

Sygn. akt: KIO 1663/12

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 sierpnia 2012 r.** przez wykonawcę **ECDS Polska Sp. z o.o. ul. Św. Rocha 5/208, 15-879 Białystok** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Podlaskie Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego ul. Kard. St. Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **InfoStrategia Sp. J. Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków, Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka ul. Bojki 14/79, 30-611 Kraków,** zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża odwołującego ECDS Polska Sp. z o.o. ul. Św. Rocha 5/208, 15-879 Białystok,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł,** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **ECDS Polska Sp. z o.o. ul. Św. Rocha 5/208, 15-879 Białystok,** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi pod nazwą - Menadżer Projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa”, o wartości przekraczającej kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z 12.05.2012 r. Nr 2012/S 91-150731), w dniu 3 sierpnia 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę ECDS Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej także ECDS), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 24 lipca 2012 r. o wyniku postępowania i o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: InfoStrategia Sp. J. Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba, Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka z siedzibą w Krakowie (dalej także InfoStrategia), oraz o zaklasyfikowaniu na drugie pozycji oferty wykonawcy konsorcjum firm Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. i Softtutor Consulting Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także Softtutor).

Wobec podjętych czynności udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób sprzeczny z przepisami ustawy oraz zaniechania dokonania czynności odtajnienia dokumentów wykonawców: konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. i Softtutor Consulting Spółka z o.o., dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu - odwołujący zarzucił zamawiającemu Województwu Podlaskiemu Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Podlaskiego naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieuwzględnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na dopuszczeniu do postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka, którego jeden z członków (spółka InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j.) brał udział w opracowaniu koncepcji technicznej projektu, programu funkcjonalno-użytkowego oraz Studium wykonalności projektu, mając

tym samym bezpośredni wpływ na specyfikację istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz dysponujący szczegółową wiedzą dotyczącą kosztów realizacji projektu (w tym szczegółowego kosztorysu), w sytuacji gdy powyższe dane nie były udostępnione innym wykonawcom,

2) art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przez niewykluczenie konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka jako wykonującego bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten opracowując wskazane w pkt 1) dokumenty, które zostały tylko częściowo udostępnione pozostałym wykonawcom, utrudnił uczciwą konkurencję

3) art. 8 ust. 1- 3 w zw. z art. 86 ust. 4 i art. 96 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.), przez nieuwzględnienie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a ograniczenie tej zasady może nastąpić jedynie w sytuacjach wyjątkowych, przy czym zakaz określony w art. 8 ust. 3 Pzp nie obejmuje informacji podawanych podczas otwarcia ofert tj. nazwy firmy, adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach oraz poprzez ograniczenie dostępu do dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. i zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia wskazanych dokumentów, w sytuacji gdy wbrew twierdzeniom wskazanym przez tych wykonawców, informacje te nie spełniają przesłanek ku uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez niezwrócenie się do wykonawców tj. konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania w złożonych przez nie ofertach cen odbiegających w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia – (złożone oferty oscylują w granicach 30 % wartości kwoty przewidzianej przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia).

5) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez nieodrzućenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o

uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1) przedłożenia dokumentów z postępowania o udzielenie zamówienia, a także wszystkich dokumentów przetargowych usługi pod nazwą Menadżer Projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa” (Znak postępowania: BO-II.272.19.2012) i przeprowadzenie z nich dowodu na okoliczności faktyczne z postaci: naruszenia zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców, bezpodstawnego utajnienia przez konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Sofftutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Sofftutor Consulting Sp. z o.o. dokumentów ofertowych, rażąco niskiej ceny podanej w ofertach ww. wykonawców w stosunku do wartości zamówienia, nieprzeprowadzania przez zamawiającego postępowania sprawdzającego dotyczącego rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez ww. wykonawców.

2) nakazania unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp - z ostrożności procesowej, w przypadku nie uwzględnienia tego żądania, odwołujący wnosił o nakazanie:

3) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

4) wykluczenia konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka z postępowania,

5) odrzucenia oferty konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz oferty konsorcjum firm: Sofftutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Sofftutor Consulting Sp. z o.o. jako ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

6) dokonania poprawnej czynności oceny ofert,

7) wyboru oferty odwołującego,

8) ponadto wnosił o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

I. Zarzuty w odniesieniu do oferty konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka.

Zarzut 1. Odwołujący wyjaśniał, że konsorcjum w skład którego wchodziła firma InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. oraz „Stowarzyszenie Miasta w Internecie” na podstawie umowy zawartej z zamawiającym wykonało dokumentację obejmującą między innymi:

1) Studium wykonalności projektu - zał. 1.1. do SIWZ,

2) Program funkcjonalno-użytkowy - zał. 1.2. do SIWZ,

3) Koncepcja techniczna realizacji projektu - zał. 1.3. do SIWZ,

Odwołujący stwierdził, że część dokumentacji przygotowanej przez ww. wykonawcę stanowiła integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w niniejszym postępowaniu. W ramach powyższych usług Konsorcjum z udziałem spółki InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. określiło zakres zadań niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia, dokonało również kalkulacji usług związanych z budową całego systemu. Powyższe konsorcjum tworząc Studium wykonalności opracowało szczegółowy plan nakładów inwestycyjnych, w szczególności nakłady finansowe na zadania będące przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Spółka InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. posiadała więc wiedzę na temat kwoty kosztów realizacji tych zadań już na etapie opracowywania Studium wykonalności. W przekonaniu odwołującego, kwoty tych kosztów (nakładów finansowych) zostały przez zamawiającego utajnione przed innymi wykonawcami, co postawiło konsorcjum InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp.j i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka w pozycji uprzywilejowanej w porównaniu do pozostałych wykonawców. Ponadto, ww. konsorcjum w trakcie przygotowywania oferty w niniejszym postępowaniu dysponowało m.in. kosztorysem inwestorskim. W ocenie odwołującego - autorem kosztorysu było konsorcjum, w którym jednym z podmiotów była firma InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. Wiedza tego przedsiębiorcy wynikająca ze znajomości kosztorysu inwestorskiego - pozwoliła na mniejsze ryzyko kalkulacji ceny złożonej oferty. Odwołujący zaznaczał, że kosztorys inwestorski nie był udostępniany pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Zatem znajomość kosztorysu inwestorskiego przez konsorcjum świadczy o jego rzeczywistej i nieuzasadnionej przewadze konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o to zamówienie. Wskazywał, że zamawiający nie udostępnił również innym wykonawcom załącznika do Studium wykonalności - „Wyniki inwentaryzacji”, a dokument ten w sposób precyzyjny określa aktualny stan poszczególnych partnerów projektu – co uznał za istotne z punktu widzenia planowania zakresu prac Inżyniera projektu. Wiedzę odnośnie tego dokumentu posiadał wyłącznie podmiot opracowujący Studium wykonalności, co dało mu przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami i naruszyło zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców. Jako przykład kalkulacji dokonanej przez konsorcjum z udziałem spółki InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp.j., a następnie ukrytej przed wykonawcami, wskazał między innymi system GIS Podlasie, w tym koszt jednostkowy oraz łączny koszt szkoleń z zakresu GIS. Brak tych informacji uniemożliwił odwołującemu oraz innym wykonawcom określenie czasu tych szkoleń (nie był on podany w dokumentacji przetargowej), a więc również określenie czasu związanego z zarządzaniem tymi szkoleniami - co stanowiło jedno z zadań niniejszego postępowania. Wiedza ta jest w posiadaniu tylko zamawiającego i konsorcjum z udziałem spółki InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp.j. Jako kolejny przykład

