie ma możliwości skutecznego złożenia przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi poprawnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na dokonanie przez zamawiającego poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W takich okolicznościach sprawy, wobec niewyrażenia przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi wyraźnej i jednoznacznej zgody na poprawienie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp treści oferty wykonawcy, wskazującej na konkretne zmiany dokonane przez zamawiającego, spełnione zostały według odwołującego przesłanki skutkujące koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający wyjaśniał, że jego wezwanie zostało opatrzone nieprawidłową datą 19 września 2014 r., podczas, gdy faktycznie zostało doręczone 22 września 2014 r. Zgoda konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi na dokonanie poprawek została wyrażona w zakreślonym terminie, zgodnym z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W tym samym piśmie datowanym na 19 września 2014 r. zamawiający wezwał konsorcjum Netia do zaakceptowania dokonanych poprawek w ofercie w zakresie punktu 1a formularza oferty tzn. funkcjonalności oraz umowy licencyjnej. Zgoda konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi na dokonanie poprawek została wyrażona w zakreślonym terminie, zgodnym z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, tzn. 22 września 2014 r. Konsorcjum Netia - Fujitsu - Timsi zaakceptowało poprawki w zakresie punktu 1a formularza oferty i wzoru umowy licencyjnej.

Stanowisko przystępującego - konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi potwierdziło wyjaśnienia zamawiającego.

Stanowisko Izby

Postępowanie dowodowe wykazało, że konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi, zgodziło się na dokonanie poprawek w jego ofercie, zgodnie z wezwaniem zamawiającego w zakreślonym terminie 3 dni od otrzymania informacji o dokonaniu poprawy jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zarazem w terminie zgodnym z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający pismem datowanym 19 września 2014 r. (doręczonym 22 września 2014 r.) wzywał do akceptacji poprawek:

- w formularzu oferty punkt 1a (funkcjonalności), któremu nadał odpowiednie brzmienie

- oraz do zaakceptowania poprawionego projektu umowy licencyjnej.

W piśmie z dnia 22 września 2014 r. konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi podało – „akceptujemy poprawki dokonane w naszej ofercie przez zamawiającego dotyczące pkt 1a Formularza oferty oraz poprawki projektu umowy licencyjnej.”

Wbrew zarzutom odwołania, zdaniem Izby wyrażenie zgody na dokonanie poprawy złożonej oferty przez konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi miało charakter jednoznaczny i skuteczny oraz zostało dokonane terminowo. W tym wykonawca wyraził zgodę na dokonanie poprawy zaproponowanej umowy licencyjnej. Brak podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż nie zachodziły okoliczności obligujące do odrzucenia oferty konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi z tej przyczyny.

Zarzut I.3 – zarzut alternatywny naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, którzy podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania na skutek wyrażenia zgody na poprawienie przez zamawiającego projektu umowy licencyjnej.

Odwołujący wyjaśniał, że wymagania zamawiającego dotyczące projektu umowy licencyjnej, jaki wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zobowiązani byli załączyć do oferty, określone zostały w załączniku nr 6 do SIWZ. Zgodnie z treścią tego załącznika, wykonawca zobowiązany był udzielić zamawiającemu niewyłącznej Licencji na System na czas nieokreślony umożliwiający jednoczesną pracę nieograniczonej liczbie użytkowników Systemu, zapewniającej, co najmniej uprawnienie do zainstalowania Systemu na Serwerze/Serwerach zamawiającego, korzystania z Systemu w celu przetwarzania danych zamawiającego dla potrzeb prowadzonej przez niego działalności, sporządzania kopii zapasowych Systemu dla potrzeb właściwego zabezpieczenia danych, użytkownika nowych wersji Systemu, jego modyfikacji oraz jego aktualizacji i innych zmian (zamawiający musi mieć prawa do wprowadzenia ww. modyfikacji, aktualizacji i innych zmian), pobierania i odczytywania danych poprzez sporządzanie przez zamawiającego własnych raportów z baz danych przy użyciu służącego do tego dostarczonego przez Wykonawcę oprogramowania narzędziowego Systemu, bądź własnych programów zintegrowanych z oferowanym Systemem zgodnie z pkt. 3.3.7 i 3.3.8 SIWZ. Projekt umowy licencyjnej winien zawierać również zapisy gwarantujące, że System jest wolny od wad prawnych, zabezpieczenie zamawiającego przed roszczeniami osób trzecich, zabezpieczenie zamawiającego, w przypadku zakończenia prowadzenia działalności przez wykonawcę.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający dodał do projektu umowy licencyjnej zaproponowanego przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi postanowienie w przedmiocie oświadczenia wykonawcy o posiadaniu „wyłącznych praw autorskich do zintegrowanego systemu informatycznego w zakresie elektronicznego obiegu dokumentów, w tym do systemów operacyjnych, oprogramowania aplikacyjnego, bazodanowego, narzędziowego i wizualizacyjnego stanowiącego przedmiot Umowy na dostawę i wdrożenie Systemu w Państwowej Inspekcji Pracy, zawartej między stronami (...) zwanego dalej „Systemem”. Odwołujący powoływał się na zmiany projektu umowy licencyjnej przesłane odwołującemu, wskazując za podstawę pismo zamawiającego z dnia 8 października 2014r. - w którym zamawiający oświadczył, że taki sam wzór umowy został przekazany do wszystkich wykonawców celem akceptacji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przeczy logice uznawanie za prawdziwe oświadczenia wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, w którym wykonawca ten stwierdza, że „posiada wyłączne majątkowe prawa autorskie do zintegrowanego systemu informatycznego w zakresie elektronicznego obiegu dokumentów, w tym systemów operacyjnych.” Wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi przedstawił bowiem w swojej ofercie rozwiązanie, z którego wynika, że wymaganą infrastrukturą programową jest środowisko Microsoft (w szczególności Microsoft SharePoint oraz - w konsekwencji - Microsoft Windows. Autorskie prawa majątkowe do tego oprogramowania przysługują innemu podmiotowi, światowemu potentatowi na rynku programów komputerowych, tj. Microsoft. Przedsiębiorca ten osiąga olbrzymie zyski ze sprzedaży tegoż oprogramowania, udzielając na nie stosownych licencji. Wysokość dochodów, jakie generuje udzielanie licencji na system operacyjny Windows wyniosła w roku 2013 niemal 20 mld USD, a przychód z tytułu obsługi tego programu komputerowego osiągnął 9,5 mld USD. Przychody zaś z tytułu licencjonowania oprogramowania Server and Tools wyniosły w roku 2013 ponad 28 mld USD włączając w to przychody z tytułu obsługi takiego oprogramowania. Jak więc wynika z tych danych wyzbycie się przez podmiot Microsoft autorskich praw majątkowych do ww. programów komputerowych i przeniesienie ich na kogoś z członków konsorcjum firm Netia S.A. Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. oraz Timsi Sp. z o.o. tak - by mogło złożyć prawdziwe oświadczenie o przysługiwaniu autorskich praw majątkowych jest nierealne, przeczy zdrowemu rozsądkowi, logice, wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego. W sposób niewątpliwy oznaczałoby bowiem wydatne uszczuplenie zysków Microsoft, na które przedsiębiorca ten pracował od kilkadziesiąt lat. Oznaczałoby też odebranie Microsoft jednego z najbardziej rozpoznawalnych produktów (marek) na świecie w ogóle, nie tylko w dziedzinie informatyki.

Odwołujący pozostawał na stanowisku, że wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi powinien, składając oświadczenie, którego prawdziwość jest niniejszym kwestionowana,

przedstawić zamawiającemu stosowne, dodatkowe oświadczenie właściciela praw autorskich wyrażające zapewnienie, że w dacie zawierania umowy licencyjnej autorskie prawa majątkowe przysługiwać będą jednemu z członków konsorcjum, a to z uwagi na niecodzienność deklaracji o posiadaniu praw do jednego z najbardziej rozpoznawalnych i popularnych programów komputerowych świata. Zatem uznał, że oświadczenie jakie przedstawili wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, w którym poświadczyli, że posiadać będą autorskie prawa majątkowe do systemów operacyjnych Microsoft Windows nie jest prawdziwe.

Odwołujący przytoczył fragment umowy licencyjnej - wykonawca oświadcza, że posiada wyłączne majątkowe prawa autorskie do zintegrowanego systemu informatycznego w tym do systemów operacyjnych. Odwołujący nie zaprzeczał, że w § 5 wzoru umowy (zał. nr 16) jest napisane, że wykonawca zobowiązuje się do przeniesienia na rzecz zamawiającego praw do korzystania z licencji systemu tj. licencji na dostarczone systemy operacyjne, oprogramowanie aplikacyjne, bazodanowe i narzędziowe wraz z prawem do korzystania wykonawca przenosi autorskie prawa majątkowe do wykonanego w ramach realizacji prac będących przedmiotem odbioru wszelkiego oprogramowania dedykowanego. Jest to według odwołującego klasyczny przypadek złożenia nieprawdziwego oświadczenia w celu uzyskania zamówienia przez konsorcjum Netia. Stwierdził, że nie można interpretować wzoru umowy licencyjnej w kontekście postanowień § 5 wzoru umowy o realizację zamówienia.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający wyjaśniał, że wysłał jednobrzmiący projekt umowy licencyjnej do wszystkich wykonawców i projekt ten został zaakceptowany przez konsorcjum Netia - Fujitsu - Timsi oraz Atos-GTS. Zdaniem zamawiającego projekt umowy licencyjnej stanowi integralną część wzoru umowy w sprawie realizacji zamówienia (zał. nr 16 do SIWZ) a jego postanowienia nie prowadzą do naruszenia praw autorskich do oprogramowania, w tym systemów operacyjnych. Zgodnie z § 5 umowy w sprawie realizacji zamówienia zamawiający żąda jedynie przeniesienia praw autorskich w odniesieniu do oprogramowania dedykowanego dla danego Systemu, a nie żąda tych praw w odniesieniu do oprogramowania stanowiącego komponenty tego Systemu. Zamawiający podtrzymał, że umowa licencyjna, której wzór przekazał wykonawcom do akceptacji nie będzie upoważniała go do żądania, aby wykonawca legitymował się wyłącznymi majątkowymi prawami autorskimi w zakresie, między innymi użytych systemów operacyjnych i te prawa przekazywał na jego rzecz. Zamawiający odwołał się do § 8 umowy licencyjnej, w której mowa o tym, że pierwszeństwo mają postanowienia umowy o realizację zamówienia.

Stanowisko przystępującego – wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi popierał stanowisko zamawiającego. Stwierdził, iż nie składał żadnych samodzielnych oświadczeń zawierających

nieprawdziwe informacje, dostosował swoją ofertę do wymagań SIWZ, które w tym zakresie nie były zaskarżone.

Stanowisko Izby

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ podał wymagania, co treści umowy licencyjnej. Zobowiązał wykonawców do przedstawienia wraz z ofertą konkretnych projektów umowy licencyjnej. Jednocześnie zastrzegł na swoją rzecz, że jeżeli stwierdzi, że przedstawiony projekt nie jest w pełni zgodny z dokumentacją przetargową zostaną do niego wprowadzone zmiany w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający wprowadził zmiany do projektu umowy licencyjnej przedstawionej w dokumentach oferty przez wykonawcę Netia - Fujitsu – Timsi oraz Orange. W piśmie datowanym 19 września 2014 r. doręczonym 22 września 2014 r. zamawiający wezwał konsorcjum Netia do zaakceptowania dokonanych poprawek w ofercie w zakresie umowy licencyjnej - pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lub do wniesienia zastrzeżeń. Zgoda konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi na dokonanie poprawek została wyrażona w określonym terminie, określonym przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, tzn. 22 września 2014 r.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że projekt umowy licencyjnej należy odczytywać łącznie z postanowieniami wzoru umowy w sprawie realizacji zamówienia (zał. nr 16 do SIWZ), gdyż stanowi on załącznik nr 9 do projektu tej umowy, jako jej integralną część. Zgodnie z § 5 umowy w sprawie realizacji zamówienia zamawiający żąda jedynie przeniesienia praw autorskich w odniesieniu do oprogramowania dedykowanego dla danego Systemu - wytworzonego przez wykonawcę, a nie żąda tych praw w odniesieniu do oprogramowania stanowiącego komponenty tego systemu. Umowa licencyjna, której wzór zamawiający przekazał wykonawcom do akceptacji nie będzie upoważniała go do żądania, aby wykonawca legitymował się wyłącznymi majątkowymi prawami autorskimi w zakresie między innymi użytych systemów operacyjnych innych wytwórców i przenosił te prawa na zamawiającego. We wzorze - § 8 umowy licencyjnej wprost jest mowa o tym, że pierwszeństwo mają postanowienia umowy o realizację zamówienia. Z postanowień § 1 ust. 4 wzoru umowy licencyjnej wynika, że w przypadku budowy systemu z zastosowaniem oprogramowania wystandaryzowanego (...) wykonawca udzieli na nie zamawiającemu licencji na standardowych warunkach licencyjnych producentów przedmiotowego oprogramowania. Licencje te nie będą ograniczać prawa zamawiającego do przebudowy/modyfikacji/ rozbudowy systemu i zostaną udzielone na czas nieokreślony (...).

W powyższych okolicznościach sprawy - zaakceptowania przez konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi narzuconego wzoru umowy licencyjnej, w ocenie Izby nie można stawiać zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, którzy podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania na skutek wyrażenia zgody na poprawienie przez zamawiającego projektu umowy licencyjnej. W ocenie Izby nie zmienia tego faktu, że w jakimś zakresie zamawiający przystał na zmiany wprowadzone przez odwołującego konsorcjum Orange - Integrated Solutions do wzoru umowy licencyjnej, z uwagi na odmienną sytuację tego konsorcjum. Treść wzoru umowy licencyjnej z zasady winna być jednolita dla wszystkich wykonawców i podana wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – do zaakceptowania przez wykonawców, lub zaskarżenia we właściwym terminie odwołaniem - wniesionym wobec postanowień SIWZ.

Zarzut I.4 naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie warunków umowy licencyjnej niezgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający - dokonując poprawy projektu umowy licencyjnej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wprowadził do projektu umowy licencyjnej zbyt daleko idące postanowienia dotyczące posiadania przez wykonawców praw własności intelektualnej do oferowanego oprogramowania, niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie skutkujące wprowadzeniem do treści oferty wykonawców postanowień nieodpowiadających treści specyfikacji.

Odwołujący powoływał się na zmiany projektu umowy licencyjnej przesłane odwołującemu, wskazując za podstawę pismo zamawiającego z dnia 8 października 2014r. - w piśmie tym zamawiający oświadczył, że taki sam wzór umowy został przekazany do wszystkich wykonawców celem akceptacji.

Skoro tak, zamawiający dodał do projektu umowy licencyjnej zaproponowanego przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi postanowienie w przedmiocie oświadczenia wykonawcy o posiadaniu „wyłącznych praw autorskich do zintegrowanego systemu informatycznego w zakresie elektronicznego obiegu dokumentów, w tym do systemów operacyjnych, oprogramowania aplikacyjnego, bazodanowego, narzędziowego (...) stanowiącego przedmiot Umowy na dostawę i wdrożenie Systemu w Państwowej Inspekcji Pracy, zawartej między stronami w dniu (...) zwanego dalej „Systemem”. Wymaganie, by wykonawca posiadał wyłączne prawa autorskie do Systemu jest sprzeczne z zawartym w

załączniku nr 6 do specyfikacji warunkiem udzielenia zamawiającemu niewyłącznej Licencji na System. Przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych wyróżniają dwa rodzaje umów dotyczących praw autorskich: umowę o przeniesienie autorskich praw majątkowych oraz umowę o korzystanie z utworu, tzw. licencje. W przypadku umowy przenoszącej prawa autorskie, twórca definitywnie zbywa przysługujące mu prawa autorskie majątkowe. Jednakże umowa przenosząca majątkowe prawa autorskie obejmuje tzw. pola eksploatacji (formy korzystania z utworu) wyraźnie w niej wymienione. Licencja polega natomiast na tym, że twórca upoważnia inny podmiot do korzystania z utworu na wymienionych w umowie polach eksploatacji z określeniem zakresu, miejsca i czasu tego korzystania. Umowa licencji niewyłącznej jest podstawową formą obrotu majątkowymi prawami autorskimi do programów komputerowych. Ten drugi rodzaj umowy licencyjnej był wymagany przez Zamawiającego zgodnie z treścią załącznika nr 6 do specyfikacji. Jest to uzasadnione, jako że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał prawo zaoferować zamawiającemu System informatyczny oparty na oprogramowaniu komercyjnym, nie zaś na oprogramowaniu dedykowanym wytworzonym indywidualnie dla zamawiającego. Odwołujący zauważył, iż wykonawcy nie posiadają i nie nabędą na potrzeby realizacji zamówienia (tzn. nie będą posiadali) „wyłącznych majątkowych praw autorskich” do zintegrowanego systemu informatycznego, w szczególności w zakresie takich jego komponentów, jak systemy operacyjne, oprogramowanie aplikacyjne, bazodanowe, narzędziowe, czy wirtualizacyjne. „Wyłączne majątkowe prawa autorskie” do określonych komponentów systemu należeć, bowiem mogą do podmiotów trzecich. Ich nabycie przez wykonawcę nie jest warunkiem stawianym przez zamawiającego w SIWZ, nie jest to też niezbędne w celu udzielenia zamawiającemu wymaganych licencji. Podkreślał również, iż zamawiający nie wymagał od wykonawcy udzielenia upoważnienia dla zamawiającego do udzielania dalszej licencji na korzystanie z systemu. Warunku tego rodzaju nie zawarto w SIWZ, tym samym zgoda na proponowane postanowienie umowne powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający nie żądał nadto przekazania przez wykonawcę kodów źródłowych do Systemu, jako całości - za wyjątkiem przekazania kodów źródłowych do oprogramowania dedykowanego oraz modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego (§ 5 ust. 2 zdanie 2 wzoru umowy będącego załącznikiem do SIWZ).

Biorąc pod uwagę powyższe - jako zarzut alternatywny do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi w sytuacji, gdy wykonawca w ustawowym terminie nie zgodził się na poprawienie przez zamawiającego omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z ostrożności procesowej odwołujący podnosił, iż wyrażenie przez wykonawcę Netia - Fujitsu -

Timsi zgody na poprawienie projektu umowy licencyjnej skutkuje zmianą treści oferty nieodpowiadającą treści SIWZ.

Dalej odwołujący Orange Polska S.A, Integrated Solutions Sp. z o.o. wywodził, że akceptacja przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi zmodyfikowanego przez zamawiającego projektu umowy licencyjnej skutkowałą zmianą treści oferty wykonawcy nieodpowiadającą treści SIWZ. W tych okolicznościach, zdaniem odwołującego - zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w kwestii wzoru umowy licencyjnej, albowiem jeżeli w SIWZ zastrzegł na swoją rzecz możliwość wprowadzenia zmian do proponowanych umów licencyjnych według załącznika nr 6 do SIWZ - nie można stawiać wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi zarzutu, że przez dostosowanie oferty do wymagań zamawiającego SIWZ, oferta ta nie jest zgodna z postanowieniami SIWZ. Zamawiający stwierdził, iż brak było podstaw do zastosowania art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec wybranego wykonawcy, zatem nie naruszył tej normy.

Stanowisko przystępującego - wykonawca konsorcjum Netia – Fujitsu – Timsi popierał zamawiającego.

Stanowisko Izby

Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone powyżej w rozstrzygnięciu zarzutu I.3 odwołania. O ile odwołujący uznawał, że wzór umowy przesłany przez zamawiającego do obligatoryjnej akceptacji wykonawców jest wadliwy i narusza prawo w odniesieniu do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych winien zaskarżyć tę czynność zamawiającego we właściwym terminie. Treść postanowień SIWZ została ukształtowana wraz z wzorem umowy licencyjnej i na obecnym etapie postępowania brak podstaw do rewidowania jej postanowień.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie warunków umowy licencyjnej niezgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie mógł zostać uwzględniony, gdyż wykonawca Netia - Fujitsu - Timsi zaakceptował wprost wzór umowy licencyjnej, który został ustanowiony przez zamawiającego – jako składnik SIWZ, tym samym zarzut, że wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi złożył przez to ofertę, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ klóci się nie tylko z postanowieniami przywoływanego przepisu, ale i z logicznym rozumowaniem. Rozwiązania architektury oferowanego Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów mogą stanowić autorskie opracowanie wykonawcy stanowiące oprogramowanie dedykowane - objęte jego

prawami autorskimi, niezależnie od tego, że zostało stworzone z wykorzystaniem oprogramowań komercyjnych innych wytwórców – udostępnianych na zasadach licencjonowania.

Zarzut I.5 naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- a) W treści SIWZ zamawiający postawił wymaganie, by wykonawcy uwzględnili przy przygotowaniu ofert dodatkowy okres 10 dni świadczenia usługi zapewnienia WAN w czasie, kiedy sieć ta obsługuje wyłącznie SEOD. Zamawiający potwierdził to wymaganie w treści Formularza cenowego w tabeli 4. Sieć PIP WAN jest traktowana jako sieć podkładowa i musi być uruchomiona na 10 dni przed okresem rozpoczęcia jej eksploatacji. Okres ten jest niezbędny do przeprowadzenia testów i wprowadzenia poprawek w całym bardzo skomplikowanym systemie sieci PIP WAN wraz z systemem bezpieczeństwa - przed wprowadzeniem systemu SEOD do pracy produkcyjnej.

Odwołujący wyjaśniał, że ten 10-dniowy okres wymaga dodatkowych nakładów ze strony wykonawcy, związanych z uruchomieniem łącz oraz wykupieniem usług bezpieczeństwa na niestandardowy okres 10 dni. Zazaczył, że standardowy okres zakupu usług bezpieczeństwa (w tym licencje, subskrypcje), obejmuje 12 miesięcy. Z treści SIWZ wynika także, że dodatkowe 10 dni są niezbędne z uwagi na procedury odbioru opisane przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego wykonawca Netia - Fujitsu - Timsi nie uwzględnił w złożonej przez siebie ofercie 10-dniowego okresu wymaganego przez zamawiającego zapewniającego możliwość testów i wykonania rozruchu całości sieci PIP WAN przed uruchomieniem systemu SEOD. Powyższy błąd - biorąc pod uwagę profesjonalny charakter działalności wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi, nie może być traktowany, jako omyłka. Zdaniem odwołującego wykonawca celowo pominął dodatkowy 10-dniowy okres świadczenia usługi wymagany przez zamawiającego, co ma ten skutek, że systemu sieci podkładowej nie da się fizycznie odebrać – przekonywał, że nie jest to omyłka możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

- b) Ogólna analiza treści oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi przywiodła odwołującego do wniosków, że wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich urządzeń i innych elementów niezbędnych do należytej realizacji zamówienia, bądź też uwzględnił technologie, urządzenia i elementy niespełniające wymagań opisanych w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że w przeprowadzeniu dowodu na zasadność przedmiotowego twierdzenia pomocne będzie ujawnienie przez zamawiającego pełnej treści Formularza cenowego złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi, o co wnosił w odwołaniu.