świadczący o braku uczciwej konkurencji wymienił usługi związane z dostawą, instalacją i konfiguracją wartości niematerialnych i prawnych (tabela 48 na stronie 293). W przekonaniu odwołującego, brak jest w otrzymanych dokumentach informacji, które pozwoliłyby wykonawcom na samodzielną kalkulację tych usług. Kalkulacja dokonana przez konsorcjum opracowujące dokumentację przetargową - została usunięta przez zamawiającego. Cena za te usługi jest jednym z najbardziej obiektywnych mierników określających stopień złożoności, czasochłonność oraz ryzyko projektowe związane z ich realizacją. Dopiero znajomość tych mierników pozwala na optymalne określenie niezbędnych zasobów i kosztów związanych z zarządzaniem projektem w zakresie podanym w SIWZ.

W związku z powyższym, dla odwołującego - nie ulegało wątpliwości, że spółka InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, a jej udział w postępowaniu realnie utrudnił uczciwą konkurencję, jak również naruszył zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców albowiem konsorcjum z udziałem spółki InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. pozostawało w pozycji uprzywilejowanej w porównaniu do pozostałych wykonawców. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania za wyjątkiem sytuacji, że nie utrudni to uczciwej konkurencji. Zasadniczo więc wykonywanie na etapie przygotowywania postępowania takich czynności jak opisanie zakresu zadań zmierzających do realizacji przedmiotu zamówienia, a także ustalenie wartości zamówienia stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z późniejszego postępowania. W przedmiotowej sprawie, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył dyspozycję cytowanego przepisu - poprzez brak oceny czy nie utrudni to uczciwej konkurencji oraz dopuszczenie konsorcjum InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka do postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku czuwania nad prawidłowością przeprowadzenia postępowania na każdym jego etapie, włącznie ze wstępną selekcją poszczególnych wykonawców. Zamawiający, stwierdzając że zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia z postępowania wykonawcy, obowiązany był czynności tej dokonać. Czynność prawną polegającą na zakwalifikowaniu ww. konsorcjum do postępowania wbrew zakazowi wynikającemu z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poczytał odwołujący za sprzeczną z prawem i jako taką - nieważną. Argumentował, że udział w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia wykonawcy mającego bezpośredni wpływ na SIWZ, jak również dysponującego większym zakresem informacji niż został udostępniony pozostałym uczestnikom postępowania (wszelkimi niezbędnymi danymi kwotowymi pozwalającymi na określenie optymalnej wysokości kwoty

niezbędnej do zrealizowania przedmiotu zamówienia) stanowi rzeczywiste utrudnienie uczciwej konkurencji. Zwracał uwagę na specyfikę projektów informatycznych, która jest odmienna od projektów z innych branż np. budowlanej. Różnice te wynikają z braku standaryzacji w definiowaniu parametrów produktów i usług, większość terminów jest ogólna, a często wieloznaczna i nieprecyzyjna. Brak precyzyjnych norm w zakresie wyrobów i usług informatycznych oraz katalogów nakładów rzeczowych (np. takich jak KNR w budownictwie) powoduje, że wykonawca Studium wykonalności czy programu funkcjonalno - użytkowego, koncepcji technicznej czy też kosztorysu inwestorskiego jest w pozycji uprzywilejowanej, gdyż tylko on zna szczegółowy i faktyczny zakres poszczególnych pozycji kosztorysu nawet jeżeli byłby ujawniony.

II. Zarzuty w odniesieniu do oferty konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz w odniesieniu do oferty konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o.

Zarzut 1. Odwołujący podnosił również zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuwzględnienie, iż zakaz określony w art. 8 ust. 3 Pzp nie obejmuje informacji podawanych podczas otwarcia ofert tj.: nazwy firmy, adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach oraz poprzez ograniczenie dostępu do dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oferty konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. Wskazywał, iż wbrew zastrzeżeniom tych wykonawców - informacje utajnione w ofertach nie spełniają przesłanek ku uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka - odwołującemu zostały udostępnione strony od 1 do 7 oraz od strony 14 do 37 dokumentacji oferty, przy czym strony ujawnione nie zawierają kluczowych dokumentów takich jak wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu czynności, który zostanie im powierzony, w tym danych koordynatora projektów, specjalisty do spraw projektowania i wdrażania systemów informatycznych, specjalisty od wdrożeń systemów informatycznych, specjalisty od sprzętu i platform serwerowych, specjalisty do spraw rozliczania projektów, specjalisty do spraw prawnych, inspektora nadzoru, specjalisty

do spraw GIS - posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie określonym w SIWZ. Powyższe odwołujący uznał za brak wykazania prawidłowego sposobu przygotowania oferty.

W odniesieniu do konsorcjum firm Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. odwołującemu nie zostały udostępnione następujące dokumenty: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie, wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu czynności, który zostanie im powierzony, w tym danych koordynatora projektów, specjalisty do spraw projektowania i wdrażania systemów informatycznych, specjalisty do spraw wdrożeń systemów informatycznych, specjalisty od sprzętu i platform serwerowych, specjalisty do spraw rozliczania projektów, specjalisty do spraw prawnych, inspektora nadzoru, specjalista do spraw GIS - posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie określonym w SIWZ, informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na poziomie 500 000.00 zł, oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, dowód wniesienia wadium w określonej wysokości, wykazanie prawidłowego sposobu przygotowania oferty.

Odwołujący wyjaśniał, że pismem z dnia 13 lipca 2012 r. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie ofert ww. firm oraz umożliwienie do nich wglądu. Zamawiający pismami z dnia 16 lipca 2012 r. wystąpił do konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. w celu ustosunkowania się do zastrzeżonych przez nie informacji dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawcy ci przestali zamawiającemu argumentację potwierdzającą ich zdaniem, skuteczność poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający znając argumentację ww. podmiotów nie zajął samodzielnego stanowiska w sprawie i zaniechał obowiązku zawiadomienia bez zbędnej zwłoki odwołującego o podjętych krokach. Odwołujący dnia 27 lipca 2012 r. wystosował do zamawiającego pismo ponaglące w zakresie odtajnienia powyższych informacji. W odpowiedzi zamawiający pismem z dnia 1.08.2012 r., czyli po upływie dwóch tygodni od wpłynięcia pierwszego wniosku, poinformował odwołującego, że po przeprowadzeniu indywidualnego badania w odniesieniu

do każdego zastrzeżonego dokumentu stwierdził, iż w żadnym ze złożonych dokumentów nie zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i poprosił ww. firmy o ustosunkowanie się do tej kwestii. Po otrzymaniu od nich odpowiedzi wyłączającej zgodę na odtajnienie poszczególnych dokumentów zamawiający odmówił odwołującemu wglądu do ofert ww. wykonawców w części zastrzeżonej jako tajemnica.