W trakcie rozprawy odwołujący dodał, że zamawiający nie ma prawa, aby uzupełniać przedmiot zamówienia i dokonywać takiej poprawy w treści ofert wykonawców po upływie terminu na ich złożenie. Zaznaczał, że zamawiający nie udostępnił mu pisma z dnia 2 września 2014 r. omyłkowo opatrzonego datą 2 sierpnia 2014 r. kierowanego do konsorcjum Netia. Według odwołującego poprzez dokonanie poprawy przez dopisanie 10 dni w Tabeli nr 4 zamawiający dopuścił się nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą, których zabrania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający wskazywał, że przypisy w tym przypis nr 3 do formularza cenowego miał wykonawcom wyjaśnić genezę stawianych wymagań. Wykonawca zaakceptował warunki udziału w przetargu, wynikające też z innych postanowień SIWZ podanych w załączniku nr 12 do projektu umowy omawiającego zasady, wg których nastąpi przełączenie usługi operatorskiej z dotychczasowej sieci do nowej sieci, a ponadto zasady świadczenia usług. Uznał, że opis z Tabeli 4 przekazany wykonawcom jest wiążący, a cena wykonawcy Netia w tym zakresie odnosi się do tego okresu całkowitego 3 miesiące plus 10 dni, zatem przez uzupełnienie formularza oferty w opisie Tabeli 4 Formularza cenowego wykonawcy Netia nie doszło do istotnej zmiany treści oferty.

Z powyższych względów zamawiający nie zgodził się ze stawianym zarzutem. Powołał się na pismo datowane dnia 2 sierpnia 2014 r. w którym wezwał konsorcjum Netia - Fujitsu - Timsi do wyrażenia zgody na dokonanie poprawy oferty dopisania w Tabeli 4 kolumnie 3 w wierszu sieć PIP WAN cena budowy i obsługi sieci PIP WAN formularza cenowego w ofercie Netia sformułowania „plus 10 dni” w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający oświadczył, że jest to pismo omyłkowo datowane 2 sierpnia 2014 r. a prawidłowo powinno być opatrzone datą 2 września 2014 r., i jak omawiano w materiale dowodowym sprawy wykonawca Netia zaakceptował dokonaną poprawę w wyznaczonym terminie zgodnym z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Stanowisko przystępującego - konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi poparło argumentację zamawiającego, zwracając jednocześnie uwagę, że dokonana korekta opisu nie miała wpływu na niezmienny koszt podany w Tabeli 4 Budowy i obsługi sieci PIP WAN. Wskazana cena obejmowała pełny opis okresu świadczenia budowy i obsługi sieci 3 miesiące i 10 dni. Podtrzymał swoje wyjaśnienie, że omyłka polegała na przypadkowym opuszczeniu fragmentu tekstu, jako czynności technicznej przy kopiowaniu formularza.

Stanowisko Izby

Postępowanie dowodowe wykazało, że wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi nie uwzględnił w złożonej przez siebie ofercie w Tabeli 4 – „opis okres w miesiącach” - 10-dniowego okresu wymaganego przez zamawiającego, zapewniającego możliwość przeprowadzenia testów i wykonania rozruchu całości sieci PIP WAN. W ocenie Izby konsorcjum Netia - Fujitsu - Timsi uprawdopodobniło fakt zaistnienia omyłki. Dokonana poprawa przez zamawiającego w Formularzu cenowym tego wykonawcy nie budzi zastrzeżeń Izby, sprowadzała się jedynie do dopisania owych 10 dni w samym Formularzu cenowym, kiedy jak wynika z treści przypisu nr 3 – *„wykonawca będzie zobowiązany świadczyć tę usługę w ramach kosztów tych 3 miesięcy”*. W oparciu o powyższe stwierdzenie należy także stawiać tezę, że sama wycena miała obejmować okres 3 miesięcy, a czynności związane budową i obsługą sieci PIP WAN wraz z jej wdrożeniem w zakładanym przez zamawiającego czasie – były objęte ofertą wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi.

W każdym razie Izba uznała, że zachodziły podstawy do sprostowania tej omyłki w ofercie wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a dokonanie poprawy wpisywało się w przesłanki oznaczone w tej normie:

- zaszła niezgodność treści oferty z SIWZ
- była ona wynikiem omyłki
- poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty, gdyż nie ingerowała w zakres zobowiązania wykonawcy od strony przedmiotowej, ani w wysokość wynagrodzenia całkowitego za ten element zamówienia – przyjmowany do rozliczeń stron według wzoru umowy o realizację zamówienia.

Wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi zaakceptował poprawę jego oferty w wyznaczonym terminie, zatem nie zachodziły podstawy do odrzucenia tej oferty.

Zarzut, że wykonawca Netia - Fujitsu - Timsi nie uwzględnił w ofercie wszystkich urządzeń i innych elementów niezbędnych do należytej realizacji zamówienia, bądź też uwzględnił technologie, urządzenia i elementy niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, pozostał całkowicie gołosłowny, i jako taki nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi, jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut 1.6 naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący motywował zarzut jak niżej. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Jego znaczenie zostało jednak doprecyzowane tak w doktrynie, jak i orzecznictwie, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów Powszechnych. W sposób szczególnie wyczerpujący do pojęcia rażąco niskiej ceny odniosła się Izba w wyroku z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt: KIO 798/14), stwierdzając, że „...ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia "rażąco niskiej ceny". Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż "za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi". Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”* (Sąd Okręgowy w K. w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07.

Mając na względzie powyższe, odwołujący stwierdził, że cena jest rażąco niska, gdy jest ceną:

- niewiarygodną,
- nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień,
- wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Odwołujący zaznaczył, że w świetle orzecznictwa KIO ocena „rynkowości” ceny oferty nie powinna być dokonywana w porównaniu do innych zamówień na rynku publicznym, lecz do zamówień na rynku komercyjnym. Stanowisko takie Izba zajęła w wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 404/14), stwierdzając, że: *„W procedurze zamówień publicznych nie można posługiwać się w bezkrytyczny sposób przy wyborze najkorzystniejszej oferty "ceną rynkową.”* Założenie, że większość zbliżonych cen w postępowaniach przetargowych

kształtuje cenę rynkową jest nieuprawnione. Ceny oferowane w postępowaniach przetargowych nie są cenami rynkowymi, ponieważ postępowania przetargowe, w których jedynym wyznacznikiem wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena nie kształtuje cen rynkowych. Cena rynkowa kształtuje się na wolnym rynku to jest na takim rynku gdzie istnieje swoboda wyboru sprzedającego i kupującego. Natomiast postępowanie przetargowe kształtuje się tą cechą, że jest wielu sprzedających a jeden kupujący. Natomiast cena rynkowa kształtuje się na podstawie szeregu swobodnych transakcji nieograniczonych koniecznością wyboru najkorzystniejszej oferty. Na rynku przed wszystkim kupujący nie jest skrupowany przymusem zakupu najkorzystniejszej oferty a w szczególności najtańszej oferty. Na rynku kupujący ma prawo kupić najdroższy towar, a nie najkorzystniejszy czy też najtańszy. Decyzja o zakupie dyktowana jest nie tylko wyrachowaną kalkulacją, ale swobodną oceną towaru, gdzie o jego wyborze mogą decydować inne przesłanki niż najniższa cena. Instytucja rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych ma eliminować wykonawców, którzy naruszają zasady uczciwej konkurencji i chcą sprzedać towar, usługę, robotę budowlaną nawet poniżej kosztu wytworzenia i odtworzenia.”

O tym, że cena wykonawcy jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, świadczy porównanie tej ceny z realnymi kosztami technologii, urządzeń i innych elementów oraz kosztów ich wdrożenia, które należy dostarczyć w celu realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający w sposób szczegółowy określił wymagania dotyczące sposobu realizacji zamówienia, w tym wymagania w zakresie technologii, zastosowanych urządzeń i innych elementów niezbędnych do uruchomienia systemu. W kontekście tych wymagań już wstępna analiza Formularza cenowego złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Netia - Fujitsu – Timsi przywiodła odwołującego do wniosku, że wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich elementów kosztowych. Według odwołującego - za cenę zaoferowaną przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi w wysokości 10 996 411,56 brutto - ze względu na ilość niezbędnego sprzętu i szczegółowe wymagania zamawiającego dotyczące parametrów oferowanego systemu, nie jest możliwe należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich urządzeń i innych elementów niezbędnych do należytej realizacji zamówienia, bądź też uwzględnił technologie, urządzenia i elementy niespełniające wymagań opisanych w SIWZ.

Dla celów przeprowadzenia dowodu powyższego twierdzenia niezbędne było zdaniem odwołującego ujawnienie pełnej treści Formularza cenowego złożonego wraz z ofertą wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi - o co odwołujący wnosił w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący w trakcie rozprawy podnosił tytułem uzasadnienia stawianego zarzuty rażąco niskiej ceny konsorcjum Netia, że wykonawcy w Tabeli nr 4 mieli ująć określone koszty budowy sieci PIP WAN. Odwołujący przyznał, że w zakresie rozwiązań sprzętowych zamawiający nie zakupuje sprzętu, ale korzysta z niego przez okres realizacji umowy i po upływie tego okresu wykonawca go zabiera. Bezsprzecznie koszt korzystania ze sprzętu miał być ujęty w cenie za budowę i obsługę sieci WAN. Wynagrodzenie składa się w dwóch elementów - jeden to budowa sieci, a drugi to koszt abonamentu miesięcznego. Zdaniem odwołującego wykonawca Netia w Tabeli 4 nie zawarł wszystkich elementów kosztowych związanych z budową i obsługą sieci WAN, a wartość netto 1 260 000 nie obejmuje, np. realizacji węzłów bezpieczeństwa. Zdaniem odwołującego Netia zoptymalizowała cenę poprzez to, że użyje urządzeń sprzętowych niedostosowanych do wymagań zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego. Biorąc pod uwagę informacje zawarte w utajnionych wyjaśnieniach konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi, popartych dowodami dotyczącymi przyjętych założeń cenowych i ofert tanich dostawców; uwzględniając także znaczący udział w rynku wykonawcy Netia i jego konsorcjantów w zakresie produkcji sprzętu i oprogramowania, w których specjalizują się partnerzy konsorcjum, a Netia - w usługach operatorskich oraz przedstawione wyjaśnienia zawierające całkowitą kalkulację ceny oferty wraz z wykazaniem zysku, zamawiający uznał, że oferta wybrana nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia przyjął za wyczerpujące i nie dające podstaw do odmiennej oceny w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wziął przy tym pod uwagę zaoferowane przez konsorcjum Netia -Fujitsu - Timsi rozwiązanie, które zdaniem zamawiającego w porównaniu z rozwiązaniami technicznymi ofert pozostałych wykonawców będzie generowało niższe koszty. Oprogramowanie proponowane przez Konsorcjum Netia funkcjonuje w obszarze innych urzędów administracyjnych i spółkach skarbu państwa z czego zamawiający wywiódł, że koszty dostosowania tego oprogramowania do jego indywidualnych potrzeb będą relatywnie niższe. Zamawiający wyjaśniał, że obliczenie wartości szacunkowej oparł na cenach rynkowych dostawców sprzętu, oprogramowania, i systemów informatycznych. Nie narzucił konkretnej technologii, pozwolił na to żeby wykonawcy wybrali technologie zapewniające ich neutralność i możliwość dalszego rozwoju Systemu, w związku z czym każdy z trzech wykonawców przedstawił inny model i architekturę tego systemu. Zamawiający ustalił wartość zamówienia w marcu 2014 r. i ta wartość podana na otwarciu ofert wynosi 10 790 276,42 zł netto (protokół postępowania).

Zamawiający zaznaczył, że określił wymagania funkcjonalne, nie podał parametrów urządzeń, które ma zastosować wykonawca. Podał jedynie parametry sprzętu, które aktualnie użytkuje i że parametry oferowane - nie mogą być gorsze, niż parametry sprzętu aktualnie użytkowanego.

Stanowisko przystępującego. Konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi popierało argumentację zamawiającego, dodając, że zawarło w swoich wyjaśnieniach kompletną kalkulację kosztową z wykazaniem marży przy poszczególnych elementach na poziomie dwucyfrowym. Powołało się na uznane poglądy, że jest normalnym objawem konkurencji rynkowej, że ceny wykonawców się różnią w związku z zindywidualizowanymi możliwościami poszczególnych wykonawców, stosowanymi rozwiązaniami technicznymi, wysokością marży, wynegocjowanych warunków z kontrahentami dostarczającymi sprzęt i inne komponenty do budowy Systemu i świadczenia usług.

Stanowisko Izby

Na wstępie Izba postanowiła nie dopuścić dowodów wnioskowanych przez odwołującego w postaci wyciągów z SIWZ - w odniesieniu do wymagań dyktowanych polityką bezpieczeństwa sieci PIP WAN oraz z wyciągów ze specyfikacji technicznej urządzeń Fortigate 600 i 1000 w zakresie zabezpieczeń dla przedsiębiorstw, które to urządzenia o symbolu 600 nie spełniają wymagań SIWZ, a o symbolu 1000 – dużo droższe, spełniają te wymagania.

Izba w ogólności uznaje, że konkretyzowanie zarzutów na rozprawie w oparciu o składane dowody nie jest dopuszczalne, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba jest władna orzekać jedynie w granicach zarzutów odwołania. Tego rodzaju zarzutów jak wyżej, odwołujący w treści odwołania nie podnosił mimo, że jego wiedza na temat oferty konsorcjum Netia w oparciu o udostępnione dokumenty oferty i zreferowany przez przewodniczącą zakres wyjaśnień konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi odnośnie ceny - nie uległa zmianie. Ponadto, Izba wskazuje na uznane poglądy, że nie liczy się przy zarzucie rażąco niskiej ceny - skalkulowanie oznaczonego elementu, a cena oferty ogółem, gdyż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ustalana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba nie znalazła także podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum Netia, gdyż w tym zakresie każdy wykonawca ma prawo przyjąć własne założenia kalkulacyjne i dowolną marżę zysku. Izba uznaje w tym zakresie zgłaszany dowód z opinii biegłego za nieprzydatny, gdyż w kwestii, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę wypowiada się organ orzekający, a odwołujący nie sprecyzował też dowodowych dla wydania opinii przez biegłego, której wnioski pozwalałyby na dokonanie jednoznacznej oceny oferty cenowej skarżonego konsorcjum.

W ocenie Izby brak było też podstaw do ujawnienia złożonych przez konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi wyjaśnień w odniesieniu do czynników, które zaważyły na cenie tej oferty, dostępnych wykonawcy w sposób zindywidualizowany, gdyż zawierają one tak odniesienia do przyjętej metodyki/organizacji budowy systemu jak i ujawniają źródła nabycia

i koszty niezbędnych komponentów w zakresie, między innymi infrastruktury sprzętowej i oprogramowania.

Zdaniem Izby wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi w złożonych wyjaśnieniach na temat ceny złożonej oferty przedstawił kompletną kalkulację tej ceny, z podaniem marży zysku, której osiągnięcie zaplanował w cenie złożonej oferty. Wyjaśnienia mają charakter szczegółowy i poparte zostały dowodami w odniesieniu do dostępnych wybranemu wykonawcy czynników wpływających na kalkulację ceny oferty. Nie bez znaczenia pozostawała struktura wymienionego konsorcjum, w którym Netia – należy do jednych z największych operatorów telekomunikacyjnych, spółka Fujitsu – jest producentem sprzętu teleinformatycznego, a spółka Timsi specjalizuje się w takim oprogramowaniu używanym przez podmioty administracji państwowej, które przy niewielkich kosztach może zostać dostosowane do specyficznych potrzeb zamawiającego. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut I.7 naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione faworyzowanie wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi w trakcie badania i oceny ofert, jak również zaniechania przekazania przez zamawiającego informacji na temat czynności podejmowanych w postępowaniu przez zamawiającego wobec tego wykonawcy. Odwołujący podnosił, że podczas prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sposób nieuprawniony faworyzując wykonawcę Netia - Fujitsu – Timsi, świadectwem tego miała być dokumentacja przekazana odwołującemu przez zamawiającego wraz z kopią protokołu postępowania. W szczególności wskazywał na okoliczność podniesioną w zarzucie nr I.1, tj. nieuprawnione zaniechanie ujawnienia pełnej treści Formularza cenowego złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi.

Kolejnym przykładem nierównego traktowania według odwołującego jest ocena oświadczenia złożonego przez wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi w piśmie z dnia 22 września 2014 r., jako wyrażenia zgody na poprawienie przez zamawiającego treści oferty wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazywał w argumentacji do zarzutu nr I.2, wykonawca Netia - Fujitsu - Timsi nie wyraził prawidłowo zgody na poprawienie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp treści oferty tego wykonawcy, a tym samym uchybił 3-dniowemu terminowi na wyrażenie zgody. Okoliczność taka winna według odwołującego skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi, czego zamawiający zaniechał. Zamawiający dokonywał badania oferty wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi, już po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Świadczy o tym dokumentacja przekazana odwołującemu za pismem z dnia 8 października 2014 r., z której wynika, że w dniu 6 października 2014 r. zamawiający wzywał wykonawcę Netia - Fujitsu - Timsi do wyjaśnienia przesłanek zastrzeżenia części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zachowanie reguł należytej staranności, których powinien przestrzegać zamawiający w trakcie postępowania, wymaga, by wszelkie wątpliwości, zastrzeżenia, co do całości oświadczenia woli wykonawcy wynikającego ze złożonej oferty - w tym przesłanki wyłączenia jawności części oferty - zostały wyjaśnione i rozstrzygnięte przez zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo odwołujący wskazywał, że zamawiający wraz z przekazanym odwołującemu protokołem postępowania nie poinformował o czynności wezwania wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Informacja taka została przekazana dopiero za pismem zamawiającego z dnia 9 października 2014r., będącym odpowiedzią na wyraźne zapytanie w tym temacie złożonej przez innego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu.

Odwołujący przytoczył uznane poglądy, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza ich jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje, więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert. Zamawiający w ocenie odwołującego naruszył opisane wyżej reguły.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że w sposób równy traktował wykonawców, na tych samych zasadach dokonywał poprawek w ofertach, udostępniał niezastrzeżoną dokumentację, po równo wzywał wykonawców do wyjaśnień odnośnie zastrzeżenia informacji niejawnych.

Stanowisko Izby.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający informował w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców o podejmowanych czynnościach, o czym świadczy chociażby plik pism załączony przez odwołującego do odwołania. Nie może przeczyć temu pojedynczy przypadek niewykazania doręczenia pisma

dotyczącego innego wykonawcy. Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniania zasadności zastrzeżeń dokumentów oferty wskazywanych przez wykonawców - jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także w odniesieniu do dalszych składanych pism i wyjaśnień. Przez podanie wyniku postępowania zamawiający wystarczająco dał wyraz swojej woli, aby utajnione dokumenty ofert, takimi pozostały, w tym też dokumenty oferty odwołującego. Izba nie stwierdziła, ażeby zamawiający traktował „w sposób uprzywilejowany” konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi, względem oferty odwołującego. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione faworyzowanie wykonawcy Netia - Fujitsu - Timsi w trakcie badania i oceny ofert, nie znalazł potwierdzenia. Takie ogólne stwierdzenie, że zamawiający narusza zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przy przestrzeganiu reguł uczciwej konkurencji między wykonawcami, może być w ocenie Izby wykazane jedynie poprzez złamanie innych wskazywanych w odwołaniu przepisów tej ustawy, do tego finalnie mające wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp) - czego odwołujący nie dowiódł. Z tych względów odwołanie podlegało oddaleniu.

Sygn. akt: KIO 2112/14

Odwołujący konsorcjum wykonawców: Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o., GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez konsorcjum Atos -GTS;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców: konsorcjum Netia S.A. - Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. - Timsi Sp. z o.o. oraz konsorcjum Orange Polska S.A., Integrated Solutions Sp. z o.o.;
3. zaniechaniu wezwania konsorcjum Netia do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
4. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu korespondencji pomiędzy zamawiającym a konsorcjum Netia,
5. zaniechaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp.

I. Zarzuty w odniesieniu do odrzucenia oferty konsorcjum Atos-GTS

- I.1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum Atos-GTS pomimo, że spełnia ona wymagania zamawiającego i jest zgodna z SIWZ;
- I.2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum Atos-GTS pomimo, że nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny;

I.3. naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki roboczogodziny;

I.4. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uchybienie zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

z ostrożności, odwołujący zarzucił naruszenie:

I.5. art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie wyceny prac rozwojowych.

II. Zarzuty w stosunku do oferty konsorcjum Netia- Fujitsu -Timsi

II.1. naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłek w zakresie wynagrodzenia za prace rozwojowe oraz 10 dodatkowych dni świadczenia usługi, w sytuacji, gdy przedmiotowe błędy nie stanowią omyłki, a ich poprawa powoduje istotną zmianę treści oferty;

II.2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy Netia- Fujitsu -Timsi w sytuacji, gdy:

a) nie obejmuje ona swoim zakresem i nie wyceniono w niej prac rozwojowych i 10 dni świadczenia usługi;

b) nie zawiera wymaganych w formularzu ofertowym informacji, tj. w zakresie licencji systemu - tabela 1 oraz infrastruktury sprzętowej - tabela 3;

II.3. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Netia do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

II.4. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Netia, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

II.5. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Netia, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;

II.6. naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Netia, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa;

II.7. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uchybienie zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

III. Zarzuty w stosunku do oferty konsorcjum Orange – Integrated Solutions

III.1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy nie zawiera ona wymaganej przez zamawiającego treści oferty, tj. opisu technologii, w jakiej zostanie zbudowana sieć PIP WAN;

III.2. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uzupełnienie treści oferty w zakresie opisu technologii, w jakiej zostanie zbudowana sieć PIP WAN, która stanowi treść oferty (z ostrożności, gdyby takie wezwanie miało miejsce);

III.3. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji niewyrażania zgody na poprawienie omyłki w zakresie umowy licencyjnej;

III.4. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

a) ponowne poprawienie tej samej omyłki (w zakresie umowy licencyjnej) pomimo uprzedniego niewyrażenia zgody na jej poprawienie;

b) dokonanie poprawy w tabeli nr 2 i 6 formularza ofertowego - pismo z 5 września 2014 r., pomimo, że zmiany te nie stanowią omyłki i powodują istotną zmianę treści oferty;

III.5. naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji w zakresie treści oferty;

III.6. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłki w zakresie umowy licencyjnej dwukrotnie, dodatkowo w sposób inny niż u pozostałych wykonawców;

III.7. naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Orange, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji:

1. odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Netia i konsorcjum Orange,

2. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;

2. zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez konsorcjum Netia i konsorcjum Orange, a w konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie dowodu na rozprawie z odtajnionej części wyjaśnień.

Z ostrożności odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - wnosił o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie na rozprawie informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez konsorcjum Netia i konsorcjum Orange;

3. Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że oferta konsorcjum Netia zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ponadto, odwołujący może ponieść szkodę, gdyż na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, mimo złożenia prawidłowej oferty - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący w następujący sposób motywował podniesione zarzuty oraz żądania.

I. W uzasadnieniu zarzutów wobec odrzucenia oferty konsorcjum Atos-GTS, tj.:

Zarzut I.1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum Atos pomimo, że spełnia ona wymagania zamawiającego i jest zgodna z SIWZ odwołujący wyjaśniał, że w informacji o ofercie odrzuconej z dnia 1 października 2014 r. zamawiający - powołując się na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp - poinformował go o odrzuceniu złożonej oferty, a za podstawę tego działania przyjął nieprawidłowości w kalkulacji badanej oferty w zakresie wyceny prac rozwojowych, konsultacji i autoryzacji. Odwołujący poczytał decyzję taką za wadliwą.

Zarzut I.2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum Atos –GTS pomimo, że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny;

Odwołujący podnosił, iż zastosowany w ofercie odwołującego sposób kalkulacji umożliwił zidentyfikowanie każdej z wymaganych przez zamawiającego wartości. Przekonywał, że kalkulacja jego oferty obejmowała wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia - w tym koszty związane z wykonywaniem prac rozwojowych, konsultacji i autoryzacji. Przyznane uchybienia w zakresie sposobu ujęcia tych wartości – jego zdaniem kwalifikowały się do ich ewentualnego poprawienia, jako innych omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a co za tym idzie - nie zaktualizowały się podstawy do odrzucenia złożonej oferty. Odwołujący przyznał, że w jego ofercie wycena 3000 roboczogodzin prac rozwojowych, nie została umiejscowiona w ramach Tabeli nr 6

Formularza cenowego, tak jak oczekiwał zamawiający. Wycena wskazanych kosztów w ofercie odwołującego umiejscowiona została w ramach Tabeli nr 2 pozycja nr 8, co wynikało z podobieństw terminologicznych jakimi posługiwał się zamawiający w odniesieniu do każdej z kategorii i niejednoznaczności postanowień SIWZ w tym zakresie. Prace rozwojowe, o których mowa w §17 wzoru umowy i Tabeli nr 6 Formularza cenowego zdefiniowane zostały, bowiem w ramach tejże umowy jako "modyfikacja systemu", opis pozycji 8 Tabeli nr 2 wskazywał natomiast na "modyfikację oprogramowania".

W trakcie rozprawy odwołujący w następujący sposób uzupełnił swoją argumentację. Powtórzył, że zamawiający jest zobligowany do poprawienia omyłki wykonawcy, jeżeli zająd warunki wskazane w art. 87 ust. 2 Pzp. Zdaniem odwołującego w jego sytuacji taka możliwość zaistniała. Wskazał, że w przypadku oferty konsorcjum Orange został pominięty opis szczegółowy w samej Tabeli nr 6 - można było bazować tylko na jej tytule prace rozwojowe, autoryzacje i konsultacje, a taki sam tytuł ma tabela w każdej ofercie, przy czym wykonawca Netia pominął opis w samej treści tabeli prace rozwojowe, konsultacje i autoryzacje. Odwołujący podał, że sposób poprawienia jaki zaproponował tzn. ujęcie tego kosztu prac rozwojowych przy kosztach budowy systemu nie wiąże się z jakąkolwiek zmianą ceny jego oferty. Odwołujący wskazał na punkt 9 formularza cenowego, gdzie podał stawkę za pracę rozwojowe, którą faktycznie przyporządkował do prac konsultacyjnych i autoryzacyjnych. Odwołujący stwierdził, że gdyby dostał jeszcze jedno zapytanie do złożonych przez siebie wyjaśnień - to by udzielił odpowiedzi, że zamawiający ma wyodrębnić z ceny za budowę systemu wartość prac rozwojowych skalkulowanych po stawce wskazanych w punkcie 9 formularza cenowego. Stwierdził, że była to omyłka wywołana pośrednio przez zamawiającego, ponieważ zamawiający posługiwał się niejednorodną nomenklaturą i prace rozwojowe nazywał zamiennie modyfikacjami. Określenie modyfikacja oprogramowania w celu dopasowania do specyficznych potrzeb użytkownika - jest równoznaczne w ocenie odwołującego z pracami rozwojowymi dotyczącymi systemu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, które upoważniałyby go do takiego rozumienia pozycji 8 Tabeli 2 w kontekście Tabeli nr 6. Odwołujący podał, że w jego ofercie nastąpiła pomyłka o charakterze nieświadomym, a jej poprawa nie niosłaby za sobą żadnych zmian cenowych. Dodał, że niesłusznie jego oferta została odrzucona, przywołując bezsporną okoliczność, że w podobnym zakresie omyłek zamawiający w sposób znaczący poprawił oferty konsorcjów Netia i Orange, gdzie doszło z tego tytułu do korekty ceny ofert o znaczące kwoty.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że po pierwsze nie przyjął wyjaśnień konsorcjum Atos, ponieważ w odniesieniu do Tabeli nr 6 mimo, iż w tytule obejmowała prace rozwojowe konsultacje, to w kolumnie na opisanie zakresu prac oferta podawała tylko prace

związane z konsultacją i prace związane z autoryzacją, bez prac rozwojowych i obejmowała 300 roboczogodzin, czyli limit wyznaczony przez zamawiającego na prace konsultacyjne i autoryzacyjne. W swoich wyjaśnieniach wykonawca Atos – GTS wskazał, że koszty roboczogodzin prac rozwojowych ujął w punkcie 8 Tabeli 2, a koszt ten obejmował zbudowanie Systemu i zamawiający zapłaci za niego wyznaczoną cenę jednorazowo - po zbudowaniu Systemu - bez wyodrębnienia stawki za roboczogodzinę.

Zamawiający wyjaśniał, że rozdzielił te tabele żądając w Tabeli 2 kosztu za zbudowanie Systemu, a w Tabeli nr 6 podania stawki roboczogodziny za prace z zakresu rozwoju tego Systemu oraz stawek za konsultacje i autoryzacje - gdyby zamawiający chciał wprowadzić zmiany do Systemu np. wynikające z nowych uregulowań prawnych. W Tabeli nr 2 zamawiający nie wymagał podania stawki roboczogodziny w odniesieniu do prac przy budowie Systemu, ponieważ cena miała być całkowita. Wykonawca dopisał stawkę jednostkową za roboczogodzinę w Tabeli nr 2, po czym w złożonych wyjaśnieniach powiedział, że nastąpiło to omyłkowo i stawka ta nie ma zastosowania do żadnych wyliczeń i prosił, by zamawiający nie brał tej stawki pod uwagę.

W związku z tym zamawiający uznał, że skoro odwołujący Atos – GTS nie żądał uzupełnienia opisów Tabeli 6, tak w zakresie objęcia zakresem tej tabeli prac rozwojowych i nie żądał uzupełnienia ilości w roboczogodzinach o 3000, razem do 3300 – to zamawiający biorąc pod uwagę, że zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zostało to uwzględnione w Tabeli nr 2 bez podania kwoty jednej roboczogodziny za prace rozwojowe - uznał, że nie ma prawa do dokonania poprawy takiej, jakiej dokonał w przypadku ofert konsorcjów: Netia i Orange.

Skoro wykonawca Atos-GTS ujął ten koszt w Tabeli 2 pozycja 8, to zamawiający nie był w stanie wyodrębnić tego kosztu z ceny za realizację systemu według pozycji 8 Tabeli 2.

Zamawiający potwierdził, że w pozycji 8 Tabeli 2 należało dokonać wyceny modyfikacji oprogramowania dla potrzeb budowy Systemu, w celu spełnienia wymagań funkcjonalnych i poza funkcjonalnych przy budowie Systemu. Tabela 6 dotyczy rozwoju tego Systemu, który ma być utrzymywany przez 3 lata w ramach przedmiotowego zamówienia i w tym okresie miała obejmować wynagrodzenie do wysokości maksymalnie 3000 godzin i w oparciu o stawkę jednostkową za roboczogodzinę oznaczoną w ofercie wykonawcy w odniesieniu do Tabeli nr 6.

Stanowisko Izby

Postępowanie dowodowe wykazało, że odwołujący konsorcjum Atos-GTS w ramach wyjaśnienia tej niezgodności, której zaistnienie przyznał - nie odwołał się do tego, że pomyłkowo pominął wymaganą w SIWZ ilość godzin związanych z wykonywaniem prac

rozwojowych, konsultacji i autoryzacji, tj. 3300. Obliczył cenę oferty w oparciu o 300 godzin - ze wskazaniem, że do liczby godzin podanych w SIWZ należy zastosować stawkę za jedną godzinę wynoszącą 404,23 zł brutto w odniesieniu tylko do prac konsultacji i autoryzacji. Mimo, że stawka ta została podana w punkt 9 Tabeli 7 zestawienie, (dot. prac rozwojowych), odwołujący w swoich wyjaśnieniach obstawał, że ujął ten zakres zamówienia w Tabeli 2 punkt 8 dotyczącej kosztów modyfikacji oprogramowania w celu dopasowania go do specyficznych potrzeb użytkownika, przy czym wskazał wbrew treści Tabeli nr 2 stawkę za 1 roboczogodzinę 463,24 zł rozbieżną z podaną według zestawienia Tabeli 7, punkt 9.

Modyfikacja oprogramowania, o której mowa w Tabeli 2 punkt 8 Formularza cenowego dotyczyła elementu stałego ceny oferty, przyjmowanego za podstawę faktycznych rozliczeń stron zgodnie z postanowieniami wzoru umowy – po odbiorze przez zamawiającego tego zakresu prac – odnoszonych do budowy Systemu SEOD.

Wartość obliczona w Tabeli 6 miała natomiast charakter sprowadzony do jednakowej ilości godzin w oparciu o ceny jednostkowe podane w ofertach wykonawców, aby można było ocenić te oferty według porównywalnych zasad.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego poparte przeprowadzonymi dowodami, że w pozycji 8 Tabeli 2 należało dokonać wyceny modyfikacji oprogramowania dla potrzeb budowy Systemu, w celu spełnienia wymagań funkcjonalnych i poza funkcjonalnych - przy budowie Systemu. Tabela 6 dotyczy rozwoju tego Systemu SEOD, który ma być utrzymywany przez 3 lata w ramach przedmiotowego zamówienia i w tym okresie miała obejmować wynagrodzenie do wysokości maksymalnie 3000 godzin i w oparciu o stawkę jednostkową za roboczogodzinę prac rozwojowych oznaczoną w ofercie wykonawcy w Tabeli nr 6.

Biorąc pod uwagę stanowisko odwołującego przedstawione w złożonych wyjaśnieniach, zamawiający miał wszelkie podstawy, aby odrzucić ofertę odwołującego, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Czynność zamawiającego, nie naruszyła, zatem przywołanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ani nie naruszyła art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy. Nie można zarzucać zamawiającemu, że mając jednoznaczne oświadczenie odwołującego w tej kwestii – nie domagał się dalszych wyjaśnień, a może też zmiany stanowiska wykonawcy. Prowadziłby to, bowiem do zakazanych przez przepis art. 87 ust. 1 Pzp negocjacji w odniesieniu do treści oferty. Decydujące znaczenie miała treść takich wyjaśnień - jak zostały one złożone, a nie innych wyjaśnień odwołującego.

Powyższe przesądza samo przez się o braku zachowania interesu po stronie odwołującego w skarżeniu ofert wykonawców, poprzedzających odwołującego w możliwej

ocenie według wyznaczonych kryteriów, gdyż oferta odwołującego została zasadnie wyeliminowana z postępowania. Nie mniej, Izba dokonała rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów, które zostały przez odwołującego podtrzymane na rozprawie.

Zarzut I.3. naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki roboczogodziny.

Powyższą kwestię uznał odwołujący za wyjaśnioną pismem z dnia 3 września 2014r., z treści którego miało wynikać, że w ramach oferty odwołującego skalkulowane zostały wszystkie wymagane przez zamawiającego pozycje. Odwołujący przyznał, że w treści tych wyjaśnień nie została, co prawda określona stawka za jedną roboczogodzinę, która musi być znana w świetle § 17 wzoru umowy, jako podstawa dokonywania przyszłych rozliczeń, ale zamawiający w treści wystosowanego wezwania nie sprecyzował konieczności wyjaśnienia tego zagadnienia. Właściwą stawkę, przyjętą przez odwołującego dla potrzeb dokonanej kalkulacji, można było przy tym zidentyfikować już na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie ewentualne przy pomocy wyjaśnień. Prawidłową stawką była bowiem stawka określona w Tabeli nr 6 Formularza cenowego (tj. 404,23 zł brutto), której zastosowanie było naturalną konsekwencją podobieństw w zakresie prac rozwojowych i konsultacyjnych i włączenia ich przez zamawiającego do jednej kategorii, gdyż obie kategorie prac wymagają porównywalnego zaangażowania i przez zamawiającego traktowane są jako prace o tożsamym charakterze - o czym świadczy regulacja obu rodzajów prac w ramach § 17 wzoru umowy. Stawka za 1 roboczogodzinę prac rozwojowych określona została również w ramach pkt 9 znajdującego się poniżej wszystkich tabel zamieszczonych w ramach formularza cenowego.

W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że nie widział potrzeby wyjaśnienia kwestii przyjętej stawki za 1 roboczogodzinę prac rozwojowych, uznając, że jej zastosowanie nie budzi wątpliwości zamawiającego i zostało przez niego prawidłowo zidentyfikowane (o czym świadczył brak wezwania do wyjaśnień w tym zakresie).

Jednocześnie z uwagi na fakt, iż ewentualne wątpliwości zamawiającego mogło budzić zawarcie w ramach Tabeli nr 2 pozycja nr 8 Formularza cenowego dodatkowej (nie przewidzianej we wzorach formularzy cenowych) pozycji określającej stawkę za 1 roboczogodzinę prac - bez określenia czego pozycja ta dotyczy - odwołujący oświadczył, że złożył wyjaśnienia, z których wynika brak wiążącego charakteru tej stawki. Wskazana pozycja nie dotyczyła wyceny 1 roboczogodziny prac rozwojowych i znalazła się w formularzu cenowym jedynie w wyniku omyłki. Fakt braku wiążącego charakteru wskazanej stawki nie wpływał według odwołującego na rozliczenia dotyczące prac rozwojowych, dla

których jak zostało wskazane powyżej, właściwe było przyjęcie stawki, określonej w ramach Tabeli nr 6.

Tym samym, odwołujący podtrzymał, że właściwe i możliwe do odtworzenia na podstawie informacji znajdujących się w ofercie, było przyjęcie takiej samej stawki zarówno dla prac rozwojowych, jak i dla prac konsultacyjnych i autoryzacyjnych. Nie mniej jednak, nawet jeśli z uwagi na umieszczenie przez odwołującego wyceny prac rozwojowych w innej niż oczekiwał tego zamawiający pozycji Formularza cenowego, zamawiający powziął wątpliwości co do przyjętej stawki za 1 roboczogodzinę ich wykonywania, był on nie tylko uprawniony ale też zobligowany do wezwania odwołującego do stosownych wyjaśnień w tym zakresie. Z jednej strony jest to konsekwencją obowiązującej w zamówieniach zasady równego traktowania wykonawców, z drugiej zaś konsekwencją obowiązku rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, należy bowiem odczytywać nie tylko, jako czyste uprawnienie zależne od uznania zamawiającego, lecz raczej jako kompetencję zamawiającego, a zatem prawo do żądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich zażądania w celu zachowania należytej staranności w prowadzeniu badania i oceny ofert (tak np. wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 992/09). Poza tym podkreślał, iż możliwość żądania wyjaśnień przeradza się w obowiązek wówczas, gdy treść oferty budzi wątpliwości, zawiera sprzeczne lub niejasne oświadczenia bądź informacje (tak np. wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1519/09 i KIO/UZP 1520/09).

Pomimo, iż zamawiający pismem z dnia [2 sierpnia 2014 r.] (znak: GOZ-353-0400-1/13) wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień - ich zakres ograniczony został jedynie do ściśle określonych informacji związanych z przyjętą kalkulacją, który nie obejmował przyjętej stawki za 1 roboczogodzinę prac rozwojowych. Jednocześnie, to właśnie ta kwestia - jak wynika z informacji o odrzuceniu - mogła stanowić podstawę późniejszej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. W związku z tym, odwołujący podnosił, że jeżeli zamawiający zdecydował się na decyzję o tak daleko idących skutkach, jak odrzucenie oferty wykonawcy, to powinien konkretnie wskazać, jakie ma wątpliwości w zakresie oferty odwołującego i dokonanej przez niego kalkulacji.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 17 lipca 2012 r. (sygn. akt. KIO 1430/12), iż: *„odrzucenie oferty, jako nieodpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga ustalenia tej niezgodności. Zamawiający dla takiego ustalenia winien dać wykonawcy szansę wypowiedzenia się, co do treści oferty. Zamawiający na rozprawie podał, że powodem uznania oferty odwołującego za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia było niewykazanie przez wykonawcę spełnienia stawianych wymagań. Niemniej zamawiający, poprzez relatywnie wysoki stopień ogólności*

wystosowanego wezwania nie dał wykonawcy szansy na ewentualne wykazanie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Powyższe okoliczności determinują wniosek, iż odrzucenie oferty odwołującego było przedwczesnym, przed podjęciem działań zmierzających do ustalenia treści oferty.” Jak wynika z powyższego zamawiający obowiązany jest precyzyjnie określić swoje wymagania. Wezwanie powinno mieć charakter rzeczywisty, tj. dać wykonawcy możliwość wyjaśnienia treści oferty i ewentualnego rozwiania wątpliwości zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że zamawiający nie kwestionuje, że oferta odwołującego nie zawiera jakiegoś elementu zamówienia, że jest ona niepełna. Zdaniem odwołującego wszystkie wymagane elementy zostały zaoferowane. Stawka za roboczogodzinę prac rozwojowych także została określona. Jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości - powinien był wezwać do wyjaśnień. Wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie cechuje się jednokrotnością, przy czym zamawiający o stawkę roboczogodziny i tak nie pytał. Brak wskazania stawki za 1 roboczogodzinę w odpowiedzi na precyzyjne pytanie, które dotyczyło innej kwestii nie powinno skutkować tak daleko idącymi konsekwencjami.

Odwołujący zwracał uwagę na fakt, że zamawiający w informacji o wyborze nie zakwestionował ujęcia globalnej ceny za prace rozwojowe w tabeli 2 poz. 8, co potwierdza dopuszczalność ulokowania tej ceny w tym miejscu. Zamawiający miał wątpliwości jedynie w zakresie stawki za 1 roboczogodzinę.

Odwołujący uznał, że nie miał żadnego interesu w wyjaśnianiu, że stawka za roboczogodzinę ujęta w tabeli 2 pozycja 8 jest niewiążąca. Równie dobrze mógł potwierdzić, że jest i zamawiający nie miałby podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Oprócz tej stawki tylko jedna stawka - w tabeli 6 mogła być zastosowana.

W trakcie rozprawy odwołujący stwierdził, iż uważa że jego stanowisko w wyjaśnieniach było słuszne, a wyjaśnienia dotyczyły tego co oczekiwał zamawiający

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się z tym zarzutem, ponieważ może wzywać do wyjaśnień, gdy coś budzi wątpliwości w ramach treści oferty, jak stanowi art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający zaznaczał, że po udzielonych wyjaśnieniach nie miał takich wątpliwości i dlatego nie wymagał dalszych wyjaśnień. Wykonawca chociażby orientując się co do tego - w jaki sposób będą dokonywane rozliczenia, które SIWZ określa we wzorze umowy – wiedział, że pozycja 8 z tabeli 2 będzie rozliczana jednorazowo na podstawie podanej tam ceny. Tabela 2 punkt 8 dotyczy prac modernizacyjnych i oprogramowania przy budowie Systemu, a wynagrodzenie wskazane w Tabeli 6 jest wynagrodzeniem, które zamawiający będzie uiszczał po zleceniu dodatkowych prac rozwojowych zakupionego Systemu. Według Tabeli 6 wynagrodzenie będzie płatne w oparciu o faktyczną ilość

zamawianych godzin - w zakresie prac rozwojowych na etapie użytkowania Systemu, tj. w okresie 36 miesięcy od jego odbioru. Zamawiający zaznaczał, że miał prawo pytać jeden raz, bo inaczej wszedłby w negocjacje z wykonawcą. Przyjął, więc oświadczenie wykonawcy o takiej treści, jak zostało złożone. Skoro wykonawca podał, że koszt prac rozwojowych systemu umieścił w pozycji 8 Tabeli 2, to treść tego oświadczenia zaprzecza obecnie podnoszonym twierdzeniom odwołującego, iż uczynił to w sposób nieświadomy.

Stanowisko Izby

Pozostaje zbieżne z oceną wyrażoną wobec zarzutu I.2. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum Atos- GTS pomimo, że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny. Odwołujący - konsorcjum Atos-GTS był wzywany do wyjaśnień na temat obliczeń przedstawionych w Tabeli nr 6 i nawet nie wnosił o sprostowanie ilości podanych godzin w liczbie 3000 na 3300 według wskazań SIWZ.

W ogólności składnie wyjaśnień, że jakakolwiek stawka jednostkowa - podana w ofercie pozostającej w terminie związania – nie wiąże jest niedopuszczalne, gdyż zmienia treść oferty. Oferta musi wiązać w całości.

Izba uznała za logiczne i spójne stanowisko zamawiającego, że wykonawca uczestniczący w tym postępowaniu miał wiedzę, w jaki sposób będą dokonywane rozliczenia, które SIWZ określa we wzorze umowy - orientował się, że pozycja 8 z Tabeli 2 będzie rozliczana jednorazowo na podstawie podanej tam ceny. Tabela 2 punkt 8 dotyczy prac modernizacyjnych i oprogramowania przy budowie Systemu, a wynagrodzenie wskazane w Tabeli 6 jest wynagrodzeniem, które zamawiający będzie uiszczal po zleceniu dodatkowych prac rozwojowych zakupionego Systemu. Według Tabeli 6 wynagrodzenie będzie płatne w oparciu o faktyczną ilość zamawianych godzin - w zakresie prac rozwojowych na etapie użytkowania Systemu, tj. w okresie 36 miesięcy od jego odbioru. Zamawiający mógł jedynie przyjąć oświadczenie wykonawcy o takiej treści, jak zostało złożone. Skoro wykonawca podał, że koszt prac rozwojowych systemu umieścił w pozycji 8 Tabeli 2, to treść tego oświadczenia była wiążąca, a ponadto zaprzecza obecnie podnoszonym twierdzeniom odwołującego, iż uczynił to w sposób nieświadomy. Zarzut naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień pismem z 2 sierpnia 2014r. i nie zachodziły żadne powody do ponowienia tej procedury, gdyż treść wezwania pozostawała jednoznaczna. Zamawiający był zobowiązany przyjąć wyjaśnienia wykonawcy o takim sensie i znaczeniu, jak zostały złożone.

Zarzut I.4. naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie wyceny prac rozwojowych.