W pierwszej kolejności, odwołujący podnosił, że zamawiający zobowiązany był zastosować procedurę badania skuteczności zastrzeżeń bezpośrednio po otwarciu ofert. Do podjęcia powyższych czynności nie był wymagany wniosek odwołującego. W przekonaniu odwołującego, konkurenci ustosunkowując się do zapytania zamawiającego nie wykazali zasadności wyłączenia jawności zastrzeżonych informacji w ofertach. Zastrzeżone przez ww. wykonawców dokumenty dotyczyły głównie informacji w przedmiocie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak również osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Argumentem przemawiającym za zasadnością zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być wyłącznie twierdzenia wykonawców, że zastrzeżone informacje mają dla nich wartość handlową – jak przekonywał odwołujący. Zwłaszcza, że twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1072/11), *„Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, iż każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.”*

Odwołujący przytoczył art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, że oferty są jawne od dnia ich otwarcia. Bezpośrednio po otwarciu ofert, zatem wykonawcom przysługuje prawo wglądu do złożonych ofert. Z tego powodu zamawiający powinien niezwłocznie przystąpić do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i od wyników tej oceny uzależnić zakres udostępnionych innym wykonawcom dokumentów ofertowych. Mimo dokonania takiej weryfikacji i uznania, że brak jest przesłanek przemawiających za zasadnością dokonanych zastrzeżeń, zamawiający uzależnił odtajnienie informacji od zgody wykonawców zasłaniających konkretne dane tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 338/09, *„zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienia publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawców wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.”*

Odwołujący podkreślał, że ww. wykonawcy w odpowiedzi na pismo zamawiającego nie odnieśli się w żaden sposób do konkretnych dokumentów, które zostały utajnione, lecz w sposób ogólny, na poparcie swoich twierdzeń przywołali jedno orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący argumentował, że obowiązek wykazania, że informacje, na których ujawnienie nie wyraził zgody wykonawca - spełniają wszystkie ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa - obciąża tego wykonawcę. Żaden z wymienionych wykonawców, w opinii odwołującego nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił w odniesieniu do każdego utajnionego dokumentu, że ten dokument spełnia łącznie warunki pozwalające uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, mianowicie: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, dane nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00). Ponadto zgodnie z wyrokiem z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt: I CKN 1159/00) Sąd Najwyższy stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy z.n.k nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy, wskazywał że firma Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. udostępnia do publicznej wiadomości (poprzez publikacje i opisy na własnej stronie internetowej: <http://www.softtutor.com.pl/>) informacje na temat doświadczenia przedsiębiorstwa, czy też przeprowadzonych procesów inwestycyjnych. Podana jest również metodyka realizacji projektów; nazwa systemów informatycznych wykorzystywanych przez firmę czy też nazwa bazy systemów informatycznych. Na podanej powyżej stronie internetowej w zakładce „O nas” („Studia przypadku”) opisane zostały działania podjęte w ramach poszczególnych przetargów. Natomiast w zakładce „Usługi” („Doradztwo”, „Sektory”) czy „Aktualności” („Informacje”) podano doświadczenie przedsiębiorcy w zakresie poszczególnych projektów czy proponowanych usług.

Ponadto, jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 331/12 oraz 333/12 *„informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda zamawiający, obejmujące dane dotyczące przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty. Dokumenty te powinny być zatem jawne i udostępnione innym wykonawcom w celu weryfikacji czy warunki przewidziane w ogłoszeniu o przetargu i SIWZ zostały spełnione.”* Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 26 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 100/2012) stwierdziła, że *„Niepodejmowanie przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany czekając, że to orzeczenie KIO*

zwolni go z ryzyka odpowiedzialności za ewentualne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy jest nie do zaakceptowania.” Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, odwołujący przypominał okoliczność, że zamawiający dokonując weryfikacji poszczególnych dokumentów ww. wykonawców nie znalazł podstaw do uznania, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto w sytuacji lakonicznych wyjaśnień tych wykonawców odnoszących się do dokonanych zastrzeżeń nie zdecydował się na ich udostępnienie odwołującemu, czym naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zwłaszcza, że zamawiający może odtajnić informacje fragmentarycznie zakreślając zakres i wartość kontraktów, a może też ograniczyć się do odtajnienia informacji zawartych w referencjach, które uznał za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (orzeczenia KIO z dnia 6 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO 2493/10, 2494/10, 2496/10).

W odniesieniu do utajnienia przez obydwu wymienionych wykonawców w części oferty - informacji dotyczących osób planowanych do wykonywania przedmiotu umowy tj. wykazania spełnienia warunku w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem kadrowym odwołujący utrzymywał, że wiedza na temat osób przeznaczonych na kierownika budowy czy też inspektora budowy nie stanowi informacji niepodlegających ujawnieniu, gdyż zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane informacje te podawane są do publicznej wiadomości. Przepisami powyższej ustawy został nałożony obowiązek umieszczania na budowie w widocznym miejscu tablicy informacyjnej, na której powinny znajdować się m.in. imiona, nazwiska, adresy i numery telefonów: kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektantów. Skoro informacje te muszą być jawne to nie mogą jednocześnie stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argument ten podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 17 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO/700/12. Określona informacja, aby zachować postać tajemnicy przedsiębiorstwa musi cały czas pozostawać tajemnicą, nie może być chroniona jedynie okresowo (por. wyrok z dnia 19 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 700/12).

Zarzut 2. Odwołujący podnosił, że kwota jaką zamawiający przeznaczył na wykonanie przedmiotu zamówienia przed otwarciem ofert wynosiła 2 508 831.00 zł brutto, natomiast po otwarciu ofert i po zapoznaniu się z ofertami złożonymi przez wykonawców kwota ta została skorygowana do kwoty 1 850 000,00. Jednakże zamawiający przygotowując się do przetargu oszacował wartość zamówienia na kwotę 2 508 831,00 zł brutto. Cena podana przez konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka to kwota 842 550.00 zł brutto, zaś konsorcjum firm Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. za realizację zamówienia żądało

kwoty 853 620,00 zł brutto. Złożone oferty mają wartość ok. 30 % kwoty określonej przez zamawiającego – jak wyliczył odwołujący, zaznaczając jednocześnie, że jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia - w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinien zastosować procedurę przewidzianą w art. 90 ustawy Pzp, obligującą go do zwrócenia się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia. Jeżeli w trakcie postępowania wyjaśniającego okaże się, że cena jest nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców, zamawiający ma obowiązek odrzucenia takiej oferty. Obowiązek ten spowodowany jest z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś - brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję. Dokonując badania ofert zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym cenę odnosi się do przedmiotu zamówienia (por. W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. 2012). W ocenie odwołującego, zamawiający zaniechał zwrócenia się do wykonawców tj. konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania w złożonych przez nie ofertach cen znacząco odbiegających od wartości przedmiotu zamówienia - czym w istotny sposób naruszył przepisy ustawy. Konsekwencją powyższego zaniechania jest naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez nieodrzućenie oferty konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. w sytuacji, gdy spełnione zostały warunki obligujące zamawiającego do odrzucenia tej oferty. Odwołujący nie akceptował przyjęcia przez zamawiającego, iż oferowana cena, stanowiąca wartość ok. 30 % kwoty faktycznie przeznaczonej przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia - jest wiarygodna w porównaniu do cen rynkowych. W takiej sytuacji - stwierdził, że wyczerpana została przesłanka „rażąco niskiej ceny”.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2012 r. do postępowania odwoławczego pismem złożonym dnia 6 sierpnia 2012 r., w kopii przekazanym stronom, zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i

Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka, który powołał się na swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na rzecz utrzymania w mocy czynności zamawiającego - wyboru jego oferty do realizacji zamówienia. W dalszym piśmie złożonym na rozprawie przystępujący szczegółowo uzasadnił swoje stanowisko.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę - konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka do udziału w sprawie po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania. Podtrzymał stanowisko w piśmie zawiadamiającym o wyniku przetargu. Za niezasadny przyjął zarzut, iż niewłaściwa ocena doprowadziła do uznania, iż ceny kwestionowanych ofert nie przedstawiają ceny rażąco niskiej oraz do zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, co stanowi naruszenie art. 90 ust 1 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, iż poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofertach został naruszony art. 8 ustawy Pzp, gdyż nie znajduje to oparcia w istniejącym stanie faktycznym. Na żądanie odwołującego o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym złożonych ofert, przedmiotowa dokumentacja została udostępniona przedstawicielowi odwołującego z uwzględnieniem, że nie udostępniono części ofert, które zostały utajnione z uwagi na ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego zamawiający podnosił, że każdorazowo po otrzymaniu od wykonawców ofert ich uzupełnień i złożonych wyjaśnień, dokonywał badania, czy informacje, których jawność została zastrzeżona przez wykonawców, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i czy skutecznie zastrzeżono ich poufność. W odniesieniu do oferty i wyjaśnień złożonych przez skarżonych wykonawców - zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia – w ofertach obydwu wykonawców oraz treści dokumentów opinii bankowej, a nadto wykazu usług - wykonawcy konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o.

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom, że uczestnik konsorcjum InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. brał bezpośredni udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, oferty konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka, oferty wykonawcy konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o., pisma odwołującego z dnia 13 lipca 2012r. pisma zamawiającego z dnia 16 lipca 2012 r.. BO-11.272.19.2012 do Softtutor Consulting Sp. z o.o. Spółka komandytowa, pisma zamawiającego z dnia 16 lipca 2012 r.. BO-11.272.19.2012 do InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp., pisma konsorcjum firm: InfoStrategia K. Heller, A. Szczerba Sp.j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka z dnia 16.07.2012 r. IS-2066/07/12, pisma Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 17 lipca 2012r., pisma odwołującego z dnia 27 lipca 2012r., pisma zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2012 r. o odmowie udostępnienia dokumentów oraz z powiadomienia o wyniku postępowania.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje „Świadczenie usługi pod nazwą: Menadżer Projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa.”

Wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, o czym stanowi § 2 wzoru umowy. Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Oferty złożyło 9 wykonawców:

Oferty 4 wykonawców zostały odrzucone. Jako niepodlegające odrzuceniu zamawiający sklasyfikował oferty:

- 1) odwołującego - cena brutto oferty wynosi 1 082 400,00 zł,
- 2) konsorcjum firm: InfoStrategia K. Heller, A. Szczerba Sp.j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka - cena 842 550.00 zł brutto,
- 3) konsorcjum firm Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. - cena 853 620,00 zł brutto,
- 4) konsorcjum CTParners S.A. - cena brutto 2 279 770,00 zł,

Oferty odrzucone podawały ceny brutto:

- 5) Centrum Doradztwa w Informatyce Sp. z o.o. – cena 994 827,00 zł,
- 6) Krajowa Agencja Informatyczna Sp. z o.o. – cena 1 299 000,00 zł,
- 7) PwC Polska Sp. z o.o. – cena 2 795 514,48 zł,

8) 4pi Sp. z o.o. – cena 988 674,00 zł,

9) Wrocławski Medyczny Park Naukowo-Technologiczny sp. z o.o. – cena 872 070,00 zł,

Jak podaje protokół postępowania wartość zamówienia, ustalona została na kwotę 1 850 000,00 netto zł. Wartość zamówienia została ustalona 8 maja 2012 r. na podstawie dokumentów analizy cen rynkowej dokonanej przez Departament Społeczeństwa Informatycznego, kosztorysu inwestorskiego i PFU. Zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert w dniu 29 czerwca 2012 r. zamawiający na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 508 831,00 zł brutto - jak wynika z załącznika do protokołu postępowania.

Zamawiający na rozprawie potwierdził prawidłowość powyższej kwoty i podkreślając, że szacunkowa wartość zamówienia oraz kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie muszą się pokrywać.

Termin złożenia ofert upłynął w dniu 29 czerwca 2012 r.

Wykonawca wybrany, konsorcjum firm: InfoStrategia K. Heller, A. Szczerba Sp.j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka zastrzegł w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia zawodowego, kwalifikacji i zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz podstawy dysponowania.

Konsorcjum firm Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. – zastrzegło jako tajemnicę:

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia zawodowego, kwalifikacji i zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz podstawy dysponowania,
- opinię bankową wraz ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów finansowych, potwierdzającą, że podmiot udostępniający posiada na rachunkach w oznaczonym banku własne środki finansowe do wykorzystania w wysokości (...),
- wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług na wymagany w SIWZ przedmiot zamówienia, obejmujący 2 pozycje usług jako doświadczenie podmiotu trzeciego, wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług wystawionymi przez zlecającego.

Podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie nosi inną nazwę niż przedstawiony przez odwołującego wydruk ze strony internetowej podmiotu, z wykazem zrealizowanych zamówień. Załączone przez odwołującego wydruki ze stron internetowych firmy Softtutor

Business Consulting Sp. z o.o. zawierają ogólne informacje o firmie profilu działania i zrealizowanych projektach.

Odwołujący nie zastrzegł w swojej ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa żadnych dokumentów.

Pierwsze żądanie odwołującego wglądu do ofert nastąpiło 6 lipca 2012 r., a następnie po udostępnieniu odwołującemu niezastrzeżonej części ofert, odwołujący zwrócił się pismem z 13 lipca 2012 r. o udostępnienie wszystkich dokumentów z wymienionych ofert. Zamawiający potwierdził, że stosuje taką procedurę, iż zwraca się do wykonawców w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - o uzasadnienie. Zwracał się również o uzupełnienie brakujących dokumentów.

Pismem z dnia 16.07.2012 r. zamawiający wystąpił do wykonawców: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. oraz konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka o podanie przyczyn zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa oznaczonych w ofertach dokumentów.