Jednocześnie odwołujący podkreślał, iż wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą poprzedzać dokonanie ewentualnej poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący przyznał, że w orzecznictwie wskazuje się, że omyłki występujące w ofercie, które kwalifikują się do poprawienia winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, nie wyklucza się jednak uzyskania stanowiska wykonawcy, które będzie pomocne przy ich dokonywaniu pod warunkiem, że wyjaśnienia wykonawcy będą neutralne dla treści oświadczeń woli składających się na ofertę (nie będą stanowiły jej negocjowania, czy poprawienia pozycji wykonawcy wynikającej z oferty) [tak np. wyrok KIO z 20 stycznia 2012 r.; sygn. akt KIO 42/12].

Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż taki mechanizm - a więc uzyskanie wyjaśnień treści oferty w celu późniejszego jej poprawienia - został zresztą zastosowany przez zamawiającego w odniesieniu do ofert złożonych przez konkurencyjnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. W obu konkurencyjnych ofertach, zamawiający za podstawę rozliczeń zarówno prac rozwojowych jak i konsultacyjnych i autoryzacyjnych przyjął stawkę określoną przez każdego z wykonawców w Tabeli nr 6 (bez względu na to, czy tak jak w ofercie konsorcjum Netia wycenione w jej ramach zostały prace konsultacyjne; czy też tak jak w ofercie Orange prace rozwojowe). Przy czym odwołujący podkreślał, że konsorcjum Netia w ogóle nie uwzględniło i nie wyceniło prac rozwojowych w swojej ofercie, zaś konsorcjum Orange nie uwzględniło i nie wyceniło w ogóle konsultacji. W obydwu tych przypadkach zamawiający dokonał poprawy tych omyłek tylko i wyłącznie w oparciu o same wyjaśnienia wykonawców.

Odwołujący stwierdził, iż jedynie w odniesieniu do jego oferty - przyjęty sposób kalkulacji, opisany w ramach niniejszego pisma i możliwy do odtworzenia przez zamawiającego - choćby poprzez uzyskanie od odwołującego dodatkowych wyjaśnień, nie prowadziłby do zmiany zaoferowanej ceny, ani zakresu zaoferowanego świadczenia. Tylko w odniesieniu do oferty odwołującego, ewentualne poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie prowadziłoby więc do istotnej zmiany treści oferty i nie stanowiłoby niedopuszczalnej ingerencji zamawiającego w jej treść. Oferta, jak przekonywał odwołujący obejmowała bowiem wycenę wszystkich wymaganych kosztów, a ewentualne wyjaśnienia prowadziłyby jedynie do opisanie zastosowanych mechanizmów matematycznych, a nie do objęcia jej treścią elementów dotychczas nie wycenionych. Odwołujący zarzucał, że w pozostałych ofertach - koszty za wykonanie prac rozwojowych, konsultacyjnych i autoryzacyjnych nie zostały w sposób pełny wycenione, konsekwencją

czego był fakt zmiany ceny każdej z ofert na skutek poprawek dokonanych przez zamawiającego.

Jeśli konsekwencją wprowadzonych poprawek jest konieczność zmiany ceny oferty i objęcia jej treścią elementów pierwotnie w niej nie przewidzianych, świadczy to o istotności wprowadzonych zmian i zniekształceniu pierwotnych oświadczeń wykonawców, co stoi w sprzeczności z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał stanowisko, że gdyby zamawiający przyjął jego wyjaśnienia nie miałyby to wpływu na treść oferty, w sensie pozostawienia niezmienną cenę za prace rozwojowe budowy Systemu, co świadczy w ocenie odwołującego o spełnieniu warunku, że poprawa zgodnie z wyjaśnieniami nie ingerowałaby istotnie w treść oferty

Stanowisko zamawiającego pozostało takie samo, jak wobec zarzutów I.1; I.2 i I.3.

Stanowisko Izby

Pozostaje zbieżne z oceną wyrażoną wobec zarzutu I.1.; I.2. i I.3 w tym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum Atos- GTS pomimo, że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny. Odwołujący pominął, że zarówno konsorcjum Netia-Fujitsu –Timsi jak i konsorcjum Orange powołało się w swoich wyjaśnieniach na fakt podania stawki jednostkowej w odniesieniu do rozwojowych, konsultacji i autoryzacji w Tabeli 6, według oznaczonej stawki jednostkowej i wносиło o korektę niewłaściwie podanej ilości godzin. Omyłki zatem dotyczyły niewłaściwej ilości w roboczegodzinach, których ilość została narzucona przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ.

Sytuacja odwołującego była odmienna, gdyż w swoich wyjaśnieniach wskazał jednoznacznie, iż zakres prac rozwojowych ujął w poz. 8 Tabeli 2. Zamawiający nie miał, więc żadnych podstaw, aby analogicznie dokonać poprawy oferty odwołującego, jak pozostałych wykonawców. Wyjaśnienia odwołującego doprecyzowywały treść jego oferty i dalsze wezwanie musiałyby być prowadzić do zmiany złożonych oświadczeń, co nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Izba znajduje stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu, jako wewnętrznie niespójne, gdyż z jednej strony podtrzymał on, że złożył prawidłowe wyjaśnienia, które dodatkowo nie prowadziły do zmiany ceny oferty, z drugiej zaś strony domagał się, wbrew złożonym wyjaśnieniom, aby zamawiający dokonał takich samych przeliczeń – jak w przypadku pozostałych wykonawców. W ocenie Izby, w przypadku oferty odwołującego – zamawiający wbrew wyjaśnieniom, nie mógł podjąć takich działań. Zarzut naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie wyceny prac rozwojowych nie podlegał uwzględnieniu.

Stanowisko odwołującego dowodzi, że nie rozumie on mechanizmu, iż w przypadku ustalenia cen jednostkowych, to te ceny stanowią w pierwszej kolejności treść oferty. Zakres prac – jest kwestią przyjętych założeń w SIWZ i równie dobrze mógł wynosić 100, 500, czy 1000 roboczogodzin, gdyż jedynie stwarza płaszczyznę dla porównywalności ofert. Z tych względów prostowanie omyłek w zakresie nieprawidłowej podstawy do przeliczenia ceny w oparciu o wiążącą stawkę godzinową – nie ingeruje w istotną treść oferty – jako rzeczywistych cen przyjmowanych do rozliczeń stron umowy. Konieczne było natomiast sprowadzenie wszystkich ofert do porównywalnej podstawy cenowej, czego w ofercie odwołującego nie dało się przeprowadzić z uwagi na udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia.

II. Zarzuty w stosunku do oceny oferty konsorcjum Netia- Fujitsu -Timsi

Zarzut II.1. naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłek w zakresie wynagrodzenia za prace rozwojowe oraz 10 dodatkowych dni świadczenia usługi, w sytuacji, gdy przedmiotowe błędy nie stanowią omyłki, a ich poprawa powoduje istotną zmianę treści oferty konsorcjum Netia.

W pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności. Do poprawienia omyłek w treści oferty konieczne jest łączne spełnienie się następujących przesłanek: po pierwsze - ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ ma charakter omyłki, po drugie - ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian treści złożonej oferty (vide: wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009r., sygn. akt 16/09; oraz wyrok KIO z dnia 3 września 2010 r. sygn. akt: 1796/10).

Zdaniem odwołującego nieprawidłowości w ofercie konsorcjum Netia nie mają charakteru omyłki i w związku z tym nie podlegają poprawie na podstawie art. 87 ust 2 ustawy Pzp. Omyłka z definicji jest działaniem niezamierzonym, pozostającym poza świadomością przygotowującego ofertę. Okoliczność, że w treści oferty zaistniała omyłka, a część z jej postanowień nie stanowi celowego oświadczenia wykonawcy musi wynikać z treści samej oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości, co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy.

Odwołujący podkreślał, iż wycena prac rozwojowych i świadczenie usługi przez dodatkowe 10 dni stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. W związku z czym, *„poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji”* (vide: wyrok KIO z dnia 9 marca 2011 r., sygn. akt 362/11). Dokonane przez

zamawiającego poprawki stanowią zmianę oświadczenia woli konsorcjum Netia i to w istotny sposób, a ponadto zarzucał, że konsorcjum Netia działało intencjonalnie i świadomie, żeby pominąć okres 10 dni.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający podnosił, że kwestię tę wyjaśniał, ponieważ była ona objęta również zarzutami konsorcjum Orange i podtrzymuje swoje stanowisko. Był uprawniony do uzupełnienia w opisie tabeli nr 4 wiersz pierwszy „+plus 10 dni”, gdyż wynikało to z samej treści narzuconego opisu. Niezależnie od pominięcia w ofercie konsorcjum Netia przypisu w formularzu cenowym zamawiający podtrzymuje, że w związku z tą korektą oferty Netia żadnych zmian w zakresie cenowym w tabeli 4 nie dokonał.

Przystępujący - konsorcjum Netia- Fujitsu-Timsi stwierdził, że odwołujący nie ma podstaw aby stawiać zarzut celowego działania konsorcjum Netia, gdyż wykonawca ten biorąc pod uwagę, że nie dokonywano korekty ceny - nie odniósł by z tego korzyści, nie zgadza się zatem z przypisywaniem mu celowych intencji pominięcia owych 10 dni, a konsorcjum Netia objęło wyceną cały wymagany okres, łącznie z okresem przejściowym na przełączenie usług sieci PIP WAN między operatorami – 10 dni. Przystępujący wyraził zgodę na poprawienie omyłki, przy czym w jego ocenie może być to traktowane, jako inna omyłka nie niosąca za sobą istotnych zmian treści oferty.

Stanowisko Izby

Pozostaje takie samo, jak wobec rozstrzygnięcia takiego samego zarzutu I.5. odwołania konsorcjum Orange Polska S. A. i Integrated Solutions Sp. z o. o. Postępowanie dowodowe wykazało, że wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi nie uwzględnił w złożonej przez siebie ofercie w Tabeli 4 – „opis okres w miesiącach” - 10-dniowego okresu wymaganego przez zamawiającego, zapewniającego możliwość przeprowadzenia testów i wykonania rozruchu całości sieci PIP WAN. W ocenie Izby konsorcjum Netia - Fujitsu - Timsi uprawdopodobniło fakt zaistnienia omyłki. Dokonana poprawa przez zamawiającego w Formularzu cenowym tego wykonawcy nie budzi zastrzeżeń Izby, sprowadzała się jedynie do dopisania owych 10 dni, kiedy jak wynika z treści przypisu nr 3 – *„wykonawca będzie zobowiązany świadczyć tę usługę w ramach kosztów tych 3 miesięcy”*. W oparciu o powyższe stwierdzenie uprawniona jest teza, że sama wycena miała obejmować okres 3 miesięcy. W każdym razie Izba uznała, że zachodziły podstawy do sprostowania tej omyłki w ofercie wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a dokonanie poprawy wpisywało się w przesłanki oznaczone w tej normie:

- zaszła niezgodność treści oferty z SIWZ
- była ona wynikiem omyłki

- poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty, gdyż nie ingerowała w wysokość wynagrodzenia całkowitego za ten element zamówienia – przyjmowany do rozliczeń stron według wzoru umowy o realizację zamówienia.

Ponadto, nie było podnoszone w odwołaniu, że zakres rzeczowy świadczeń związanych z budową i uruchomieniem sieci PIP WAN w ofercie konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi jest sprzeczny z treścią SIWZ i nie obejmuje czynności, które zostały zaplanowane do przeprowadzenia w okresie 10 dni - przewidzianych na przyłączenie sieci i przetestowanie jej poprawnego funkcjonowania.

Wykonawca Netia - Fujitsu- Timsi zaakceptował poprawę jego oferty w wyznaczonym terminie, zatem nie zachodziły podstawy do odrzucenia tej oferty.

Zarzut II.1.2. braku wyceny 3000 roboczogodzin prac rozwojowych w ofercie konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi (nieobjęty zarzutami petitum odwołania, w uzasadnieniu odwołania oznaczony numerem II.1.1)

Odwołujący podał, że konsorcjum Netia załączyło do oferty formularz cenowy, w którym w tabeli 6 wyceniło 300 roboczogodzin konsultacji, podając jako stawkę brutto jednej roboczogodziny - 222,63 zł. Stawkę tę, jak i łączne wynagrodzenie za prace rozwojowe wykonawca powtórzył pod tabelami, w pkt 9 formularza, na str. 11 oferty.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty, m.in. w zakresie tabeli nr 6 formularza cenowego, wskazując - analogicznie jak w wezwaniu skierowanym do odwołującego - że oprócz prac, o których mowa w pkt 3.3.12 SIWZ (do 3000 roboczogodzin prac rozwojowych), należało wycenić prace konsultantów (jak w §17 ust. 5 wzoru umowy), tymczasem z formularza cenowego załączonego do oferty wynika, że wyceniono 300 roboczogodzin. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie ww. różnicy.

Z informacji o rozstrzygnięciu postępowania wynika, że pierwotna cena brutto oferty wykonawcy Netia - 10 328 521,56 zł wzrosła do kwoty 10 996 411,56 zł. Różnica wynosi zatem 667 890,00 zł. Mając powyższe na uwadze, odwołujący wnioskował, że wykonawca Netia nie zaoferował i nie wycenił w ofercie 3 000 godzin prac związanych z modyfikacją Systemu, o których mowa w pkt 3.3.12 SIWZ, a ww. brak w jego ofercie zamawiający zakwalifikował, jako inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i na podstawie ww. przepisu poprawił ofertę konsorcjum Netia poprzez zmianę w tabeli 6 liczby roboczogodzin z 300 na 3000 i konsekwentnie, dokonał także zmian w zakresie wskazanych w formularzu kwot.

W ocenie odwołującego, dokonując powyższych zmian w ofercie konsorcjum Netia, zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem nie zaszyły

przesłanki do jego zastosowania. Ww. przepis uprawnia zamawiającego do poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem dokonana przez zamawiającego zmiana doprowadziła do istotnej zmiany treści oferty tego wykonawcy. Jak już wskazywano, pierwotnie wykonawca nie zawarł w swojej ofercie 3000 godzin prac rozwojowych. Ponadto, cena oferty wykonawcy wzrosła aż o 667 890,00 zł. Ww. zmiana zakresu oferty i ceny ma istotne znaczenie z punktu widzenia treści tej oferty. W konsekwencji zmiana ta wykracza poza hipotezę art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a zatem była to czynność nieuprawniona. Dokonując przedmiotowej zmiany i zaniechując odrzucenia oferty wykonawcy, zdaniem odwołującego zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający potwierdził, że interesowała go cena jednostkowa za godzinę prac rozwojowych, konsultacji, autoryzacji, która mogła być podana odrębnie, albo jako jednolita stawka. Zamawiający zaznaczał, że w ogólności nie ma obowiązku zlecenia tych prac. Ogółem do 3300 godzin było wskazane w formularzu cenowym dla stworzenia porównywalnej platformy oceny ofert, a nie dla faktycznych rozliczeń, gdyż w umowie o realizację zamówienia znajdzie się cena jednostkowa jednej roboczogodziny.

Zamawiający stwierdził, że był uprawniony do dokonania takiej poprawy oferty konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi, a poprawa ta nie ingeruje istotnie w treść oferty, tworzy jedynie platformę dla dokonania poprawnej – porównywalnej oceny ofert w kryterium cenowym.

Stanowisko przystępującego. Konsorcjum Netia- Fujitsu -Timsi, popierało stanowisko zamawiającego, stwierdziło, że zgodnie z treścią wezwania udzielone zostały wyjaśnienia, że podanie ilości 300 roboczogodzin wynika z jego omyłki polegającej na pominięciu wskazań § 17 wzoru umowy i wykonawca wyraził zgodę na jej poprawienie takie, jak uznał zamawiający, a dokonana poprawa była zgodna z wyjaśnieniami i wnioskiem przystępującego. Zwracał uwagę, że w Tabeli nr 6 w tym elemencie wszyscy uczestnicy postępowania popełnili omyłki. Kluczowe jest to, że podał stawkę za roboczogodzinę. Nie wskazał innej stawki niż podana w Tabeli 6 w wyjaśnieniach. Stawka ta dotyczyła prac rozwojowych konsultacyjnych i autoryzacyjnych. Zdaniem przystępującego zachodzi zbieg podstaw można było zastosować art. 87 ust. 2 pkt 2 jak i pkt 3 ustawy Pzp. Na tym polega poprawianie omyłek rachunkowych i omyłek o innym charakterze na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, że czasem oznacza to konieczność wprowadzenia korekty ceny oferty. Nawet biorąc pod uwagę wysokość tych korek cenowych - nie zaszła zmiana kolejności ofert.

Stanowisko Izby

Izba uznała, że stwierdzona omyłka nadawała się do poprawy, jako że zasadniczo miała ona charakter rachunkowy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Czasami zachodzi zbieg podstaw do prostowania omyłek, zatem mogła ona zostać także poprawiona w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak uczynił to zamawiający.

Izba zauważyła, że dyspozycje zamawiającego, co do obliczenia ceny oferty nie były jasne. Przepis art. 36 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego do podania sposobu obliczenia ceny w SIWZ. Punkt specyfikacji dotyczący obliczenia ceny oferty nie odnosił się w sposób pełny do tej kwestii. Zamawiający zawarł informacje dotyczące obliczenia ceny w różnych dokumentach – „oprócz prac, o których mowa w pkt 3.3.12 SIWZ (do 3000 roboczogodzin prac rozwojowych), należało wycenić prace konsultantów (jak w §17 ust. 5 wzoru umowy)” – wynikiem tego były popełnione omyłki przez wykonawców, mimo że w formularzu ofertowym potwierdzili, iż otrzymali wszelkie informacje pozwalające na sporządzenie oferty.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ, w tym wzoru umowy narzucił maksymalną ilość roboczogodzin, które podlegały wycenie w ofercie z tytułu prac rozwojowych, konsultacji i autoryzacji, tj. 3300, w oparciu o stawkę roboczogodziny wskazaną w ofercie. Rozliczenia na etapie realizacji umowy będą dokonywane z użyciem zaoferowanej w ofercie stawki i ilości godzin faktycznie zleczanych przez zamawiającego. Z wymienionych względów istotną treść oferty na poziomie absolutnie niezmiennym stanowiła cena jednostkowa godzinowa za ten zakres prac, a wskazana ilość godzin służyła do stworzenia porównywalnej płaszczyzny oceny ofert w oparciu o ten sam zakres zamówienia. Nie było zatem przeszkód natury prawnej, aby zamawiający dokonał poprawy w ofertach wykonawców wynagrodzenia za wskazany w SIWZ zakres świadczenia usługi, gdyż nawet jeżeli korekty prowadziły do znaczącego wzrostu cen ogółem, to nie muszą to być kwoty, które zamawiający zapłaci w rzeczywistości, albowiem zależy to od zapotrzebowania samego zamawiającego, zgłaszanego w trakcie realizacji umowy na prace rozwojowe, konsultacje i autoryzacje. Nie można zatem mówić iż doszło do istotnej zmiany treści oferty na skutek dokonanej poprawy w ofercie konsorcjum Netia - Fuitsu – Timsi. Poprawa sprowadzała się do pomożenia prawidłowo podanej stawki przez ilość godzin jednolicie podaną w dokumentacji SIWZ i wzoru umowy. Popełnienie omyłki zostało uprawdopodobnione, gdyż zamawiający wskazania w tym zakresie zawarł w odrębnych częściach SIWZ, w tym wzoru umowy i nie ujednolicił wzoru Formularza cenowego po wprowadzonych zmianach, nie zamieścił czytelnych i jednoznacznych odniesień w opisie obliczenia ceny w SIWZ. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia. Stanowisko Izby w tej kwestii, jest tożsame z rozstrzygnięciem takiego samego zarzutu z odwołania konsorcjum Orange.

Zarzut II.2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia- Fujitsu -Timsi w sytuacji, gdy:

- a) nie obejmuje ona swoim zakresem i nie wyceniono w niej prac rozwojowych i 10 dni świadczenia usługi;
- b) nie zawiera wymaganych w formularzu ofertowym informacji, tj. w zakresie licencji systemu - Tabela 1 oraz infrastruktury sprzętowej - Tabela 3.

Stanowisko Izby

Powyżej odwołujący podnosił ten sam zarzut faktyczny jak sformułowany w pkt II.1 - naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłek w zakresie wynagrodzenia za prace rozwojowe oraz 10 dodatkowych dni świadczenia usługi, ale oparty o naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W Tabeli Nr 4 wykonawca wybrany Netia - Fujitsu – Timsi pominął część opisu narzuconego przez zamawiającego dotyczącego ceny budowy i obsługi sieci PIP WAN, której okres w miał wynosić 3 miesiące i 10 dni. Wykonawca podał 3 miesiące. W złożonych wyjaśnieniach potwierdził, iż cena tej pozycji brutto za jeden miesiąc – 43 050,00 zł obejmuje owe 10 dni. Omyłka w tym zakresie, jak podano w rozstrzygnięciu zarzutu II.1 została skutecznie skorygowana przez zamawiającego, zatem brak oparcia dla stawiania zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Po dokonaniu poprawy, ofertę wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi należało uznać za zgodną z treścią SIWZ.

Zarzut, że oferta konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi nie zawiera wymaganych w formularzu ofertowym informacji, tj. w zakresie licencji systemu - Tabela 1 oraz w zakresie infrastruktury sprzętowej - Tabela 3 Formularza cenowego, w świetle przeprowadzonych dowodów nie znalazł potwierdzenia. Dane takie, tyle tylko, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie wybranego konsorcjum się znajdują - nie tylko w Formularzu cenowym, ale i w innych dokumentach oferty wykonawcy, wymaganych w SIWZ.

Zarzut II.3. naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Netia do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – nie został przez odwołującego podtrzymany i nie podlegał rozpoznaniu, wobec oczywistego faktu, że zamawiający przeprowadził procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp wobec oferty wybranego konsorcjum.

Zarzut II.4. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Netia, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywoływał następującą argumentację w zakresie zarzutu II.3 i II.4., że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty

sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie konkretnego zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena oderwana od realiów rynkowych. Podkreślił, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W wyroku KIO z 1 kwietnia 2011 r. (KIO 586/11), stwierdzono, iż rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należycie i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym, ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy.

Odwołujący argumentował, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. Uznał przy tym, że w przedmiotowym postępowaniu szacunkowa wartość zamówienia nie może być jednak punktem odniesienia do badania rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy wartość oferty konsorcjum Orange i konsorcjum Atos zdecydowanie przewyższa szacunkową wartość zamówienia i wartość oferty konsorcjum Netia. Według odwołującego punktem odniesienia w kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej powinny być ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Zdaniem odwołującego ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach wobec oferty konsorcjum Netia odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one, bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. Zestawienie cen ofert w przedmiotowym postępowaniu przedstawia się następująco:

Wykonawca; cena oferty brutto

Konsorcjum Netia 10 996 411,56 zł

Konsorcjum Orange 15 884 183,10 zł

Konsorcjum ATOS 19 467 853,29 zł

Powyższe zestawienie cen odwołujący przyjął, jako dowód na to, że oferta złożona przez konsorcjum Netia nosi znamiona rażąco niskiej ceny oraz znacząco odbiega od cen rynkowych. Cenę na tym poziomie uznał za nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, niepozwalającą na jego prawidłowe wykonanie z zapewnieniem zysku. Złożenie oferty z tak

niską ceną jest według odwołującego - sprzedażą usługi będącej przedmiotem zamówienia poniżej kosztów jej świadczenia, i jako takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Odwołujący zauważył, że na cenę oferty składają się w tym postępowaniu, tzw. obiektywne koszty, ponoszone przez wszystkich wykonawców, które powinny być rzetelnie przez nich skalkulowane.

W świetle powyższego odwołujący wskazywał, że (...) w niniejszym stanie faktycznym konieczne jest, celem weryfikacji, czy oferta konsorcjum Netia zawiera rażąco niską cenę, powołanie biegłego posiadającego specjalistyczną wiedzę w zakresie świadczenia usług doradczych we wdrażaniu systemów IT. Istotnym jest, że brak specjalistycznej wiedzy, co do sposobu realizacji zamówienia oraz czynników istniejących na konkretnym rynku nie pozwalają jednoznacznie przesądzić, czy cena oferty konsorcjum Netia jest rażąco niska. W związku z tym zajęcie stanowiska przez specjalistę z danej dziedziny jest niezbędne dla prawidłowego wyjaśnienia sprawy. Odwołujący zaznaczał, że nawet biorąc pod uwagę ceny z formularza ofertowego konsorcjum Netia, dają się odnotować znaczące różnice w poszczególnych elementach kalkulacyjnych tej ceny, gdyż są bardzo duże różnice cenowe w odniesieniu do sprzętu do budowy systemu.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający odnosząc się do powyższych zarzutów podtrzymał stanowisko zawarte w udzielonej odpowiedzi na odwołanie, że zweryfikował wyjaśnienia wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi i uznał, że oferta tego konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podtrzymał również swoje twierdzenia przy omawianiu tego zarzutu stawianego przez konsorcjum Orange, że przy przedstawieniu pełnej kalkulacji cenowej składającej się na cenę oferty oferta konsorcjum Netia wykazuje jeszcze osiągnięcie zysku. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, zdaniem zamawiającego oceniane wyjaśnienia były konkretne poparte dowodami, potwierdzającymi kalkulację ceny, nie wskazywały na to, aby oferta wykonawcy Netia - Fujitsu – Timsi mogła stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego nie zaszyły przesłanki do zastosowania art. 90 ust 3 Pzp, ani art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp.

Stanowisko przystępującego. Wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi przychylił się do argumentacji zamawiającego, uznając że złożył wyjaśnienia szczegółowe, omówił wszystkie elementy, które przyczyniły się do skalkulowania jego oferty na zaoferowanym poziomie. Uznał cenę swojej oferty za realną, za którą jest w stanie należycie zrealizować zamówienie i osiągnąć zakładany zysk, w związku z czym za nieuprawnione uważał zarzuty odwołującego, że skalkulował cenę oferty poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia usługi, i że wyjaśnienia jego nie mogły być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przystępujący wskazywał na punkt 10 złożonych wyjaśnień odnośnie ceny budowy i obsługi sieci PIP WAN, w których wymienił elementy kosztowe składające się na ten zakres zamówienia. Z wyjaśnień konsorcjum Netia wynika, że w tym zakresie dysponuje on w znacznej części infrastrukturą własną i że ujął w tym elemencie realizacji zamówienia koszty zakupu routerów i urządzeń dla sieci PIP WAN. Zaznaczał, że kalkulował i był uprawniony kalkulować nie pełną cenę nabycia, a koszt odtworzenia urządzeń w okresie 3 lat świadczenia usługi, gdyż zamawiający zgodnie z umową tych urządzeń nie kupuje, a będzie je jedynie użytkował.

Stanowisko Izby

Pozostaje identyczne jak przy omówieniu tego samego zarzutu, podnoszonego przez konsorcjum Orange Polska S.A. – Integrated Solutions Sp. z o.o. oznaczonego I.6.

Na wstępie Izba postanowiła nie dopuścić dowodu wnioskowanego przez odwołującego z opinii biegłego na okoliczność pominięcia w wycenie pełnego rynkowego kosztu elementów zamówienia, a więc rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Netia - z tych samych powodów, jak nie dopuściła takiego dowodu wnioskowanego przez Orange. Podstawy wyceny przyjęte przez wykonawców i kalkulacja zysku mogą być dalece zróżnicowane, gdyż zamawiający nie narzucił określonych rozwiązań technicznych i podał wymagania funkcjonalne i poza funkcjonalne, które oferowany przedmiot zamówienia ma spełniać. Izba zatem nie widzi podstaw przydatności postulowanego dowodu, w szczególności, gdy tezy dowodowe dla jednoznacznych wniosków takiej opinii nie zostały sprecyzowane przez odwołującego, a o rażąco niskiej cenie oferty wykonawcy może wypowiedzieć się jedynie organ orzekający. Z tych względów, Izba uznała wniosek dowodowy odwołującego za bezprzedmiotowy.

Ponadto, Izba wskazuje na uznane poglądy, że nie liczy się przy zarzucie rażąco niskiej ceny - skalkulowanie oznaczonego elementu nawet na niskim poziomie, a cena oferty ogółem, gdyż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, okoliczność zaistnienia przypadku rażąco niskiej ceny - ustalana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby wykonawca Netia - Fujitsu – Timsi w złożonych wyjaśnieniach na temat ceny złożonej oferty przedstawił kompletną kalkulację tej ceny, z podaniem marży zysku, której osiągnięcie zaplanował w cenie złożonej oferty. Wyjaśnienia mają charakter szczegółowy i poparte zostały dowodami w odniesieniu do dostępnych wybranemu wykonawcy czynników wpływających na kalkulację ceny oferty. Nie bez znaczenia pozostawała struktura wymienionego konsorcjum, w którym Netia – należy do jednych z największych operatorów telekomunikacyjnych, spółka Fujitsu – jest producentem sprzętu teleinformatycznego, a spółka Timsi specjalizuje się w takim oprogramowaniu, które przy

niewielkich kosztach może zostać dostosowane do specyficznych potrzeb zamawiającego. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut II.5. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Netia, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia.

Stanowisko Izby

Pozostaje takie samo, jak w rozstrzygnięciu zarzutu, II.4., że nie zachodziły podstawy do uznania, iż oferta konsorcjum Netia- Fujitsu- Timsi zawiera rażąco niską cenę. Dla wykazania zasadności zarzutu, że cena oferty wykonawcy jest skalkulowana poniżej kosztów świadczenia danej usługi, o czym stanowi art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), odwołujący musiałby jednocześnie wykazać przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy z tego względu, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna zostać wyeliminowana w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co w świetle rozstrzygnięcia zarzutu poprzedzającego – nie miało miejsca.

Zarzut II.6. naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Netia, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności odwołujący podkreślił, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego (Dz. U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, iż Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku.

Zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp powinno być interpretowane w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący podnosił, że w niniejszym postępowaniu konsorcjum Netia, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2014 r., złożyło wyjaśnienia w sprawie wyceny 3000 roboczogodzin prac rozwojowych. Jednocześnie, konsorcjum Netia w tym samym piśmie powołało się na spełnianie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie w ogóle nie zostały złożone. Zamawiający w piśmie z dnia 3 października 2014r. zwrócił się bowiem o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie w zakresie wyceny szkoleń (pkt 2 wezwania z 2 sierpnia 2014r.). Natomiast zaniechał zbadania tej zasadności w stosunku do pkt 1 przedmiotowego wezwania - wyceny prac rozwojowych. Tymczasem z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa można korzystać wyłącznie po spełnieniu i - w przypadku zamówień publicznych - po wykazaniu wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto odwołujący stwierdził, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzegane jedynie określone informacje zawarte w poszczególnych dokumentach, a nie cały dokument. Zasadniczo, bowiem z ochrony przed ujawnieniem do publicznej wiadomości korzystają poszczególne informacje nie zaś całe dokumenty.

Zdaniem odwołującego - zamawiający zobowiązany jest, zatem w każdym przypadku korzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu z przywileju zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa do weryfikacji informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wszystkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają. W przeciwnym razie możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa staje się instrumentem prowadzącym do nadużyć w celu „tajnego” pozyskania zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które - co do zasady - jest jawne. Odwołujący podzielił

pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2012 r., KIO 183/12, iż „nie można akceptować coraz częstszych praktyk, iż wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust.4 ustawy o z.n.k.”

Odwołujący podkreślał, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Potwierdza to również orzecznictwo KIO, w tym m.in. wyrok, w którym stwierdzono, „iż to na wykonawcy, spoczywa ciężar wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających go do zastrzeżenia określonych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa (z dnia 9 marca 2012 r., KIO 392/12).

Zdaniem odwołującego konsorcjum Netia, zastrzegając część wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa powinno złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za niedopuszczalne odwołujący uznał przyjmowanie przez zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa, albo bezkrytyczne przyjmowanie argumentów wykonawcy, co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca ten jedynie ogólnie wskazał, z jakiego powodu informacje mogłyby podlegać zastrzeżeniu, a nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia w zakresie wyceny prac rozwojowych dotyczą jawnej i nie mogącej podlegać utajnieniu treści oferty - formularza ofertowego. Prośba zamawiającego o wyjaśnienie była bardzo precyzyjna i dotyczyła wskazania czy prace rozwojowe zostały wycenione, czy też nie. Trudno doszukiwać się tajemnicy przedsiębiorstwa w odpowiedzi na pytanie czy wykonawca zaoferował i wycenił realizację przedmiotu w pełnym jego zakresie. Upór zamawiającego w udostępnieniu innym wykonawcom tejże odpowiedzi utwierdził odwołującego w przekonaniu, że prac tych nie wyceniono, a sam zamawiający odczytuje tę okoliczność, jako poważne uchybienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący podtrzymał wniosek o odtajnienie składanych przez konsorcjum Netia wyjaśnień (lub ich części w zakresie, w jakim nie mogą one korzystać z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa) i przeprowadzenie z nich dowodu na rozprawie. Z ostrożności odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - wniósł o

wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie przedmiotowych wyjaśnień.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że wyjaśnienia w odniesieniu do kalkulacji ceny oferty konsorcjum Netia uznał za zasadnie utajnione, a dalsza część pisma tego konsorcjum w sprawie wyceny 3000 roboczogodzin prac rozwojowych, dotyczy wyjaśnień w innych kwestiach, między innymi kosztów szkoleń.

Stanowisko przystępującego. Przystępujący Netia zaznaczał, że konsorcjum Atos w najszerszym zakresie utajniło dokumenty oferty, jak i wyjaśnień.

Stanowisko Izby

W ocenie Izby brak było też podstaw do ujawnienia złożonych przez konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi wyjaśnień w odniesieniu do czynników, które zaważyły na cenie tej oferty, dostępnych wykonawcy w sposób zindywidualizowany, gdyż zawierają one tak odniesienia do przyjętej metodyki/organizacji budowy systemu jak i ujawniają źródła nabycia i koszty niezbędnych komponentów w zakresie, między innymi infrastruktury sprzętowej i oprogramowania, a więc spełniają przesłanki art. 8 ust. 1-3 w zw. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), albowiem mają charakter tak techniczny, technologiczny – ujawniają zakładaną architekturę systemu, jak i informacje organizacyjne i handlowe konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi. Odwołujący nie wykazał, że zwykłą i dozwoloną drogą można wejść w posiadanie takich informacji. Sam fakt zastrzeżenia ich w sposób uprawniony, jako tajemnicy przedsiębiorcy świadczy o podjęciu działań przez konsorcjum Netia - Fujitsu – Timsi mających na celu ochronę tych danych.

Przywoływane pismo konsorcjum Netia w sprawie wyjaśnienia wyceny 3000 roboczogodzin prac rozwojowych, dotyczy wyjaśnień w innych jeszcze kwestiach, między innymi dotyczących kosztów szkoleń, co do których zarzuty odwołania się nie odnosiły, a ponadto zagadnienie to zostało omówione w materiale dowodowym sprawy, w oparciu o treść wskazywanego dokumentu.

Zdaniem Izby, jeżeli wykonawca w swojej ofercie zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje o takim samym charakterze, jakich ujawnienia żąda w ofertach konkurentów, odbiera mu to tym samym legitymację do ponoszenia zarzutów wobec zamawiającego – naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, jako zaniechania odtajnienia informacji i nośników tych informacji w postaci oznaczonych dokumentów innych uczestników przetargu. Bezsporne pozostawało, że konsorcjum Atos w najszerszym zakresie utajniło dokumenty swojej oferty, jak i wyjaśnień.

Ustawodawca nałożył na zamawiającego jedynie obowiązek badania tych kwestii, co nie jest równoznaczne z tym, że zamawiający musi wzywać wykonawców do wyjaśnień odnośnie wszystkich utajnionych dokumentów. Jeżeli stwierdza, że informacja na podstawie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. podlega ochronie - może pozostawić ją bez ujawnienia. Ważne jest, aby przeprowadzenie czynności takiej oceny zostało udokumentowane.

Akta postępowania przetargowego zawierają dokumenty świadczące, że zamawiający wzywał wykonawców do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa składanych także, poza ofertą pism i wyjaśnień, a poprzez sam fakt podania wyniku postępowania, bez udostępnienia oznaczonych dokumentów, wykonawca nabywa wiedzę, że zamawiający w wyniku swoich uprzednich ocen, uznał, że zachodzą podstawy do utajnienia oznaczonych dokumentów.

Zarzut II.7. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uchybienie zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Izby

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Naruszenie podstawowych zasad określonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być zasadnie podnoszone poprzez udowodnienie, że doszło do naruszenia norm ustawy Pzp określających prawidłowy przebieg procedury przetargowej, czego odwołujący nie wykazał.

III. Zarzuty w stosunku do oceny oferty konsorcjum Orange:

Zarzut III.1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy nie zawiera ona wymaganej przez zamawiającego treści oferty, tj. opisu technologii, w jakiej zostanie zbudowana sieć PIP WAN;
oraz

Zarzut III.2. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uzupełnienie treści oferty w zakresie opisu technologii, w jakiej zostanie zbudowana sieć PIP WAN, która stanowi treść oferty (z ostrożności, gdyby takie wezwanie miało miejsce).

Odwołujący argumentował, jak niżej. Zgodnie z pkt 20.15 ppkt 12 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia załączyli do oferty opis technologii, w jakiej zostanie zbudowana sieć PIP WAN oraz przewidywaną przepustowość sieci PIP WAN obsługującej System oraz zaoferowaną przepustowość całej sieci PIP WAN (ostateczne przepustowości sieci PIP WAN zostaną określone w dokumentacji powdrożeniowej sieci PIP WAN). Zgodnie z wiedzą odwołującego, do oferty konsorcjum Orange nie został załączony ww. opis technologii - świadczy o tym fakt, iż dokument ten nie figuruje w spisie treści oferty ww. wykonawcy (strona 3 oferty), jak również

nie został wyszczególniony w ramach wykazu załączników przedstawionego w Formularzu ofertowym (strona 5-6 oferty). Brak wyszczególnienia tego dokumentu w formularzu ofertowym i zastrzeżenia w jego treści (tak jak w odniesieniu do pozostałych utajnionych dokumentów), jako że wskazany opis technologii objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa budzi przy tym wątpliwości czy - jeśli opis ten znajduje się w ramach oferty konsorcjum Orange - w sposób zasadny opatrzone został klauzulą "tajemnicy przedsiębiorstwa".

W związku z tym, odwołujący wskazywał, iż z uwagi na charakter tego dokumentu - bezpośrednio odwołującego się do przyszłego zobowiązania wykonawcy - należy zakwalifikować go, jako treść oferty. Z samej już jego nazwy i zawartości merytorycznej, która powinna się w nim znaleźć wynika, bowiem, iż jest to dokument dookreślający i uszczegóławiający zakres przyszłego zobowiązania i sposobu jego wykonania przez wykonawcę. Każdy z wykonawców w ramach przedmiotowego dokumentu zobligowany został do opisu technologii, którą zastosuje realizując zamówienie i budując sieć PIP WAN. Innymi słowy, dokument o takiej treści stanowi deklarację w jaki sposób (przy użyciu jakiej technologii) dany wykonawca wykona zamówienie, co jest równoznaczne z oświadczeniem woli wyrażającym zobowiązanie wykonania tego zamówienia w określony sposób. Oświadczenie o takim charakterze jest z kolei w sposób jednoznaczny uznawane zarówno w znaczeniu materialnym, jak i formalnym za treść oferty (tak KIO np. w wyroku z dnia 26 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1738/11). Wiążący charakter oświadczenia dotyczącego zastosowanej technologii potwierdza również fakt, iż o ile w opisie żądanego dokumentu, zamieszczonym w pkt 20.15 ppkt 12 SIWZ, w odniesieniu do informacji z zakresu przepustowości sieci zamawiający dopuścił ich późniejszą modyfikację, o tyle w odniesieniu do opisu samej technologii możliwość taka nie została przewidziana. Konsekwencją zawarcia w ramach ww. dokumentu opisu sposobu wykonania przyszłego zobowiązania, a co za tym idzie zakwalifikowania go, jako treści oferty jest z kolei to, że po upływie terminu składania ofert - w przypadku braków lub błędów w takim dokumencie - nie jest możliwe ich uzupełnienie albowiem doszłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty, co stoi w sprzeczności z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Braki, bądź błędy w dokumentach kwalifikowanych, jako treść oferty, których nie można usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, przesądzają o niezgodności oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ i obligują zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Za potwierdzeniem prawidłowości dokonanej przez odwołującego kwalifikacji dokumentu określonego w pkt 20.15 ppkt 12 SIWZ przemawia ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych. Przykładowo w wyroku SO w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r., sygn. akt II Ca 1211/09 stwierdzono, iż „oświadczenia nie mające charakteru informacyjnego, lecz stanowiące oświadczenie woli wykonawcy o wykonaniu

przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego, nie mieszczą się w katalogu oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy".

Biorąc pod uwagę powyższe, brak wskazanego dokumentu w ofercie konsorcjum Orange, w opinii odwołującego - obligował zamawiającego do automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak takiego działania, bądź ewentualne podjęcie przez zamawiającego procedury uzupełniania przedmiotowego dokumentu, stanowi o jednoznacznej niezgodności działań zamawiającego z treścią ustawy Pzp, w tym naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający wskazał, że na stronach 21, 31 utajnionej części oferty zawarty jest opis konkretnie oferowanego oprogramowania, organizacji prac i metodyki wdrożenia zgodnie z układem dokumentów wymaganych przez odwołującego zawierających opis technologii budowy sieci i uznał że oferta Orange nie zawiera braków w tym zakresie i nie wzywał do składania wyjaśnień ani uzupełnień. Konsorcjum Orange włączyło opis technologii, w jakiej zostanie zbudowana sieć do opracowania ogólnego pod nazwą organizacja prac i metodyka wdrożenia rozdział koncepcja realizacji przedmiotu umowy, gdzie dalsza część znajduje się w tabeli na stronie 27, 28, 29 i 30 i wskazane są przepustowości dla poszczególnych łączy. Odnośnie zarzutu III.2 zamawiający potwierdził, że nie wzywał konsorcjum Orange do wyjaśnień w zakresie i do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie było takiej potrzeby.

Stanowisko przystępującego. Przystępujący Orange popierał stanowisko zamawiającego. Stwierdził, że wszystkie wymagane informacje w zakresie opisu technologii w jakiej zostanie zbudowana sieć zawarte zostały w jego ofercie, w odpowiedzi na pytanie 13 z 24 lipca 2014r. do SIWZ zamawiający podał, że opis technologii może być wg wyboru wykonawcy w dokumencie, o którym mowa w załączniku 5 do SIWZ lub w odrębnym dokumencie. Zgodnie z tym upoważnieniem zawarł opis metodyki w dokumencie ogólnie nazwanym organizacja pracy i metodyka wdrożenia.

Stanowisko Izby w odniesieniu do zarzutów III.1 i III.2

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia w dokumentach oferty konsorcjum Orange - Integrated Solutions znajduje się opis technologii systemu, jako koncepcja realizacji przedmiotu umowy – od strony 25 oferty – zasadnie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa tego konsorcjum. Opracowanie zostało włączone do dokumentu zatytułowanego organizacja prac i metodyka wdrażania oraz zgodnie z materiałem dowodowym sprawy przywołanym przez zamawiającego na

stronach 21, 31 utajnionej części oferty zawarty jest opis konkretnie oferowanego oprogramowania, organizacji prac i metodyki wdrożenia stosownie do układu dokumentów wymaganych przez odwołującego zawierających opis technologii budowy sieci. Zamawiający uznał, że oferta Orange nie zawiera braków w tym zakresie i nie wzywał do składania wyjaśnień ani uzupełnień. Konsorcjum Orange włączyło opis technologii, w jakiej zostanie zbudowana sieć do opracowania ogólnego pod nazwą organizacja prac i metodyka wdrożenia rozdział koncepcja realizacji przedmiotu umowy, gdzie dalsza część znajduje się w tabeli na stronie 27, 28, 29 i 30 i wskazane są przepustowości dla poszczególnych łącz. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest nieuzasadniony i oparty jedynie na nietrafnych domysłach odwołującego.

Zarzut III.3. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji niewyrażania zgody na poprawienie omyłki w zakresie umowy licencyjnej;

oraz

Zarzut III.4 naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

a) ponowne poprawienie tej samej omyłki (w zakresie umowy licencyjnej) pomimo uprzedniego niewyrażenia zgody na jej poprawienie;

Zdaniem odwołującego opisane poniżej uchybienia zidentyfikowane w ofercie konsorcjum Orange nie mogą zostać uznane za omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Co za tym idzie, oferta konsorcjum Orange we wskazanym zakresie nie może podlegać poprawieniu i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący, podtrzymując dotychczasowe stanowisko dotyczące możliwości dokonywania poprawienia ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w kontekście okoliczności, opisanych poniżej w treści uzasadnienia, podkreślił, iż granicą dopuszczalnych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawek jest istotność dokonywanych zmian. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest, co prawda pojęciem nieostrym, w interpretacji którego należy każdorazowo uwzględnić całokształt okoliczności sprawy z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia; nie mniej jednak, przyjmuje się, że wszelkie dokonywane w ten sposób modyfikacje powinny mieć charakter ograniczony ilościowo i zakresowo. Co za tym idzie, jedną z podstaw oceny "istotności" poprawy dokonywanej w tym trybie w ofercie jest wartość (wielkość) zmienianego w ramach omyłki elementu oferty. Ponadto, jak wskazywał powyżej w treści uzasadnienia, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie powinny prowadzić do wytworzenia zupełnie odmiennego oświadczenia woli wykonawcy. Oznacza to, że również

cena oferowana przez wykonawcę powinna konsumować całość wymaganego i oferowanego w danym postępowaniu świadczenia.