Pismami z dnia 16 i 17 lipca 2012 r. wzywani wykonawcy udzielili wyjaśnień wraz z uzasadnieniem powodów zastrzeżenia tajemnicy dokumentów ich ofert, jak niżej:

- konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o. o. Sp. k. podało: *„W naszej ocenie, informacje zastrzeżone w ofercie konsorcjum Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. oraz Softtutor Consulting Spółka z o.o. wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, spełniają bowiem wszystkie trzy wymienione przesłanki łącznie. Odnosząc się do podstaw zastrzeżenia wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie Wykonawca wskazuje, iż zastrzegł informacje podane w przedmiotowych dokumentach, albowiem wprawdzie do nich stosuje się art. 139 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych mówiący, że umowa o zamówienie publiczne jest jawna i że udostępniana jest na zasadach wynikających z ustawy o dostępie do informacji publicznych, natomiast ani ustawa o zamówieniach ani ustawa o dostępie do informacji publicznej nie określa jako informacji publicznych protokołów odbioru, faktur i innych dokumentów związanych z realizacją umowy. W wyroku z 11 czerwca 2007 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu, (sygn. akt II SA/Op 109/07) wskazał, że protokoły odbioru, faktury VAT nie stanowią informacji publicznej, o której mowa w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Żaden z tych dokumentów nie jest bowiem informacją publiczną, stąd żądanie wglądu do tych dokumentów jest nieuprawnione. Informacje technologiczne określające metodę realizacji oraz techniczne szczegóły kontraktów nie są zawarte w umowach, a jedynie w dokumentach wewnętrznych projektu, które na podstawie powyższego*

uzasadnienia nie są informacją publiczną i nie były podawane do wiadomości publicznej. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa Softtutor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. oraz Softtutor Consulting Spółka z o.o. nie ujawnia szczegółowych informacji dotyczących sposobu realizacji zawartych umów. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji zarządu spółki albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K.). Okoliczność ta nie jest jednak przesłanką do zniesienia klauzuli poufności, gdyż jak wskazuje prof. S. Sołtysiński: „Nadal aktualny jest pogląd SN, że tajemnica nie traci swego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób, w tym także niezależnych konkurentów. Stosunkowo szeroki krąg osób wiedzących o źródłach zaopatrzenia i zbytu przedsiębiorstwa nie pozbawia takich informacji poufnego charakteru. Mogą one nadal stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (post. SAMop. z 15.05.1996r. XVII Amz, 1/96, Wokanda 1997 r. nr 10, s. 55). Mając na względzie powyższe, dokumenty zawarte w rozdziale 11 i 12 Oferty spełniają przesłanki warunkujące objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Odnosząc się w dalszej kolejności do podstaw objęcia klauzulą poufności wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, przypomnieć należy, że profil spółki Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. oraz Softtutor Consulting Spółka z o.o. obejmuje przede wszystkim świadczenie specjalistycznych usług i szkoleń. Ze względu na to, wiedza fachowa osób realizujących przedmiot zamówienia, potwierdzona posiadanymi kwalifikacjami czy certyfikatami stanowi niewątpliwie kluczową wartość gospodarczą. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają ludzie. Na rynku poszukiwani są cenieni wysokiej klasy specjaliści co powoduje konieczność zabezpieczenia się firm przed dostępem do informacji o jej zasobach kadrowych. Dlatego też informacje na temat kluczowych specjalistów mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Powszechną praktyką w realiach gospodarki rynkowej jest stosowanie tzw. „head-hunting’u”. Gdyby informacja o osobach, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, została przechwycona przez konkurencję, to być może mielibyśmy do czynienia z podejmowaniem prób przejęcia tych osób przez konkurencyjne firmy. Okoliczność ta jest wysoce prawdopodobna w świetle wymagań, jakie postawił Zamawiający wobec osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zebranie zespołu osób niezbędnych do wykonania zamówienia, a mających tak duże doświadczenie i kwalifikacje, nie jest zadaniem łatwym. Tym samym informacje zawarte w wykazie osób uznać trzeba za informacje posiadające wartość gospodarczą. Ponadto informacje zawarte w wykazie osób mają charakter organizacyjny - wskazują którymi konkretnie osobami Wykonawca będzie posługiwać się przy wykonywaniu zamówienia, są to

zatem niewątpliwie informacje organizacyjne przedsiębiorstwa. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza słuszność i prawidłowość zastrzeżenia dokonanego przez konsorcjum Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. oraz Softtutor Consulting Spółka z o. o. w ofercie, przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 874/08 lub wyrok z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/1498/10. Do podobnych wniosków Izba doszła również m.in. w wyroku z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2040/10. Również w orzecznictwie Sądów Okręgowych przyjmuje się, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (... Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrok z 2007 r., sygn. V Ca 421/07). Odnosząc się do przedłożonej w ofercie informacji banku należy wskazać, iż jej treść wskazuje na konkretne wartości posiadanych środków finansowych na rachunkach oraz lokatach. Ponadto treść opinii bankowej zawiera inne dane, wskazujące na wysokość limitów gwarancyjnych oraz limitów na karcie płatniczej. W związku z tym zamieszczone w opinii informacje należy uznać za posiadające wartość gospodarczą, a ponieważ są one chronione przez Wykonawcę w analogiczny sposób jak wszystkie pozostałe dokumenty, ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa należało uznać za zasadne. Reasumując, Wykonawca konsorcjum Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. K. oraz Softtutor Consulting Spółka z o.o. podtrzymuje złożone w ofercie oświadczenie o objęciu ochroną informacji i dokumentów zastrzeżonych w ofercie, gdyż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i pozwalają na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi firmami, a tym samym mają dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą.”

Konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka podało:

- W związku z pismem z dnia 16.07.2012 r. dotyczącym zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, uprzejmie wyjaśniamy co następuje: Zgodnie z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. 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, informacje zawarte w części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawiają dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Zgodnie natomiast z orzeczeniem KIO z dnia 5 września 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 874/08 „informacja o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach: stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie

może zostać ujawniona przez Zamawiającego. Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Na tej podstawie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb prowadzonej działalności, czego na własnym przykładzie doświadczył Przystępujący. Możliwość zastrzeżeń, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007 r., sygn. akt: V Ca 421/07. Również Wykonawca spotkał się z próbami pozyskiwania przez konkurencję swoich pracowników. Wykonawca podkreśla, iż informacje te nie są upublicznione - w przeciwieństwie np. do referencji zamieszczonych na stronie internetowej. Podstawową przesłanką stanowiącą o tajemnicy przedsiębiorcy jest poufność informacji. Poufność rozumiana jako, jako nie ujawnianie informacji do wiadomości publicznej, oraz jako brak łatwego dostępu do informacji. W tym zakresie wyjaśniamy, iż informacje zawarte w Wykazie osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, nie są ujawniane i ogólnie dostępne. W szczególności nie znajdują się na stronie internetowej Wykonawcy, czy też w ogólnie dostępnych ofertach. Jeśli Wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje ww. informacje w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawsze wiąże się to z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca podjął więc działania w celu nieujawniania ww. informacji (nie są one dostępne np. na stronie internetowej Wykonawcy, w folderach czy broszurach dotyczących działalności Wykonawcy, w przypadku wykorzystania informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są one zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa - Wykonawca podejmuje więc działania w celu kontrolowania liczby i charakteru osób mających dostęp do informacji). Zachowanie to spełnia wymogi uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa co potwierdza m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., 1 CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67, „taką informację [tj. informację poufną] można uznać za tajemnicę, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna”. Podkreślić należy, iż informacje te nie są dostępne dla ogółu odbiorców, w miejscu, czasie i formie przez nich wybranych. Informacje w Wykazie osób przedstawione Zamawiającemu to niejako część CV pracowników Wykonawcy. Zawiera on