Stanowisko zamawiającego sprowadzało się do podtrzymania złożonej odpowiedzi na odwołanie, że ponowne wezwanie do zaakceptowania warunków umowy licencyjnej w stosunku do Orange było podyktowane tym, iż wykonawca ten znajdował się w innej sytuacji niż pozostali wykonawcy, gdyż zaoferował system do elektronicznego obiegu dokumentów nie będący wynikiem autorskich prac podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum. Podtrzymał swoje dotychczasowe stwierdzenia, że jeżeli do budowy Sytemu będzie wykorzystywane oprogramowanie o charakterze standardowym wówczas zamawiający nie żąda przeniesienia na niego praw autorskich w tym zakresie, a tylko przeniesienia praw do oprogramowania dedykowanego, w tym zakresie do oprogramowania systemowego. W stosunku do oprogramowania, np. na system operacyjny zamawiający zobowiązał się przyjąć taki zakres licencji, jakie oferuje producent oprogramowania. Wynika to z § 5 i 4 umowy głównej, o czym była wyżej mowa. Zamawiający wzywał wykonawcę Orange po raz pierwszy do zaakceptowania wzoru umowy licencyjnej upoważniając wykonawcę do wniesienia zastrzeżeń do przesłanego wzoru umowy licencyjnej, dlatego też uznał, że wykonawca był uprawniony do wniesienia takich zastrzeżeń, i w tym względzie wystąpił ponownie o akceptację umowy - po uwzględnieniu uwag wykonawcy. Za drugim razem wykonawca bezwarunkowo przyjął umowę licencyjną. Zamawiający wskazał, że w formularzu cenowym konsorcjum Orange w tabeli 1 mowa jest tylko o jednym rodzaju oprogramowania R data S e-SOD. Podtrzymał, że interpretuje wymagania SIWZ, iż kwestionowany wymóg - dotyczy oprogramowania dedykowanego, a umowę licencyjną należy czytać łącznie z umową główną. Zamawiający ponownie potwierdził, że nie będzie żądał od wykonawców przekazania praw autorskich do oprogramowania wystandaryzowanego, a wyłącznie do oprogramowań dedykowanych, do których prawa autorskie posiada wykonawca zamówienia.

Stanowisko przystępującego. Przystępujący Orange stwierdził, że wniósł umotywowane zastrzeżenia na pierwsze wezwanie, a zamawiający zgodził się częściowo z tymi zastrzeżeniami i unieważnił poprzednią czynność i dokonał nowej, na którą wykonawca wyraził zgodę w określonym terminie.

Stanowisko Izby

Izba uznała, że w okolicznościach danego postępowania - ponowne wezwanie do zaakceptowania warunków umowy licencyjnej w stosunku do Orange było możliwe – gdyż przesądzał o tym zał. nr 6 do SIWZ wytyczne do wzoru umowy licencyjnej, w których zamawiający zastrzegł na swoją rzecz możliwość wprowadzania zmian do projektu umowy

licencyjnej wykonawcy, a z kolei upoważnił też wykonawców w samej treści wezwania do zgłaszania uwag. Wykonawcy zaakceptowali takie warunki uczestnictwa w postępowaniu. Skoro zatem zamawiający uznał, że jego uwagi do przedstawionego wzoru umowy licencyjnej były niewłaściwe - mógł ponowić tę czynność względem konsorcjum Orange. Znaczące przy tym było stanowisko zamawiającego, że jeżeli do budowy Sytemu będzie wykorzystywane oprogramowanie o charakterze standardowym wówczas zamawiający nie żąda przeniesienia na niego praw autorskich w tym zakresie, a tylko przeniesienia praw do oprogramowania dedykowanego, w tym do oprogramowania systemowego. W stosunku do oprogramowania, np. na system operacyjny zamawiający zobowiązał się przyjąć taki zakres licencji, jakie oferuje producent oprogramowania. Wynika to z § 5 i 4 umowy głównej o realizację zamówienia. Zamawiający wzywał wykonawcę Orange po raz pierwszy do zaakceptowania wzoru umowy licencyjnej upoważniając wykonawcę do wniesienia zastrzeżeń do wzoru umowy licencyjnej przekazanej do akceptacji, dlatego też nie można było przyjąć, że wykonawca nie był uprawniony do ich wniesienia. Jedynym wyjściem było, zatem ponownie wezwanie o akceptację – wzoru umowy licencyjnej, która finalnie została bezwarunkowo przyjęta. Błąd tkwił zdaniem Izby w procedurze przetargowej i braku ustalenia chociażby wariantowego, ale wiążącego wzoru umowy, jako załącznika do SIWZ. Zarzuty w tym zakresie mogły być jednak podnoszone wobec postanowień SIWZ.

Zarzut III.4.b) nieuprawnionego dokonania poprawy w Tabeli nr 2 i 6 formularza ofertowego - pismo z 5 września 2014r., pomimo, że zmiany te nie stanowią omyłki i powodują istotną zmianę treści oferty; brak wyceny 300 godzin konsultacji przez konsorcjum Orange.

Jak wynika z formularza cenowego złożonego przez wykonawcę - konsorcjum Orange, w tabeli nr 6 wycenił on 3000 roboczogodzin. Przy czym, nie wypełnił kolumny 2 ww. tabeli, tj. nie wskazał, o które prace chodzi - prace rozwojowe, konsultacje czy autoryzacje (str. 16 oferty). Jednocześnie, pod tabelami zamieszczonymi w ramach Formularza cenowego, w pkt 9 konsorcjum Orange określiło wynagrodzenie globalne za prace rozwojowe i stawkę za roboczogodzinę.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2014 r. (mylna data, powinno być 2 września 2014 r.) zamawiający wzywał wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty, m.in. w zakresie tabeli nr 6 formularza cenowego, wskazując - analogicznie jak w wezwaniu skierowanym do odwołującego i konsorcjum Netia - że oprócz prac, o których mowa w pkt 3.3.12 SIWZ (do 3000 roboczogodzin prac rozwojowych), należało wycenić prace konsultantów (jak w §17 ust. 5 wzoru umowy), tymczasem z formularza cenowego załączonego do oferty wynika, że wyceniono 3000 roboczogodzin. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie ww. różnicy.

Odpowiadając na wezwanie, w piśmie z dnia 3 września 2014 r. wykonawca wskazał, że cena określona w poz. 1 w tabeli nr 6 formularza cenowego, obejmuje wykonanie prac rozwojowych, konsultacyjnych i autoryzacyjnych, w tym konsultacje udzielane w okresie gwarancji, o których mowa w § 10 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy. Jednocześnie Wykonawca wskazał, że przyjmował, iż 3000 godzin, o których mowa w pkt 3.3.12 SIWZ, obejmuje także konsultacje w okresie gwarancji. Zamawiający dokonując bowiem w dniu 21 lipca 2014 r. zmiany formularza cenowego, nie dokonał jednocześnie zmiany w pkt 3.3.12 SIWZ (z 3000 godzin na 3300). Taki sposób dokonania modyfikacji SIWZ - zdaniem wykonawcy - wskazywał, że pierwotnie wskazane 3000 godzin (jako prace rozwojowe) uwzględnia po zmianie także prace konsultacyjne i autoryzacyjne, w tym konsultacje przewidziane w § 10 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy. Ponadto, wykonawca stwierdził, że jeśli inna była intencja zamawiającego w kontekście powołanych zmian SIWZ, zamawiający jest zobligowany do poprawienia zaistniałej omyłki w ofercie wykonawcy, jako oczywistej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez wpisanie liczby roboczogodzin prac rozwojowych /konsultacyjnych/autoryzacyjnych wskazanej w wezwaniu przez zamawiającego (3 300), pomnożenie tej wartości przez cenę jednej roboczogodziny i podanie wyniku iloczynu.

Następnie, pismem z dnia 5 września 2014 r. zamawiający poinformował wykonawcę o dokonanych w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp zmianach w ofercie wykonawcy. Jak wynika z ww. pisma, zamawiający w tabeli 6 dokonał zmiany w kolumnie 5 wiersz 1 ilości roboczogodzin, tj. z 3000 na 3300. Konsekwentnie, zamawiający dokonał także zmian w kolumnach tabel w zakresie wskazanych cen. W wyniku dokonanych poprawek, zmianie uległa m.in. łączna cena oferty - z 15 328 973,40 zł na 15 884 183,10 zł.

W ocenie odwołującego, dokonanie zmian w ofercie wykonawcy zostało dokonane przez zamawiającego w sposób nieuprawniony, a oferta wykonawcy, jako niezgodna z SIWZ, winna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Po pierwsze, odwołujący zauważył, że z wyjaśnień wykonawcy jasno wynika intencja wykonawcy, tj. że nie zamierzał oferować i nie zaoferował dodatkowych 300 godzin konsultacji/autoryzacji i w konsekwencji nie wycenił w ofercie ww. świadczenia. Gdyby było inaczej, wykonawca zapewne wskazałby, w którym miejscu ujął i wycenił 300 godzin konsultacji/autoryzacji.

Ponadto, wykonawca wskazał tylko enigmatycznie, że 3 300 należy przeliczyć wg stawki godzinowej, nie precyzując o którą stawkę godzinową i w którym miejscu oferty wskazaną chodzi. Pomimo, braku precyzyjnej informacji w tym zakresie, zamawiający dokonał poprawienia oferty wykonawcy w taki sposób, że jej treść

- inaczej niż pierwotnie zakładało konsorcjum Orange objęła konieczność świadczenia 3300 godzin prac rozwojowych, konsultacyjnych i autoryzacji.

Dokonana przez Zamawiającego zmiana w ofercie wykonawcy nie tylko została dokonana wbrew intencjom wykonawcy, (którego pierwotne oświadczenie obejmowało jedynie konieczność prac na poziomie 3000 roboczogodzin), ale także doprowadziła do istotnej zmiany treści oferty tegoż wykonawcy. Z uwagi na dokonaną zmianę konieczne stało się, bowiem zwiększenie ceny oferty o 38.745,00 zł brutto.

Tym samym, odwołujący stwierdził, iż wskazana zmiana nie wypełnia przesłanek z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Raz jeszcze podkreślił, iż istotą możliwości skorzystania z dyspozycji tego przepisu jest niezamierzony charakter działania wykonawcy, który jego zdaniem nie nastąpił w przedmiotowym przypadku. Odwołujący zarzucił, że konsorcjum Orange w sposób zamierzony przyjęło pewną metodę kalkulacji, która w wyniku oceny złożonej przez ww. wykonawcę oferty okazała się jednak nieprawidłowa - nie obejmując prac z zakresu konsultacji i autoryzacji.

Stanowisko Zamawiającego. Zamawiający podtrzymał swoją argumentację szeroko przedstawioną przy omawianiu tego zarzutu wobec konsorcjum Netia, w tym uznał sytuację za tożsamą mimo, że Orange nie podał w samym opisie tabeli 6 zakresu wyceny robót rozwojowych, konsultacyjnych, autoryzacyjnych. Podtrzymał twierdzenia, że treścią oferty objęta była cena jednostkowa, która była podana jednolicie przez Orange na prace z tego zakresu, tj. za jedną roboczogodzinę odnoszącą się do prac rozwojowych, konsultacyjnych i autoryzacyjnych.

Stanowisko przystępującego. Przystępujący Orange zgodził się ze sposobem dokonania poprawy przez zamawiającego i dopisaniem 300 godzin wraz z korektą ich wyceny w Tabeli 6. Nawiązał do swoich wyjaśnień, w których wskazał na niejasność w treści § 17 wzoru umowy w tym zakresie, a zamawiający nie dokonał zmiany w treści SIWZ punkcie 3.2.12 opisu przedmiotu zamówienia SIWZ. Brak tej precyzji ze strony zamawiającego w opisie sposobu obliczenia ceny, zdaniem przystępującego powinien być tłumaczony na korzyść wykonawcy, ilość roboczogodzin nie została tam podana, a skoro wymóg miał charakter ogólny to zamawiający w wytycznych wskazał na maksymalną ilość godzin. W ocenie przystępującego nie doszło do istotnej zmiany treści jego oferty, nawet biorąc pod uwagę wielkość tej korekty, która wynosiła ponad 38 000 brutto. Wskazuje, że powinny być brane całkowite okoliczności popełnienia omyłki i jej poprawy, łącznie ze wskazaniem zamawiającego, co do obliczenia ceny wg Tabeli 6 i charakteru tej ceny. Uważa, iż przy takich niedoskonałościach SIWZ i rozproszonego opis sposobu obliczenia ceny - prawdopodobieństwo popełnienia omyłki było duże, o czym świadczy, że wszyscy wykonawcy w tym zakresie omyłki popełnili.

Stanowisko Izby

Izba tak samo jak w odniesieniu do oferty konsorcjum Netia, uznała zarzuty odnoszące się do poprawy oferty konsorcjum Orange za niezasadne. Izba stoi na takim samym stanowisku - przy sprostowaniu omyłek dotyczących ilości roboczogodzin przyjętych do wyceny w ramach Tabeli nr 6, że istotną treść oferty stanowiły ceny jednostkowe, według których będą następowały faktyczne rozliczenia. Cena jednostkowa została podana prawidłowo i bez względu na wysokość dokonanej korekty ceny całkowitej oferty – nie prowadziło to zmiany istotnej treści oferty. Poprawa była możliwa zarówno na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jak i na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Zamawiający nie przekroczył upoważnienia ustawowego poprzez dokonanie poprawy omyłek w ofercie konsorcjum Orange. Omyłki natomiast wynikały z niejasnych instrukcji zamawiającego – czego potwierdzeniem jest okoliczność, że w odniesieniu do Tabeli nr 6 prace rozwojowe, konsultacje i autoryzacje - wszyscy wykonawcy je popełnili.

Zarzut III.4. nieprawidłowej wyceny szkoleń w ofercie Orange.

Odwołujący podał, że w ramach Tabeli nr 2 pozycja nr 6 formularza cenowego, konsorcjum Orange określiło wycenę za usługę szkolenia. Pismem z dnia 2 sierpnia 2014r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty w tym zakresie w kontekście zaoferowanej ceny szkoleń i ceny noclegów, które miały być wliczone w cenę szkoleń. W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 3 września 2014 r. wykonawca oświadczył, iż wskazane w ramach ww. Tabeli ceny jednostkowe dotyczą udziału jednej osoby w szkoleniu i każda z nich uwzględnia cenę za jedną dobę hotelową.

W świetle tak złożonych wyjaśnień, zamawiający dokonał poprawienia oferty konsorcjum Orange zwiększając ceny netto za szkolenia dotyczące każdej z grup. Z uwagi na fakt, iż przyjęty przez zamawiającego mechanizm kalkulacji poprawy w tym zakresie nie został w ogóle wyjaśniony, utrudniło to odwołującemu przedstawienie wyczerpującej argumentacji, nie mniej jednak, podkreślał, iż na skutek dokonanych przez zamawiającego zmian doszło do zwiększenia ceny oferty konsorcjum Orange o kwotę aż 516.464,70 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz przedstawioną w ramach odwołania argumentację definiującą pojęcie istotności dokonywanych zmian, odwołujący wskazywał, iż zmiany dokonane przez zamawiającego w treści oferty konsorcjum Orange w sposób istotny zmodyfikowały wartość (wielkość) zmienianego w ramach omyłki elementu oferty. Tak daleko idąca zmiana oferowanej ceny świadczy o tym, że nie wszystkie elementy do tej wyceny niezbędne, zostały skalkulowane przez wykonawcę w chwili sporządzania oferty. Innymi słowy, treść oferty konsorcjum Orange nie obejmowała wszystkich niezbędnych

świadczeń koniecznych dla realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnej z postanowieniami SIWZ. W związku z tym, zamawiający dokonując przedmiotowej zmiany niejako "uzupełnił" treść oferty wykonawcy czym naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przede wszystkim, zdaniem odwołującego przedmiotowa poprawa została dokonana wbrew ofercie i wyjaśnieniom wykonawcy, konsorcjum Orange wyraźnie potwierdziło ceny wskazane w swojej ofercie. W takiej sytuacji zmiana treści oferty była zupełnie nieuprawniona.

Stanowisko Zamawiającego. Zamawiający podtrzymał odpowiedź na odwołanie, wskazując, że w ofercie Orange podano cenę jednego noclegu w związku z czym zamawiający uznał, że w Tabeli nr 2 cena za usługi, w tym za jedną dobę hotelową została podana cena za jedną dobę hotelową (cena brutto 259,53 zł), gdzie w podsumowaniu pozycji nr 6 poddane zostały ceny jednostkowe, a powinna być podana cena za całą usługę – obejmująca przemnożenie cen jednostkowych za dobę hotelową na osobę przez ilość uczestników i przez liczbę dni noclegów dla poszczególnych grup szkoleniowych, stąd właśnie wyniknęła kwota korekty 516 474,70 zł, a ilość dób hotelowych przez czas trwania szkoleń i ilość uczestników było określone dokładnie w SIWZ – mówił o tym załącznik 13 do SIWZ. Z porównania ofert złożonych przez wykonawców wynika, że wszyscy wykonawcy podali koszt jednostkowy doby hotelowej obejmujący nocleg, śniadanie i kolacje. Zamawiający wskazywał, że w wyszczególnieniu szkolenia zarówno konsorcjum Atos – cena 1 592 290,90 zł; jak i Netia – cena 1 329 667,75 zł ujęło ceny noclegu w przeliczeniu na ilość uczestników i dób hotelowych. W ofercie wykonawcy Orange cena szkolenia łącznie jest podana natomiast w kwocie 261 409,44 zł, czego zamawiający wywiódł, że ceny noclegu nie zostały przeliczone na ilość dób hotelowych i uczestników, stąd ta łączna cena za szkolenia w ofercie konsorcjum Orange została poprawiona z uwzględnieniem ilości dób hotelowych i uczestników wskazanych w załączniku nr 13 do SIWZ.

Stanowisko przystępującego. Konsorcjum Orange wskazało na niedoskonałość instrukcji zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny za usługi wg tabeli 2 w odniesieniu do szkoleń. Stwierdziło, że dostosowało się do literalnej treści opisu tej pozycji i podało cenę za jedną dobę hotelową.

Stanowisko Izby

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego Orange. Postępowanie dowodowe wykazało, że w Tabeli nr 2 cena za usługi, (w tym za jedną dobę hotelową) w ofercie wykonawcy została podana cena - za jedną dobę hotelową cena brutto 259,53 zł, gdzie również winna ona zostać uwzględniona w podsumowaniu pozycji nr 6, jako cena całej usługi – obejmującej przemnożenie cen jednostkowych za dobę hotelową na

osobę przez ilość uczestników i przez liczbę dni noclegów dla poszczególnych grup szkoleniowych. Izba uznała instrukcje zamawiającego w tym zakresie za nieprecyzyjne, skoro nie znajdowały się one w opisie obliczenia ceny, ale w załączniku 13 do SIWZ – wymagania w zakresie szkoleń w odniesieniu do sieci PIP WAN. Podstawy wyceny szkoleń zostały jednak wprost określone w załączniku 13 do SIWZ. W ofercie wykonawcy Orange znalazły się dane, w tym obejmujące cenę jednostkową za dobę hotelową na osobę, zatem zamawiający dysponował pełnymi informacjami pozwalającymi na dokonanie poprawy tej oferty, która mimo, że doprowadziła do znaczącego wzrostu ceny, to nie ingerowała istotnie w treść oferty. Noclegi zostały zaoferowane w ofercie konsorcjum Orange po wskazanej cenie jednostkowej za dobę hotelową, a omyłka polegała na błędnym odczytaniu niejasnych instrukcji zamawiającego i braku pełnych wyliczeń o charakterze matematycznym. Zarzut odwołania w tym zakresie nie znalazł potwierdzenia.

Dalsze zarzuty odwołania wniesionego przez konsorcjum Atos- GTS wobec oferty konsorcjum Orange, tj.:

Zarzut III.5. naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji w zakresie treści oferty;

Zarzut III.6. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłki w zakresie umowy licencyjnej dwukrotnie, dodatkowo w sposób inny niż u pozostałych wykonawców;

Zarzut III.7. naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Orange, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa

- nie zostały w toku rozprawy podtrzymane.

Ponadto, w odniesieniu do takiej samej treści zarzutów, zapadły rozstrzygnięcia. Zarzuty odwołującego Atos-GTS zostały zdublowane. Pogląd odnośnie dokonania w ofercie Orange poprawy w odniesieniu do umowy licencyjnej Izba omówiła wyżej, uznając, że skoro zamawiający upoważnił wprost wykonawcę Orange do zgłoszenia zastrzeżeń do przesłanego wzoru umowy licencyjnej, to wykonawca skorzystał z takiego uprawnienia i nie może ponosić tego negatywnych konsekwencji. Dopiero, więc drugie wezwanie w tej sprawie mające prawidłową treść, należało uznać za wywołujące skutki prawne. Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp nie został przez zamawiającego naruszony.

Przedstawione wyżej rozstrzygnięcie, Izba oparła na dokonanych jak niżej ustaleniach dowodowych, przeprowadzonych w trakcie rozprawy w granicach zarzutów wniesionych odwołań, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze zmianami, wszystkich ofert złożonych w tym postępowaniu, korespondencji między zamawiającym a wykonawcami.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników przedstawione w złożonych pismach i do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest *„Zaprojektowanie, dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (wraz z niezbędnym sprzętem i siecią podkładową) w zakresie elektronicznego obiegu dokumentów w jednostkach organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy”*.

Ostateczny termin składania ofert był wyznaczony do 29 sierpnia 2014 r.

Kwota jaką zamawiający podał na otwarciu ofert przeznaczona na realizację zamówienia wynosi: 10 790 276,42 zł.

Postanowienia SIWZ

5. Sposób podania ceny oferty określony w SIWZ

5.1. Wykonawca ma złożyć jedną ofertę jednowariantową oferując wykonanie zamówienia, zgodną z przedmiotem zamówienia - obejmującą jedną cenę łączną takiej oferty w złotych polskich bez podatku VAT

Wykonawca ma podać ceny jednostkowe netto wskazane w formularzu cenowym.

5.2. (...)

5.3. W przypadku zastosowania upustu ceny ma on być wyrażony w PLN i wykazany przy każdej pozycji asortymentowej przed ostateczną ceną oferty.

5.4. (...)

5.5. Przez „cenę oferty” Zamawiający rozumie łączny koszt wykonania zamówienia wraz z podatkiem VAT.

5.6. Cena oferty ma obejmować: wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia w tym w szczególności należne podatki, cła, koszty transportu.

6. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposób oceny ofert.

Cena – 85%

Ocena funkcjonalności – 15%

Umowę zawiera się na 36 m-cy od odbioru systemu – prace rozwojowe i gwarancja. Odbiór systemu do 20 grudnia 2015 r. odbiór i obsługa PIP WAN do 20 marca 2016r.

20.4. Oferta może zawierać informacje stanowiące tajemnicę Wykonawcy, których ujawnienie naruszałoby jego ważne interesy handlowe oraz zasady uczciwej konkurencji - zgodnie z art. 8 ust 3 Pzp. Takie konkretnie określone informacje mają znajdować się na wyodrębnionych stronach oferty niezszytych z całością ofert, aby możliwe było zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa - Zamawiający zaleca, aby Wykonawca umieścił informacje w odrębnej wewnętrznej kopercie oznakowanej „tajemnica przedsiębiorstwa”, która zostanie w jawnej części oferty, umieszczona w zewnętrznej kopercie oznakowanej w sposób opisany w pkt. 20.5.(...) Zastrzeżenie przez Wykonawcę informacji zawartych w ofercie może odnosić się do nieujawnionych do publicznej wiadomości publicznej informacji technicznych, technologicznych, handlowych lub organizacyjnych Wykonawcy, co do których podjął on niezbędne działania w celu zachowania ich poufności zgodnie z art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze z.). Zastrzeżenie takich informacji zawartych w ofercie musi być wtedy odnotowane w formularzu oferty. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust 4 ustawy Pzp.