kompletne informacje o wykształceniu, doświadczeniu zawodowym czy posiadanych uprawnieniach. Dysponowanie tymi zasobami pozwala Wykonawcy realizować projekty i ubiegać się o udzielanie zamówień, co dobitnie świadczy o wartości gospodarczej takich informacji. Informacje zamieszczone w wyżej wymienionym załączniku do oferty podlegają ponadto ochronie na mocy przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Zgodnie z art. 6 tejże ustawy za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. W świetle powyższego Wykonawca nie może zgodzić się na ujawnienie informacji zamieszczonych w ofercie dotyczących potencjału kadrowego ani też tym bardziej informacji o kwalifikacjach, ukończonych szkołach, doświadczeniu zawodowym swoich pracowników i współpracowników.”

W odpowiedzi na wezwania odwołującego do udostępnienia całości ofert wykonawców, poprzedzających odwołującego w ocenie, zamawiający w piśmie z dnia 1 sierpnia 2012 r. zajął następujące stanowisko:

„W związku z Państwa pismem z dnia 27.07.2012 r. uprzejmie informuję, iż Zamawiający w dniu 16.07.2012 r. w nawiązaniu do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi pod nazwą: Menadżer Projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa”, zwrócił się m.in. do konsorcjum firmy InfoStrategia K. Heller i A. Szczerba sp. j. oraz Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka i konsorcjum firm Softtutor Consulting sp. z o.o., spółka komandytowa oraz Softtutor Consulting sp. z o.o. pismem odnoszącym się do dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” w złożonych ofertach. Zamawiający, po przeprowadzeniu indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu stwierdził, iż w żadnym ze złożonych dokumentów nie zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i poprosił ww. firmy o ustosunkowanie się do tej kwestii. Wykonawcy odpowiednio w dniu 16.07.2012 r. oraz 19.07.2012 r. przestali Zamawiającemu argumentację potwierdzającą dowody wskazujące na skuteczność poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec braku zgody na odtajnienie dokumentów objętych klauzulą „tajemnicy przedsiębiorstwa” Zamawiający odmawia Państwu wglądu do ofert ww. Wykonawców w części zastrzeżonej jako tajemnica.”

Zamawiający wyjaśniał, że stwierdzenie w ww. piśmie z 1 sierpnia 2012 r., iż w jego ocenie, zastrzeżone dokumenty w ofertach obydwu wykonawców nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa - dotyczyło pierwotnego, zawartego w ofertach samego zastrzeżenia - dlatego też podał w piśmie z 1 sierpnia 2012 r., „że nie zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, ale uznał jednocześnie, że nie może dokonać odtajnienia tych dokumentów bez zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia w tym zakresie. Ostatecznie, stanowisko zamawiającego wynikało z analizy treści udzielonych wyjaśnień.

Zamawiający nie wezwał wykonawców konsorcjum: Sofftutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. oraz konsorcjum firm InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uznał, że nie zachodzą wątpliwości co do tego, iż ceny ofert wymienionych wykonawców nie są rażąco niskie.

Firma InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. oraz „Stowarzyszenie Miasta w Internecie” na podstawie umowy zawartej z zamawiającym w wyniku innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonało dokumentację obejmującą między innymi:

- 1) Studium wykonalności projektu - zał. 1.1. do SIWZ,
- 2) Program funkcjonalno-użytkowy - zał. 1.2. do SIWZ,
- 3) Koncepcję techniczną realizacji projektu - zał. 1.3. do SIWZ.

Wymienione wyżej prace zostały wykonane na potrzeby udokumentowania wniosku o dofinansowanie projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa” z funduszy Unii Europejskiej.

Zamawiający przyznał, że zamówił dokumentację jw. (Studium wykonalności, PFU i koncepcję techniczną wykonania projektu, również harmonogram realizacji projektu, kosztorys wstępny projektu) - ale było to na potrzeby złożenia wniosku o przyznanie funduszy z Unii Europejskiej. Studium wykonalności stanowiło załącznik do umowy w sprawie dofinansowania projektu. Wstępne założenia kosztów również mieściły się w przedmiocie tej umowy, natomiast wartość szacunkową podaną w protokole postępowania z uwzględnieniem istniejącej dokumentacji i analizy dokonał Departament Społeczeństwa Informacyjnego zamawiającego. Również wyznaczone przez zamawiającego kwoty szacunkowej wartości zamówienia i kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia mieszczą się w wytycznych realizacji projektu ustalonych z instytucją zarządzającą. Zamawiający załączył tę dokumentację do SIWZ w niniejszym postępowaniu – w celach informacyjnych, gdyż nie wchodziła ona w skład opisu przedmiotu zamówienia na wybór Menadżera Projektu.

Zamawiający powiadomił za pośrednictwem faksu w dniu 24 lipca 2012 r. o wyniku postępowania i o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: InfoStrategia Sp. J. Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba, Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka z siedzibą w Krakowie oraz o zaklasyfikowaniu na drugie pozycji oferty wykonawcy konsorcjum firm Sofftutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. i Sofftutor Consulting Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, natomiast na pozycji trzeciej znalazła się oferta odwołującego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku wykazania bezprawności zaniechania odrzucenia skarżonych ofert, przez nieprawidłowe działanie zamawiającego mógłby ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia i utraty spodziewanego zysku z jego realizacji.

Ad. I. Zarzuty w odniesieniu do oferty konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka.

Ad. I. zarzut 1. Okoliczność bezsporną stanowiło, że konsorcjum w skład którego wchodziła firma InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. oraz „Stowarzyszenie Miasta w Internecie” na podstawie umowy zawartej z zamawiającym w wyniku innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonało dokumentację obejmującą między innymi:

- 1) Studium wykonalności projektu - zał. 1.1. do SIWZ,
- 2) Program funkcjonalno-użytkowy - zał. 1.2. do SIWZ,
- 3) Koncepcję techniczną realizacji projektu - zał. 1.3. do SIWZ.

Wymienione wyżej prace zostały wykonane na potrzeby udokumentowania wniosku o dofinansowanie projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa” z funduszy Unii Europejskiej.