22. Lista załączników

- 1) Formularz ofertowy
- 2) Formularz cenowy
- 3) Oświadczenie o zgodności systemu z wymaganiami SIWZ
- 4) Opis oferowanego oprogramowania
- 5) Opis organizacji prac i metodyka wdrożenia
- 6) Projekt umowy licencyjnej
- 7) Opis przeprowadzenia okazania systemu
- 8) Oświadczenie w sprawie udziału podwykonawców
- 9) Tabele zawierające wymagania funkcjonalne
- 10) Tabele zawierające wymagania pozafunkcjonalne
- 11) Wymagania bezwzględne dla Systemu
- 12) Wymagania dla infrastruktury sprzętowej
- 13) Wymagania w zakresie szkoleń
- 14) Procesy biznesowe Zamawiającego
- 15) Ilość licencji Systemu
- 16) Wzór umowy

Formularz ofertowy zał. 1 do SIWZ

1. Zobowiązuję się dostarczyć przedmiot zamówienia za cenę:

- a) wartość netto/brutto
- b) wartość netto/brutto
- c) wartość netto/brutto

2. Udzielamy gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia na okres od podpisania protokołu odbioru danej części Systemu do upływu 36 miesięcy licząc od dnia odbioru końcowego przedmiotu zamówienia. W tym też czasie będziemy świadczyli usługi związane z budową i obsługą sieci PIP WAN.

3. Oświadczamy, że akceptujemy załączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór umowy. Zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

4. Wartość oferty zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia niezbędne do jego wykonania, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

5. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ, nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy od Zamawiającego wszelkie niezbędne do przygotowania oferty informacje. Zobowiązujemy się wykonać przedmiot zamówienia w terminie wyszczególnionym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Załącznik 2) do SIWZ - Formularz cenowy

- 1) Specyfikacja dostaw i usług powinna zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej instalacji i eksploatacji systemu i sieci PIP WAN nawet jeśli nie są one wprost wymienione w SIWZ. Brak wyszczególnienia elementów niezbędnych do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego działania Systemu i sieci PIP WAN będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty.
- 2) W poniżej tabeli przedstawiono rozbić cenowe licencji systemu.

TABELA 1. Cena licencji systemu

Nazwa modułu/aplikacji/wersja; producent; cena netto; cena brutto; ilość; VAT; wartość brutto

Zakup dodatkowych licencji do systemu – zamawiający przewiduje, że nie zakupi więcej niż 600 szt. licencji – patrz § 17 wzoru umowy.

- 3) Wycena licencji na system informatyczny obejmuje 3000 użytkowników, w tym 40 administratorów
- 4) W poniżej tabeli przedstawiono rozbić cenowe usług związanych z wdrożeniem systemu:

TABELA 2

Nazwa usługi, cena netto; VAT; cena brutto

- 1. Dokumentacja zarządzania projektem (nie więcej niż 2% wartości przedmiotu zamówienia)

2. Analiza Przedwdrożeniowa i dokumentacja projektowa Systemu (nie więcej niż 10% wartości przedmiotu zamówienia)
3. Instalacja i konfiguracja Systemu
4. Instalacja i konfiguracja infrastruktury sprzętowej
5. Migracja danych
6. Szkolenia (łącznie): [Koszt przeprowadzenia szkoleń związanych z budową i obsługą sieci PIP WAN należy wskazać w tabeli nr 5; w przedmiotowej tabeli należy wskazać tylko koszty związane ze szkoleniami dotyczącymi budowy i obsługi systemu elektronicznego obiegu dokumentacji (osobno w tabeli 5 należy wskazać koszty związane z budową i obsługą sieci PIP WAN)].

w tym, cena udziału jednej osoby w szkoleniu w danej grupie tematycznej (w tym wszystkie koszty związane z organizacją i przeprowadzeniem szkolenia, w szczególności koszt wynajmu sal, materiałów szkoleniowych, zapewnienia wykładowców, obiadów i 2 przerw kawowych dziennie):

administratorzy centralni Systemu

administratorzy lokalni Systemu oraz zastępcy

administratorów lokalnych

administratorzy bezpieczeństwa informacji

archiwiści

użytkownicy systemu

w tym za jedną dobę hotelową (obejmującą koszt noclegu, śniadania i kolacji) w tym za szkolenie e-learningowe

7. Asysta w pierwszym okresie eksploatacji

8. Modyfikacja oprogramowania w celu dostosowania go do specyficznych potrzeb użytkownika

9. serwis eksploatacyjny

10. inne usługi niezbędne do realizacji zamówienia (jeśli oferowane należy wskazać jakie)

Razem

5) Ceny usług obejmują wszelkie koszty, w tym m.in. koszty dojazdu i pobytu przedstawicieli wykonawcy do siedzib zamawiającego

6) W poniżej tabeli przedstawiono rozbieżności cenowe poszczególnych elementów infrastruktury sprzętowej (należy wymienić wszystkie elementy będące przedmiotem dostawy - brak wyszczególnienia elementów niezbędnych do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego działania Systemu będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty. UWAGA – należy zwrócić uwagę na zasady dostawy i korzystania przez zamawiającego ze sprzętu koniecznego do budowy i obsługi sieci PIP WAN (zamawiający nie kupuje tego sprzętu – będzie natomiast z niego korzystał

w czasie wskazanym w umowie, a następnie wykonawca zobowiązany będzie do odbioru sprzętu z jednostek organizacyjnych zamawiającego; koszt powyższego ma być wliczony w koszty Tabeli 4.

TABELA 3 Cena infrastruktury sprzętowej

Składnik(nazwa, producent, nr partii, wersja, szczegółowe parametry oferowanych składników cena netto, VAT, brutto

7) W poniżej tabeli przedstawiono cenę za świadczenie usług związanych z funkcjonowaniem sieci PIP WAN:

TABELA 4. Cena budowy i obsługi sieci PIP WAN

Zakres usługi (należy wliczyć koszt przygotowania i dostarczenia zamawiającemu wymaganej dokumentacji związanej z budową i obsługą i wdrożeniem sieci PIP WAN

Okres w miesiącach (w koszt 3 miesięcy świadczenia usługi należy wliczyć 10 dni od 20 marca do dnia 31 marca; wykonawca będzie zobowiązany świadczyć tę usługę w ramach kosztów tych 3 miesięcy; zamawiający nie dopuszcza przerwy w świadczeniu usługi budowy i obsługi sieci PIP WAN w okresie tych 10 dni.

Zakres usługi

1. Sieć PIP WAN w okresie gdy obsługuje ona tylko seod (system elektronicznego obiegu dokumentów) – 3miesiące +10 dni – cena brutto za 1 miesiąc; wartość brutto
2. Sieć PIP WAN w okresie od 1 kwietnia 2016 r. okresów w miesiącach 33- cena brutto za 1 miesiąc; wartość brutto

8) Poniższa tabela określa koszt związany z pozostałymi usługami związanymi z budową i obsługą sieci PIP WAN

TABELA 5. Koszty związane z pozostałymi usługami związanymi z budową i obsługą sieci PIP WAN

Lp. Cześć składowa; Ilość; Cena jednostkowa netto; VAT; łączna cena netto VAT. Łączna cena z podatkiem VAT

- | | | | |
|---|---|-------|------|
| 1 | Szkolenie w zakresie sieci PIP WAN | ilość | 20 |
| 2 | Szkolenie w zakresie sieci PIP WAN | ilość | 17 |
| 3 | Szkolenie w zakresie sieci PIP WAN | ilość | 3 |
| 4 | Szkolenie | ilość | 18 |
| 6 | Koszt przeniesienia łączy do nowej siedziby | ilość | 15 |
| 7 | Koszt odłączenia łączy w siedzibie | ilość | 10 |
| 8 | Koszt podłączenia łączy w nowej siedzibie | ilość | 10 |
| 9 | Noclegi - podczas szkoleń (przewidywana ilość) w zakresie sieci PIP WAN | | 133, |
| | Razem | | |

Tabela 6. Prace rozwojowe, konsultacje i autoryzacje

9) Ceny usług obejmują wszelkie koszty, w tym m.in. koszty dojazdu i pobytu przedstawicieli wykonawcy do siedzib zamawiającego

L.p. cena netto cena brutto ilość w roboczogodzinach wartość netto, VAT, wartość brutto.

W tym zakresie zamawiający dokonywał zmian postanowień samego formularza gdzie dopisał usługi rozwojowe konsultacje i autoryzacje w dniu 21 lipca 2014 r. w wyniku odwołań na postanowienia SIWZ. Dokonał również zmian w § 17 wzoru umowy. Ilość godzin na pracę rozwojowe została określona do wysokości maksymalnej 3 000 zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego, które będzie zgłaszane w trakcie realizacji zamówienia w oparciu o ceny jednostkowe podane w tabeli 6. Ilość godzin na prace rozwojowe została podana w punkcie 3.3.12 SIWZ w części I.

300 godzin na prace autoryzacyjno-konsultacyjne zostało oznaczone w modyfikacji do SIWZ w tym wzoru umowy 21 lipca 2014 r., gdzie w punkcie 6 dopisano, iż liczba godzin konsultacji związanych z autoryzacją wynosi 300 w okresie wskazanym w § 10 ust 1. Zamawiający wyjaśniał, że jest to maksymalna ilość godzin, a konkretny zakres prac konsultacyjnych i związanych z autoryzacją będzie wynikał z jego odrębnych zleceń udzielanych w oparciu o stawkę jednostkową zawartą w ofercie do wysokości maksymalnego limitu. W związku z czym zamawiający potwierdził, że ta ilość godzin została wskazana po to aby stworzyć porównywalną platformę dla oceny ofert. Zamawiający chciał wiedzieć, po jakich cenach jednostkowych będzie zlecał prace w tym zakresie.

W poniżej tabeli przedstawiono zestawienie łączne kosztów licencji, usług oraz sprzętu oraz pozostałych usług

TABELA 7 zestawienie.

Składnik

1. Licencje TABELA 1
2. Usługi TABELA 2
3. Infrastruktura sprzętowa TABELA 3;
4. Koszt obsługi sieci TABELA 4
5. Koszty związane z pozostałymi usługami związanymi z budową i obsługą sieci PIP WAN TABELA 5
6. Prace rozwojowe TABELA 6.

Razem suma wierszy 1-6 cena netto, VAT, cena brutto

Na łączne wynagrodzenie składa się:

- 1) Wynagrodzenie za wykonanie Etapu I w wysokości-

- 2) Wynagrodzenie za wykonanie Etapu II w wysokości -
- 3) Wynagrodzenie za wykonanie Etapu III w wysokości z wyłączeniem wynagrodzenia realizacji prac określonych w § 1 ust. 2 pkt 9 w wysokości -
- 4) Wynagrodzenie za wykonanie Etapu III w wysokości -
- 5) Wynagrodzenie za wykonanie Etapu IV w wysokości -
- 6) Wynagrodzenie za wykonanie Etapu V w wysokości -
- 7) Wynagrodzenie za wykonanie Etapu VI w wysokości -
- zgodnie ze wskazaniem zawartym w zał. nr 12 do umowy.
- 8) Wynagrodzenie za zakup dodatkowych licencji w wysokości ... zł brutto
- 9) Wynagrodzenie za wykonanie prac rozwojowych w wysokości ... brutto;
Wynagrodzenie za jedną godzinę wynosi brutto.

Zamawiający przyznał, że w punkcie 9 jak wyżej, nie dopisał, że wynagrodzenie za prace rozwojowe z oznaczeniem wynagrodzenia za jedną godzinę odnosi się do prac konsultacyjnych i autoryzacyjnych. W tabeli nr 6 wg zamawiającego wykonawca mógł podać odrębne ceny jednostkowe w odniesieniu do prac rozwojowych i odrębnie do autoryzacji i konsultacji, chociaż nie zostało to zmienione w punkcie 9 tegoż formularza.

Koszty związane z obsługą sieci PIP WAN

- a) abonament
- b) łącze

Wzór umowy §17

Prace rozwojowe Systemu i dodatkowe licencje

1. Prace rozwojowe, o których mowa w § 1, ust. 2, pkt. 12 będą obejmowały wprowadzanie nowych funkcjonalności, modernizację Systemu oraz usprawnienie funkcji Systemu, zwanych dalej „modyfikacjami Systemu”, zgodnie ze zgłoszeniami i na wniosek upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego.

2. Proces projektowy modyfikacji Systemu musi być każdorazowo udokumentowany i opisany przez Wykonawcę w sposób tekstowy oraz graficzny z wykorzystaniem powszechnie stosowanych notacji takich jak UML i BPMN w narzędziu Enterprise Architect Spanc Systems. W tym celu Wykonawca będzie opracowywał dokument: „Projekt techniczno funkcjonalny modyfikacji Systemu” i zgłaszał Zamawiającemu gotowość do odbioru tego dokumentu.

Wykonawca, wraz z Projektem będzie przekazywał Zamawiającemu pliki źródłowe dla modeli ww. notacji.

3. Wraz z Projektem techniczno funkcjonalnym modyfikacji Systemu, który Wykonawca przekaże w terminie 5 dni roboczych od zgłoszenia przez Zamawiającego modyfikacji Systemu, Wykonawca, każdorazowo przedstawi Zamawiającemu do akceptacji, szacunek ilości godzin potrzebnych na realizację danej modyfikacji.

Zamawiający dokona oceny przedstawionego szacunku ilości godzin potrzebnych na realizację danej modyfikacji Systemu. W przypadku, gdy Zamawiający uzna, iż przedstawiony szacunek ilości godzin jest zawyżony, Wykonawca dokona weryfikacji przedstawionego szacunku. W przypadku, gdy Wykonawca po dokonaniu weryfikacji, nie zmniejszy ilości godzin, Zamawiający ma prawo do zlecenia wykonania opinii przez niezależnego eksperta w zakresie określenia ilości godzin potrzebnych na wykonanie danej modyfikacji. Opinia niezależnego eksperta jest wiążąca dla Stron i będzie podstawą do oszacowania wartości danej modyfikacji. Koszt opinii niezależnego eksperta ponosi Zamawiający, chyba że opinia potwierdza, że szacunkowa ilość godzin potrzebnych na wykonanie modyfikacji przedstawiona przez Wykonawcę, była zawyżona, wtedy koszt opinii ponosi Wykonawca.

Wykonawca podejmie prace nad modyfikacją Systemu po uzyskaniu od Zamawiającego pisemnej akceptacji dotyczącej zakresu modyfikacji, harmonogramu jej wdrożenia oraz szacunkowej ilości godzin potrzebnej na wykonanie modyfikacji.

6. Każda modyfikacja Systemu przed jej wdrożeniem w wersji produkcyjnej Systemu musi zostać przetestowana i zaakceptowana przez Zamawiającego. W tym celu Wykonawca dla każdej zleconej modyfikacji Systemu będzie przygotowywał i przedstawiał do akceptacji Zamawiającego dokumenty: „Plan testów modyfikacji Systemu” i „Raport z wykonania Planu”. Dokumenty te będą podlegać procedurze odbioru.

7. Wykonanie modyfikacji, zmiany lub nowej funkcjonalności w środowisku produkcyjnym będzie każdorazowo zakończone podpisaniem przez Strony Protokołu Odbioru Prac Rozwojowych. Podpisanie Protokołu skutkuje zmniejszeniem łącznej puli godzin przewidzianych na prace rozwojowe, wskazanej w § 1 ust. 2, pkt. 12, o uzgodnioną przez Strony ilość godzin potrzebnych na realizację danej modyfikacji.

8. Każda wprowadzona modyfikacja Systemu wymaga od Wykonawcy, bez dodatkowego zlecenia i wynagrodzenia, aktualizacji dokumentacji użytkowej oraz dokumentacji powdrożeniowej Systemu, o której mowa w § 1 ust. 2, pkt. 6.

Zmodyfikowaną dokumentację należy dostarczać w formie elektronicznej Zamawiającemu cyklicznie do dnia 5 każdego miesiąca następującego po odbiorze Systemu.

9. Modyfikacje do Systemu muszą być wykonywane zgodnie z następującymi zasadami: jednolitości technologicznej, wielokrotnego wykorzystania tych samych komponentów i danych, otwartości, elastyczności i łatwości dalszej rozbudowy, wymiany danych za pomocą

Web-services i XML oraz najlepszą sztuką inżynierską w zakresie tworzenia oprogramowania.

Wynagrodzenie za wykonanie modyfikacji Systemu zostanie określone na podstawie iloczynu ilości godzin potrzebnych i zaakceptowanych przez Zamawiającego na wykonanie danej modyfikacji oraz stawki godzinowej za prace rozwojowe wynoszącej zł brutto (słownie:).

Zamawiający w okresie obowiązywania gwarancji będzie uprawniony do dokonania zakupu dodatkowych licencji dla użytkowników Systemu w cenie ... zł brutto (słownie:...).

Wykonawca zobowiązuje się w tym okresie do sprzedaży Zamawiającemu dodatkowych licencji w cenie zł brutto (słownie:....) za każdego dodatkowego użytkownika. Zakup dodatkowych licencji nastąpi w drodze odrębnego zamówienia. Postanowienia Umowy licencyjnej, stanowiącej załącznik nr 9 do niniejszej Umowy, obowiązują także w zakresie licencji dodatkowych.

12. W przypadku dostawy bezpłatnych aktualizacji Systemu, zaktualizowany system będzie rządził się tymi samymi regułami, które obowiązywały przed aktualizacją.

13. Wykonawca oświadcza, że w zbudowanym Systemie zaimplementowany jest otwarty interfejs, zgodny z wymaganiami przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 roku w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. poz. 526). Interfejs ten może być przez Zamawiającego używany w sposób nieograniczony i dowolny (zgodny z jego przeznaczeniem), w tym może on być udostępniony podmiotom trzecim. Wykonawca oświadcza, że opis wskazany w § 1 ust. 7 pkt 5 zawiera wszystkie niezbędne informacje konieczne do użycia interfejsu przez Zamawiającego i podmiot trzeci, któremu Zamawiający udostępni interfejs - bez konieczności wykonania dodatkowych działań przez Wykonawcę.

Załącznik nr 6 do SIWZ - Projekt umowy licencyjnej

W niniejszym załączniku Wykonawca musi przedstawić projekt umowy licencyjnej dla Systemu informatycznego spełniającą warunki określone we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 16 oraz warunki przedstawione poniżej:

1. Wykonawca udziela ZAMAWIAJĄCEMU niewyłącznej Licencji na System na czas nieokreślony umożliwiającą jednoczesną pracę nieograniczonej liczbie użytkowników Systemu,
2. Licencja powinna uprawniać ZAMAWIAJĄCEGO przynajmniej do:
 - 1) zainstalowania Systemu na Serwerze/Serwerach ZAMAWIAJĄCEGO,
 - 2) korzystania z Systemu w celu przetwarzania danych ZAMAWIAJĄCEGO dla potrzeb prowadzonej przez niego działalności,

- 3) sporządzania kopii zapasowych Systemu dla potrzeb właściwego zabezpieczenia danych,
- 4) użytkowania nowych wersji Systemu, jego modyfikacji oraz jego aktualizacji i innych zmian (ZAMAWIAJĄCY musi mieć prawa do wprowadzenia ww. modyfikacji, aktualizacji i innych zmian),
- 5) pobierania i odczytywania danych poprzez sporządzanie przez ZAMAWIAJĄCEGO własnych raportów z baz danych przy użyciu służącego do tego dostarczonego przez Wykonawcę oprogramowania narzędziowego Systemu, bądź własnych programów zintegrowanych z oferowanym Systemem zgodnie z pkt. 3.3.7i 3.3.8 SIWZ.

3. Zapisy gwarantujące:

- 1) że System jest wolny od wad prawnych,
- 2) zabezpieczenie ZAMAWIAJĄCEGO przed roszczeniami osób trzecich,
- 3) zapisy zabezpieczające ZAMAWIAJĄCEGO, w przypadku zakończenia prowadzenia działalności przez Wykonawcę.

4. Dla dodatkowych Licencji muszą być spełnione warunki jak powyżej.

5. W przypadku Sublicencji muszą być spełnione warunki jak dla Licencji,

Wyjaśnienia z dnia 3 lipca 2014 r. i z dnia 21 lipca br. znak GOZ-353-0400-1/13 treść formularza cenowego i treść § 17 wzoru umowy 1 - dopisując informację, że należy wycenić prace konsultantów (§ 17 ust. 4, 14-16 wzoru umowy)

5) dopisuje się ust. 15 do § 17 wzoru umowy o następującej treści: „Strony umowy zgodnie postanawiają, że przedstawiciele Wykonawcy/ przedstawiciel Wykonawcy będą/ będzie uczestniczyli/ł w charakterze konsultantów /konsultanta, w okresie wskazanym w § 10 ust. 1 umowy, w pracach związanych z integracją Systemu z innymi systemami Zamawiającego oraz wymiany danych za pomocą interfejsu, o którym mowa w ust. 13 z systemami Zamawiającego/systemami podmiotów trzecich wskazanych przez Zamawiającego. (...) Z prowadzonych konsultacji spisywany będzie każdorazowo protokół zawierający, co najmniej następujące informacje: nazwę i adres Zamawiającego i Wykonawcy, datę wykonania konsultacji i liczbę godzin odbytych konsultacji, podpisy konsultantów/konsultanta oraz upoważnionego przedstawiciela/ przedstawicieli Zamawiającego. Liczbę konsultantów wskazywał będzie Zamawiający.”

6) dopisuje się ust. 16 do 17 wzoru umowy o następującej treści: „Wynagrodzenie, za wykonanie konsultacji /autoryzacji zmiany /modyfikacje/ przebudowy/ rozbudowy Systemu, o których mowa w ust. 14 i 15 umowy zostanie określone na podstawie ilości godzin: potrzebnych i zaakceptowanych przez Zamawiającego za wykonanie autoryzacji/odbytych konsultacji oraz stawki godzinowej konsultanta wynoszącej zł brutto (słownie). Maksymalna liczba godzin konsultacji/wykonania prac związanych z autoryzacją wynosi 300 - w okresie wskazanym w § 10 ust 1.”

7) zmienia się nazwę Tabeli 6 zawartej w załączniku numer 2 do SIWZ (Formularz cenowy) na „Prace rozwojowe, konsultacje i autoryzacje”

8) zmienia się treść kolumny 2 wiersza 6 zawartej w Tabeli 7 załącznika numer 2 do SIWZ (Formularz cenowy) na „PRACE ROZWOJOWE, KONSULACJE I AUTORYZACJE.”

W odpowiedzi na pytanie 8 do SIWZ zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2014 r. podał, że ”stawka godzinowa pracy osób zajmujących się modyfikacji systemu ma być określona w ofercie i będzie wskazana w umowie.”

Wezwanie z dnia 2 września 2014 r. do konsorcjum „Atos IT Solutions and Services” oraz GTS Poland Sp. z o.o. Stosownie do postanowień art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień

1) w zakresie treści tabeli numer 6 zawartej w formularzu cenowym Państwa oferty:
Zamawiający, w wyniku odwołania złożonego przez Konsorcjum Spółek Orange Polska i Integreted Solutions z dnia 11 lipca 2014 roku zmodyfikował pismem z dnia 21 lipca br. znak GOZ-353-0400-1/13 treść formularza cenowego i treść § 17 wzoru umowy¹ - dopisując informację, że należy wycenić prace konsultantów (jak w § 17 ust. 5 wzoru umowy - regulacja dopisana również w tym punkcie) oprócz prac, o których mowa w 3.3.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (do 3.000 roboczogodzin prac rozwojowych). Z formularza cenowego załączonego do Państwa oferty wynika, że wyceniono 300 roboczogodzin. Proszę o wyjaśnienie ww. różnicy.

2) w zakresie tabeli numer 2 zawartej w formularzu cenowym Państwa oferty:
Proszę o wskazania przyczyny zawarcia w ww. tabeli w pozycji numer 8 stawki 1 roboczogodziny i wycenienia jej na poziomie 463,24 zł z podatkiem VAT i wskazanie czego ta pozycja dotyczy.

Wyjaśnienia w ww. zakresie proszę przekazać do dnia 3 września 2014 roku.

Bezsprzeczne jest, że w tabeli nr 6 zatytułowanej prace rozwojowe, konsultacje i autoryzacje załącznika 2 wykonawca GTS podał 300 roboczogodzin wg ceny jednostkowej brutto 404,23 zbieżnej z punktem 9.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 września 2014 r. konsorcjum „Atos IT Solutions and Services” oraz GTS Poland Sp. z o.o. podało: (dokument ten pomimo jego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba na podstawie § 23 rozporządzenia Prezesa RM w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z 22 marca 2010 r. (dz. U. 2014, poz. 964) postanowiła udostępnić stronom i uczestnikom postępowania -treść poniższych wyjaśnień – jako, że odnoszą się one wyłącznie do zaoferowanej ceny i nie zawierają informacji chronionych. Zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp informacje dotyczące ceny w związku z art. 8 ust. 3 Pzp są jawne.)

„Działając w imieniu i na rzecz Konsorcjum spółek „Atos IT Solutions and Services” Sp. z o.o., adres: ul. Postępu 18, 02-675 Warszawa (Lider Konsorcjum), oraz GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa (Członek Konsorcjum), dalej łącznie zwani: Wykonawca lub Konsorcjum, w nawiązaniu do pisma z dnia 02 września 2014 roku, wyjaśniam, co następuje:

1) w zakresie tabeli nr 6, zawartej w formularzu cenowym Oferty,

1. Zgodnie z modyfikacją SIWZ z dn. 21 lipca 2014 r., w zakresie zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej w pkt- 5-7, potwierdzam, że Konsorcjum w tabeli nr 6 pn. „Prace rozwojowe, konsultacje i autoryzacje” (nazwa po modyfikacji) zawierało maksymalną, liczbę godzin konsultacji/wykonania prac związanych z autoryzacją w wysokości 300 godzin (jak wskazano w pkt. 6 wskazanych modyfikacji) -

2. Modyfikacje oferowanego Systemu w ilości 3000 godzin (zgodnie z pkt. 3.3.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - prace te zostały ujęte w Tabeli nr 2, w poz. 8. Oświadczamy, zatem że w ofercie Wykonawcy (Konsorcjum) zostały wycenione zarówno prace w ilości 3000 godzin (jak, w pkt. 3.3.12 SIWZ), jak i prace konsultantów w ilości 300 godzin wskazane (jak par. 17 ust. 5 wzoru umowy, stosownie do par, 17 ust. 5 i 5).

2) W zakresie tabeli numer 2 w formularzu cenowym w pozycji numer 8, stawka za 1 roboczogodzinę wyceniona na poziomie 463,24 zł z VAT, została wpisana omyłkowo i nie ma zastosowania do żadnych wyliczeń ceny Oferty. Prosimy o jej nieuwzględnienie.”

Izba postanowiła odtajnić Formularz ofertowy Konsorcjum Atos GTS za wyjątkiem Tabeli nr 1 Ceny licencji systemu i Tabeli nr 3 infrastruktura sprzętowa.

Zdaniem Izby jedynie w tych Tabelach 1 i 3 zawarte są opisy proponowanych rozwiązań w odniesieniu do licencji i sprzętu. Pozostałe tabele obejmują opisy podane przez zamawiającego, a rolą wykonawcy było jedynie przyporządkowanie im swoich cen. Z tego względu na podstawie art. 86 ust 4 nie mogą one być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, TIMSI na wezwanie zamawiającego - złożyło wyjaśnienia dotyczące elementów jego oferty mających wpływ na wysokość ceny, zawierające zestawienia wysokości kosztów realizacji zamówienia, przede wszystkim mające charakter ekonomiczny oraz techniczny, i jako takie niepodlegające ujawnieniu zgodnie z zastrzeżeniem wykonawcy dokonany w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jeżeli chodzi o treść tych wyjaśnień izba stwierdziła podstawy do zachowania ich poufności, przy czym poniżej przedstawiono do protokołu rozprawy te wyjaśnienia w sposób uogólniony.

OMÓWIENIE OGÓLNE WYJAŚNIEŃ Konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, TIMSI

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2014 r. pismem z dnia 1 września 2014 r. wykonawca - konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, TIMSI złożył wyjaśnienia dotyczące elementów jego oferty mających wpływ na wysokość ceny, w których oświadczył, że wskazana w ofercie cena zawiera w sobie wszystkie koszty, jakie poniesie konsorcjum przy realizacji tego zamówienia oraz uwzględni marżę spółek wchodzących w skład konsorcjum.

W zastrzeżonej części pisma wyjaśnienia te obejmują:

1. omówienie architektury proponowanego rozwiązania wraz z oznaczeniem: kluczowych elementów kosztowych infrastruktury sprzętowej wraz z informacjami na temat źródeł nabycia i kosztów; z udokumentowaniem ofert zewnętrznych, na których wykonawca oparł szacowanie ceny oferty;
2. kluczowych elementów kosztowych oferowanego oprogramowania wraz z informacjami na temat źródeł nabycia i kosztów; z udokumentowaniem ofert zewnętrznych, na których wykonawca oparł szacowanie ceny oferty;
3. omówienie kosztów usług szkolenia z Systemu wraz z wyspecyfikowaniem cen za poszczególne elementy wchodzące w zakres szkoleń i z udokumentowaniem ofert zewnętrznych, na których wykonawca oparł szacowanie ceny oferty;
4. omówienie szczegółowych kosztów dokumentacji zarządzania projektem;
5. omówienie szczegółowych kosztów analizy przedwdrożeniowej;
6. omówienie szczegółowych kosztów usługi instalacji i konfiguracji Systemu i infrastruktury sprzętowej, migracji oraz modyfikacji oprogramowania.

Konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi podsumowało łączną wartość prac w zakresie instalacji systemu infrastruktury sprzętowej, pozostałych usług związanych z wykazaniem oznaczonej marży zysku.

7. omówienie szczegółowych kosztów asysty w pierwszym roku eksploatacji z podsumowaniem łącznej wartości prac w tym zakresie;
8. omówienie szczegółowych kosztów serwisu eksploatacyjnego z podsumowaniem łącznej wartości prac w tym zakresie;
9. omówienie szczegółowych kosztów prac rozwojowych, konsultacji i autoryzacji z podsumowaniem łącznej wartości prac w tym zakresie;
10. omówienie szczegółowych kosztów budowy i obsługi sieci PIPWAN z podsumowaniem łącznej wartości prac w tym zakresie.

Konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi podsumowało łączną wartość oferty według przedstawionych kalkulacji, wynoszącą 8 397 172,00 zł, mieszczącą w sobie zakładaną marżę zysku na poziomie dwucyfrowym.

Głównymi elementami pozwalającymi konsorcjum Netia, Fujitsu, TIMSI zaofertowanie ceny na najniższym spośród zaofertowanych ofert poziomie były czynniki dostępne w sposób zindywidualizowany, takie jak:

1. zaofertowana architektura rozwiązania;
2. umowy globalne z dostawcami sprzętu i oprogramowania;
3. specjalne ceny projektowe od kontrahentów;
4. własne gotowe rozwiązania systemu obiegu dokumentów po dostosowaniu - spełniające wymogi SIWZ.

W tym samym piśmie datowanym dnia 1 września 2014 r. konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi złożyło oświadczenie, że „ilość roboczogodzin 300 stanowi oczywistą omyłkę. Wnosimy do Zamawiającego o dokonanie poprawy tej omyłki z uwzględnieniem zmiany SIWZ tj. zmiany roboczogodzin z 300 na 3300 (str. 17 oferty wykonawcy) i uwzględnienie w konsekwencji tej zmiany w cenie oferty wykonawcy.”

Pismem datowanym dnia 2 sierpnia 2014 r. (powinno być 2 września 2014. r.) zamawiający wzywał konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, TIMSI do wyjaśnień, w których powołał się na modyfikację SIWZ z dnia 21 lipca 2014 r. i treść § 17 wzoru umowy – dopisując informację, że należy wycenić prace konsultantów (jak w § 17 ust. 5 wzoru umowy) oprócz prac o których mowa w punkcie 3.3.12 SIWZ (do 3000 roboczogodzin prac rozwojowych).

Okolicznością bezsporną pozostawało, że konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi wyceniło w ofercie 300 rb/h łącznie z ww. tytułów.

Ponadto zamawiający prosił w piśmie datowanym dnia 2 sierpnia 2014 r. konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, TIMSI o wyjaśnienia odnośnie sposobu obliczenia kosztu przeprowadzenia szkoleń.

Zamawiający wyjaśniał, że zwracał się do wykonawców o potwierdzenie, że w cenach tego elementu oferty zawarte są wszystkie składowe usługi w zakresie szkoleń w tym w szczególności noclegi i wykonawcy to potwierdzili. Zamawiający wyjaśniał, że zarówno konsorcjum Netia i Orange wyszczególniły koszt noclegu przy usługach szkoleniowych. Zamawiający poprawił ofertę Orange koszty wyodrębnionych noclegów doliczył do ceny oferty za szkolenia. Spółka Orange wskazała cenę jednostkową za nocleg, ale nie wyliczyła w tym segmencie usługi tego kosztu dla zakładanej ilości osób do ceny oferty w związku z czym zamawiający w oparciu o tę stawkę i ilość osób dla których przewidywane są noclegi dokonał poprawy oferty Orange i zwiększył ją o kwotę około 555 000 zł, natomiast poprzestał na wyjaśnieniach spółki konsorcjum Netia, że koszty noclegów zawarte są w cenie oferty za szkolenia i nie dokonywał żadnych zmian z tego tytułu w cenie oferty konsorcjum Netia.

Pismem z dnia 3 września 2014 r. konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi powoływało się na okoliczność popełnienia omyłki w ofercie w odniesieniu do wskazanej ilości roboczogodzin 300 zamiast 3300 i wносиło o jej sprostowanie.

Omyłkowo wezwanie do konsorcjum Netia nosiło datę 2 sierpnia 2014 r., a powinno nosić datę 2 września 2014 r. i konsorcjum Netia składając oświadczenie o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki z 3 września 2014 r. zmieściło się w terminie wyznaczonym przez zamawiającego - zgodnie z terminem ustawowym.

Zamawiający dokonał poprawek w ofercie konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi i pismami z 4 września 2014 r. oraz z dnia 19 września 2014 r., wezwał to konsorcjum firm do ich zaakceptowania.

Zamawiający w pierwszej kolejności pismami z 2 września 2014 r. wzywał wykonawców do wyjaśnień w odniesieniu do rozbieżności podanych godzin w odniesieniu do prac modyfikacyjnych i konsultacyjnych i w następstwie pismami z dnia 4 i 5 września wzywał wykonawców konsorcjum Orange i Netia do akceptacji poprawek z tytułu korekty ilości godzin wskazanych w tabeli 6 formularza cenowego i taką akceptację z ich strony uzyskał w terminie ustawowym zgodnie z wezwaniem, poprawa była dokonana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a 19 września 2014 r. zamawiający wzywał wykonawców do akceptacji przekazanego wzoru umowy licencyjnej.

Wykonawca konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi pismami z dnia 4 i 22 września 2014 r. zaakceptował poprawki zamawiającego wprowadzone do złożonej oferty, w tym w zakresie ilości godzin przyjętych za podstawę wyceny prac konsultantów oraz prac rozwojowych dokonującymi korekty ceny w tym zakresie – co było objęte zarzutami odwołania.

Ponadto, konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi pismem z dnia 22 września 2014 r. zaakceptowało poprawki umowy licencyjnej dokonane przez zamawiającego tak samo jak i konsorcjum Atos-GTS, natomiast konsorcjum Orange powołując się na treść wezwania, które upoważniało do zgłoszenia zastrzeżeń przekazało zastrzeżenia, co do wzoru umowy licencyjnej. Zamawiający w SIWZ podał że zastrzega sobie prawo ustalenia ostatecznego brzmienia wzoru umowy licencyjnej na tej podstawie zamawiający ponownie przy piśmie z dnia 26 września 2014 r. wystąpił do konsorcjum Orange żądając zaakceptowania bezwarunkowego przekazanego przy tym piśmie wzoru umowy uwzględniającego zastrzeżenia konsorcjum Orange z uwagi na to, że w zakresie oferowanego oprogramowania wykonawca ten znajduje się w innej sytuacji niż np. konsorcjum Netia dlatego, że korzysta z oprogramowania obcego.

Zamawiający zwracał się pismem z dnia 17 września 2014 r. do konsorcjum firm: Netia, Fujitsu, Timsi o podanie uzasadnienia dla zakresu objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów składających się na dokumentację oferty. Wyjaśnienia w tym zakresie zostały

udzielone przez wymienione konsorcjum firm pismem z dnia 18 września 2014 r. oraz z dnia 3.10.2014 r. – w tym w odniesieniu do sposobu obliczenia kosztu przeprowadzenia szkoleń.

Pismem datowanym dnia 2 sierpnia 2014 r. zamawiający wzywał konsorcjum wykonawców Orange Polska i Integreded Solutions do wyjaśnień w zakresie:

1. tabeli nr 6 w formularzu cenowym, gdzie wykonawca wycenił 3000 roboczogodzin ogółem zamiast 3300 roboczogodzin
2. cen szkoleń zawartych w tabeli nr 2.

W wyjaśnieniach z 3 września 2014 r. wykonawca – konsorcjum Orange podał:

Ad. 1) tabela nr 6 - nie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

Cena określona w pozycji nr 1 tabeli nr 6 Formularza cenowego obejmuje wykonanie prac rozwojowych, konsultacyjnych i autoryzacyjnych, w tym konsultacje udzielane w okresie gwarancji, o których mowa w § 10 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca na podstawie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia miał podstawy przyjąć, iż liczba roboczogodzin prac rozwojowych, podana w pkt 3.3.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmuje również roboczogodziny konsultacji udzielanych w okresie gwarancji. Nie zmieniają tego wniosku ani modyfikacje dokonane w piśmie z dnia 21 lipca 2014 r. dotyczące Formularza cenowego. Zamawiający dokonał, bowiem modyfikacji polegającej jedynie na zmianie nazwy (oznaczenia) tabeli nr 6 do Formularza cenowego - pierwotnie brzmiącej „Prace rozwojowe” na „Prace rozwojowe, konsultacyjne i autoryzacyjne”. Zamawiający nie zmodyfikował natomiast postanowienia pkt 3.3-12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określającego maksymalną liczbę roboczogodzin prac rozwojowych. Taki sposób dokonania modyfikacji treści specyfikacji wskazywał, że pierwotnie wskazane 3000 roboczogodzin (jako prace rozwojowe) uwzględnia po zmianie także prace konsultacyjne i autoryzacyjne, w tym konsultacje przewidziane w § 1 o ust. 2 pkt 7 wzoru umowy.

Wykonawca w sposób prawidłowy określił cenę w tabeli nr 6 Formularza cenowego.

Z ostrożności Wykonawca oświadcza, że jeżeli inna była intencja Zamawiającego w kontekście przywołanych wyżej zmian treści specyfikacji, Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia omyłki zaistniałej w ofercie Wykonawcy, jako oczywistej omyłki rachunkowej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r, poz. 907 ze zm.; dalej - ustawa) poprzez wpisanie liczby roboczogodzin prac rozwojowych, konsultacyjnych i autoryzacyjnych wskazanej w wezwaniu przez Zamawiającego (3.300), pomnożenie tej wartości przez cenę jednej roboczogodziny i podanie wyniku iloczynu.

Ad. 2) tabela nr 2

Cena (Koszt) noclegów został uwzględniony przez Wykonawcę w pozycjach szczegółowych dotyczących ceny jednostkowej udziału jednej osoby w szkoleniu w danej grupie tematycznej.

Pismem z dnia 5 września 2014 r. zamawiający wezwał konsorcjum wykonawców Orange Polska i Integreted Solutions do zaakceptowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp dokonanych poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi doręczonej dnia 8 i 22 września 2014 r. konsorcjum wykonawców Orange Polska i Integreted Solutions zaakceptowało poprawki dokonane przez zamawiającego – pisząc „akceptujemy poprawki, które zostały wyszczególnione w przedmiotowym piśmie, zgodnie z treścią tego pisma.”

Pismem z dnia 19 września 2014 r. zamawiający wezwał konsorcjum wykonawców Orange Polska i Integreted Solutions do zaakceptowania poprawek w umowie licencyjnej załączonej do oferty - lub zgłosić zastrzeżenia.

W odpowiedzi z dnia 22 września 2014 r. konsorcjum wykonawców Orange Polska i Integreted Solutions podało, że dokonana przez zamawiającego zmiana w proponowanej umowie licencyjnej jest zbyt daleko idąca – niezgodna z treścią SIWZ.

Konsorcjum Orange Polska i Integreted Solutions powołało się na treść załącznika nr 6 do SIWZ – zawierającego wymagania dotyczące umowy licencyjnej oraz, że projekt wykonawcy wyczerpywał te wymagania, zatem uznało, że brak podstaw, aby ze względu na umowę licencyjną zamawiający mógł zastosować procedurę z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wobec jego oferty. Wykonawca powołał się na przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, uznając wzór umowy – którego akceptacji wymaga zamawiający – za niezgodny z tymi przepisami. Wykonawca żądał unieważnienia treści czynności poprawienia treści oferty w odniesieniu do projektu umowy licencyjnej.

Zamawiający wzywał Orange Polska i Integreted Solutions pismem z dnia 29 sierpnia 2014 r. do wyjaśnień przesłanek zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartej na stronach 21-77 oferty.

W piśmie z dnia 1 września 2014 r. wykonawca Orange Polska i Integreted Solutions podał, że opis oferowanego oprogramowania, organizacja prac i metodyka wdrożenia, oświadczenie w sprawie udziału podwykonawców, opisy spełnienia wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, deklaracje zgodności próbki, dotyczącą zaoferowanych rozwiązań technicznych, zatem mogą w sposób uprawniony korzystać z wyłączenia ich jawności.

Pismem z dnia 1 października 2014 r. zamawiający powiadomił o wyniku przetargu. Stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych informuję, że w przedmiotowym postępowaniu - została odrzucona oferta Konsorcjum Spółek: Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o. i GTS Poland Sp. z o.o.

Zamawiający w wyniku odwołania złożonego przez Konsorcjum Spółek Orange Polska i Integrated Solutions z dnia 11 lipca 2014 roku zmodyfikował pismem z dnia 21 lipca br. znak GOZ-353-0400-1/13 treść formularza cenowego i treść § 17 wzoru umowy 1 - dopisując informację, że należy wycenić prace konsultantów (§ 17 ust. 4, 14-16 wzoru umowy) oprócz prac, o których mowa w 3.3.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (do 3.000 roboczogodzin prac rozwojowych). Analiza treści formularza cenowego załączonego do oferty ww. Konsorcjum wykazała, że wycenionych zostało 300 roboczogodzin. W związku z powyższym skierowano do Konsorcjum pismo w dniu [2 sierpnia 2014 roku] znak GOZ-353-0400-1/13-z wezwaniem do wyjaśnienia tej sytuacji.

W odpowiedzi na ww. pismo - pismem z dnia 3 września 2014 roku - Konsorcjum wskazało, w jaki sposób zostały wycenione przedmiotowe usługi (ze względu na zastrzeżenie tej informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa - nie można przytoczyć ww. informacji)- Jednak, zgodnie z postanowieniami § 17 wzoru umowy za wykonanie prac rozwojowych (tak jak i za świadczenie usług związanych z konsultacjami/autoryzacjami) zapłata będzie uiszczana po zleceniu wykonania takich usług i ich odebraniu. Wycena ww. usług w innej pozycji formularza cenowego (bez wskazania; roboczogodziny):

- 1) uniemożliwia wskazanie, jaką cenę ma uiścić Państwowa Inspekcja Pracy za budowę systemu (opłata uiszczana po zbudowaniu systemu);
- 2) nie wiadomo, jaki jest koszt 1 roboczogodziny wykonania usług rozwojowych (opłata uiszczana po zleceniu i odebraniu usługi).

Pismo ww. Konsorcjum z dnia 3 września br. nie zawiera również informacji w ww. zakresie. Zamawiający nie miał możliwości poprawy oferty Konsorcjum, a tym samym podlega ona odrzuceniu, jak wskazano powyżej.

Ocena ofert

1. Ocena ofert - kryterium 1 - cena
 - 1) Konsorcjum Spółek: Netia, Fujitsu, TIMSI - cena 10 996 411,56 zł, liczba otrzymanych pkt - 85,00
 - 2) Konsorcjum Spółek: Orange Polska, Integrated Solutions – cena – 15 884 183,10, liczba otrzymanych pkt - 58,84
2. Ocena ofert - kryterium 2 - cena funkcjonalności (waga -15%)
 - 1) Konsorcjum Spółek; Netia, Fujitsu, TIMSI - liczba otrzymanych pkt -11,83
 - 2) Konsorcjum Spółek: Orange Polska, Integrated Solutions - liczba otrzymanych pkt - 11,72
3. Suma punktów:

- 1) Konsorcjum Spółek: Netia, Fujitsu, TIMSI - liczba otrzymanych pkt - 96,83
- 2) Konsorcjum Spółek: Orange Polska, Integrated Solutions - liczba otrzymanych pkt - 70,56.

Konsorcjum Atos IT Solutions and Services Sp. z o.o. GTS Poland Sp. z o.o. cena oferty – 19 467 853,29 zł.

Opierając ocenę zarzutów wniesionych odwołań na ustalonym wyżej materiale dowodowym, wyjaśnieniach stron i uczestników postępowania, Izba stwierdziła, że obydwa wniesione odwołania nie znajdowały oparcia w przytoczonych przepisach i w stanie faktycznym sprawy, zatem podlegały oddaleniu o czym Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowań odwoławczych uiszczone przez odwołujących wpisy, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....