Należało zauważyć, że zamawiający udostępnił te opracowania jako załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkim wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, mimo, że nie stanowiły one *stricte* dokumentacji przetargowej niniejszego postępowania na wybór Menadżera Projektu. Tak więc wiedza wynikająca ze znajomości tych dokumentów była dostępna na równi dla wszystkich uczestników przetargu. Różnica polegała na tym, że uczestnik konsorcjum firma InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. nie musiał jej sobie przyswajać, albowiem znał zawartość tej dokumentacji, natomiast inni wykonawcy włącznie z odwołującym musieli poświęcić czas i zaangażowanie jeżeli chcieli zaznajomić się z wymienioną dokumentacją – co w ocenie Izby nie może być poczytywane za wyraz nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z pominięciem stwarzania dla nich równej płaszczyzny konkurencji. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że dokumenty stanowiące załączniki do Studium wykonalności takie jak kosztorys inwestorski i harmonogram nakładów rzeczowo-finansowych odnosiły się nie do danego postępowania o wyłonienie Menadżera Projektu, tylko odnosiły się do projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego część II administracja samorządowa,” który ma być przez

menadżera wybranego w niniejszym postępowaniu realizowany w zakresie wsparcia na rzecz zespołu projektowego wykonującego zasadnicze zadania dla tego projektu, tj. – systemu informatycznego, zatem dane, których nieujawnienie zarzucał odwołujący, nie odnosiły się bezpośrednio do niniejszego postępowania i nie dotyczyły bezpośrednio budżetu dla Menadżera Projektu.

Odwołujący bezzasadnie podnosił, że w przeciwieństwie do skarżonego konsorcjum InfoStrategia - nie posiadał niezbędnych informacji do prawidłowego skalkulowania elementów usługi – albowiem brak jest w otrzymanych dokumentach informacji, które pozwoliłyby wykonawcom na samodzielną kalkulację tych usług. W sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia sporządzenie oferty, w tym kalkulacji ceny – wykonawcy przysługują środki zaskarżenia wobec postanowień SIWZ o czym stanowi art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Na etapie oceny ofert brak jest podstaw do rewidowania postanowień SIWZ. W sytuacji, gdy odwołujący uznawał, że przekazana mu dokumentacja postępowania zawiera braki, uniemożliwiające czy utrudniające przygotowanie oferty - winien reagować poprzez wnoszenie zapytań, czy też zaskarżenie postanowień SIWZ - czego nie uczynił. Po wyborze ofert takie zarzuty należało uznać za spóźnione i niepodlegające rozpatrzeniu. Zamawiający ma obowiązek podania szacunkowej wartości zamówienia oraz kwoty jaką zamierza przeznaczyć na jego realizację. Ustawodawca nie nałożył na zamawiającego powinności przedstawiania kalkulacji kwot wartości szacunkowych, których sposób wyliczenia wynika z założeń ustawowych określonych art. 32-35 ustawy Pzp. Postępowanie dowodowe wykazało, że zakres ilościowo-rzeczowy został udostępniony wszystkim wykonawcom oraz koszt całkowity projektu. Nieudostępnienie rozbicia szacowanej wartości zasadniczego projektu na poszczególne jego składniki nie miało wpływu na kalkulację oferty na usługi menadżerskie, ponieważ takie dane jak np. wartość sprzętu, pozostawały neutralne dla oszacowania ceny usługi menadżera projektu. Natomiast lokalizacje jednostek samorządowych, ilość tych lokalizacji, ilość użytkowników przewidzianych do korzystania ze sprzętu i oprogramowania oraz czas według harmonogramu realizacji projektu - jako kwestie istotne do oszacowania usługi menadżera - zostały udostępnione wykonawcom ubiegającym się o zamówienie (lub były ogólnie dostępne - ujęte w uchwałach budżetowych poszczególnych samorządów). Czas trwania zamówienia został podany w ogłoszeniu (rozpoczęcie 1.07.2012 r. – zakończenie 31.03.2014 r.

W ocenie Izby, związku z powyższym odwołujący nie wykazał, że uczestnictwo spółki InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. w wykonywaniu bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem dokumentacji dla uzyskania finansowania projektu zasadniczego - realnie utrudniło uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu na świadczenie usługi pod nazwą Menadżer Projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla

ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa", jak również aby naruszyło zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców. Izba nie dostrzegła bowiem na podstawie wskazywanych przez odwołującego okoliczności oraz dowodów, aby konsorcjum z udziałem spółki InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. pozostawało w pozycji uprzywilejowanej w porównaniu do pozostałych wykonawców. Brak było zatem podstaw do nakazania zamawiającemu wykluczenia wymienionego konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania za wyjątkiem sytuacji, że nie utrudni to uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich łącznych przesłanek, w tym utrudniania uczciwej konkurencji – co jest nieodzownym warunkiem zastosowania dyspozycji tej normy. Dowód w tym zakresie obciążał odwołującego, a nie zamawiającego – jak utrzymywał odwołujący.

Ad. II. Zarzuty w odniesieniu do oferty konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz w odniesieniu do oferty konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o.

Ad Zarzut II. 1. Izba nie znalazła podstaw, aby przypisać zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje obowiązkowo podawane na otwarciu ofert, tj. nazwa firmy, adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. – zostały podane w całości i wbrew twierdzeniom odwołującego, nie dotyczyło ich zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsorcjum InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. zastrzegło - jako niepodlegające ujawnieniu, w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp informacje dotyczące wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, obejmujące chronione dane osobowe o wykształceniu, doświadczeniu zawodowym, posiadaniu uprawnień, które to dane nie są ogólnie dostępne. Dysponowanie odpowiednim do wymagań zespołem specjalistów dowodzi, iż dane te mają dla wykonawców wartość gospodarczą, bowiem umożliwiają ubieganie się o zamówienie, a następnie jego realizację. Odwołujący nie dowiódł, że zwykłą i dozwoloną drogą dostęp do danych, których ujawnienia się domagał jest możliwy do uzyskania, lub, że konsorcjum firm: InfoStrategia

Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. nie podjęło czynności mających na celu realizację ustawowego obowiązku ochrony danych – mieszczących się w definicji danych osobowych pracowników i współpracowników. Zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności weryfikacyjne w tym zakresie, i mimo tego że początkowo uznał, iż nie zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to na wniosek odwołującego o udostępnienie całości dokumentów oferty konsorcjum InfoStrategia i Softtutor, zwrócił się o uzasadnienie ich stanowiska, a po uzyskaniu umotywowanych wyjaśnień, zdecydował, że utajnienie wykazu osób, które będą wykonywać zamówienia wraz z danymi na temat ich kwalifikacji, wykształcenia, doświadczenia - stanowiących zasób chroniony i niepodlegający upowszechnianiu bez żadnych ograniczeń, zatem spełniający kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – znajdowało normatywne wsparcie. Dane o wykonywaniu zamówienia przez oznaczone imiennie osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu czynności, który zostanie im powierzony, w tym danych koordynatora projektów, specjalisty do spraw projektowania i wdrażania systemów informatycznych, specjalisty od wdrożeń systemów informatycznych, specjalisty od sprzętu i platform serwerowych, specjalisty do spraw rozliczania projektów, specjalisty do spraw prawnych, inspektora nadzoru, specjalisty do spraw GIS - posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie określonym w SIWZ - mają dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą dają bowiem możliwość ubiegania się o zamówienie. Informacja o zestawie tych osób może być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji, ukierunkowanym na pozyskanie poszukiwanych specjalistów z odpowiednim doświadczeniem do celów własnych. Stąd zastrzeżenie tych informacji, w ocenie Izby, znajduje uzasadnienie.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 póź. 1503 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa,
- posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa, czy organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, zawarty w ofercie, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ posiada charakter organizacyjny oraz posiada wartość gospodarczą i dotyczy sytuacji, gdy nie został ujawniony do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do informacji w nim zawartych niezbędne działania w celu zachowania poufności. W celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów wykonawcy podjęli działania:

- w formularzu ofertowym zaznaczyli, które informacje oraz na których stronach oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwolujący nie podał innych źródeł dostępu do danych zawartych w wykazie stanowiącym wypełniony wykaz osób i załączonych dokumentów, niż poprzez zapoznanie się z treścią złożonych ofert. Mimo, że w przypadku remontu pomieszczenia na potrzeby serwerowni, nazwisko inspektora nadzoru podlega zgłoszeniu do organu nadzoru budowlanego - to dane osobowe, dotyczące wykształcenia, doświadczenia nie są ujawniane w tym trybie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153,

poz. 1503 ze zm.) przez wadliwe przyjęcie, że kwestionowani wykonawcy w zakresie wykazu osób niezasadnie zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki ustawowe – nie znalazł potwierdzenia. W świetle doktryny oraz utrwalonej linii orzeczniczej m.in. Krajowej Izby Odwoławczej jawność postępowania, która jest jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych może być jednak ograniczana w uzasadnionych przypadkach. Wyjątek od zasady jawności postępowania został wprowadzony w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, odmowę zamawiającego udostępnienia chronionych danych ofert - nie można było uznać za naruszającą przepisy ustawy Pzp i prowadzącą do nierównego traktowania wykonawców.

Wykonawca konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. utajnił wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie. Wykaz ten, w ocenie Izby, może podlegać utajnieniu w zależności od rodzaju informacji jakie zawiera. Przedstawione przez odwołującego – jako dowody – wydruki ze stron internetowych z użyciem znaku firmowego „Softtutor Consulting 20 lat usług IT” nie pozostają równoznaczne z tym, iż wskazane na stronie internetowej dokonania mogą być przypisywane wprost uczestnikowi postępowania przetargowego konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. W dołączonej historii podmiotu – podano, że w 2005 r. uruchomiona została spółka SBC Sp. z o.o. posługująca się logiem oraz rozszerzoną nazwą Softtutor Business Consulting. Nie można więc jednoznacznie stwierdzić, że upubliczniane dane dotyczą podmiotu, który złożył ofertę. Jak Izba ustaliła wyżej, w przytoczeniu materiału dowodowego sprawy, doświadczenie na rzecz konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. zostało udostępnione przez inny podmiot niż wskazywał odwołujący – załączając wydruki ze stron internetowych. Ponadto, wykaz obejmuje dane dotyczące wartości kontraktów. Z tych względów dokument ów mógł być przedmiotem zastrzeżenia zachowania poufności.

Informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na poziomie 500 000.00 zł, podająca stan środków na koncie określonego podmiotu, czy jego zdolność kredytową, w ocenie Izby może stanowić przedmiot skutecznego wyłączenia jawności w ofercie wykonawcy. Żaden podmiot gospodarczy nie ma

obowiązku informować osób postronnych o stanie swego konta, są to bowiem dane objęte tajemnicą bankową. Tym bardziej, że zastrzeżona informacja dotyczy innego podmiotu – udostępniającego potencjał finansowy.

Zamawiający zbadał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena złożonych wyjaśnień nie budzi zastrzeżeń Izby. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o pozostawienie bez rozpatrzenia powyższych zarzutów – jako podnoszonych z uchybieniem terminu. Po wezwaniu o udostępnienie utajnionych dokumentów kwestionowanych przez odwołującego ofert, zamawiający przeprowadzał niezbędne czynności weryfikacyjne - zatem nie pozostawał w zwłoce z wykonaniem czynności udostępnienia dokumentów ofert.

Ad. zarzut II. 2. Rażąco niskiej ceny w ofertach konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz oferty konsorcjum Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. nie podlegał uwzględnieniu.

Izba porównała ceny złożonych wszystkich 9 ofert (włącznie z ofertami odrzuconymi) i stwierdziła, że nie licząc skrajnie wysokich cen dwóch ofert - powyżej 2 200 000,00 zł, średni przedział cenowy ofert w tym postępowaniu był dosyć wyrównany, tj. wynosił od kwoty 853 620,00 zł do 1 299 000,00 zł. Zanotowane różnice – są zatem przejawem zwykłej konkurencji wykonawców w ubieganiu się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty konsorcjum InfoStrategia, lub konsorcjum Softtutor znacząco odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień. Za średnią cenę rynkową dla przedmiotowego postępowania można było bowiem uznać cenę oscylującą w granicach 900 000 - 1 300 000 zł. Materiał dowodowy sprawy potwierdził, że wartość szacunkowa 1 850 000,00 zł była oderwana od realiów rynkowych, tym bardziej kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 508 000 brutto, ale wyniknęło to z faktu, że zamawiający ma wolę przeprowadzenia projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa”, posiada zabezpieczone środki w tej wysokości na realizację usług menadżera dla zasadniczego projektu i ograniczony czas ich wykorzystania, dlatego też dokonałby wyboru oferty najkorzystniejszej, nawet gdyby przewyższała szacowaną wartość do kwoty, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie należało uwzględnić argumentację, że usługi menadżera projektu należą do usług niematerialnych, których oszacowanie jest trudne, bo każda z firm może przyjąć inne metody kalkulacyjne i poziom zysku.

Zdaniem Izby, w zaistniałych okolicznościach brak było podstaw do twierdzeń, że cena całkowita brutto konsorcjum InfoStrategia oraz wyższa o około 10 000,00 zł cena oferty

konsorcjum Softtutor jest niewspółmierna do przedmiotu zamówienia - co powinno wzbudzić u zamawiającego uzasadnione wątpliwości, skutkujące wezwaniem wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, może zwrócić się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – jeży cena ta biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w danym postępowaniu i wiedzę zamawiającego na temat danego rodzaju zamówień wzbudza uzasadnione wątpliwości. Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że nieznaczna dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urządzenia, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług – skali działalności), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert. Ponadto nie można było pominąć, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jak stanowi art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenie wartości zamówienia przy usługach powinno zostać dokonane nie wcześniej niż 3 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, LEX nr 127572, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, bez stosownej oceny danego przypadku. Prawidłowością powszechnie notowaną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają *in minus* od wartości oszacowania zamówienia. Należało zważyć, że przy tego typu specyficznych usługach niematerialnych, opierających się głównie na pracy specjalistów – jak świadczenie usługi pod nazwą Menadżer Projektu, ceny złożonych ofert potrafią być jeszcze bardziej zróżnicowane niż w niniejszym postępowaniu i z reguły znacznie niższe niż podane wartości szacunkowe. Definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje.” W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena

nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą, praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca użył określenia „cena rażąco niska,” a więc niska w sposób zauważalny, narzucający nieodparcie takie wnioski. Zamówienie obejmuje usługi menadżerskie. Obliczenie ceny i kalkulacje jej elementów musiały zatem nawiązywać do charakteru prac objętych zamówieniem. Zamówienie tego rodzaju opiera się w znacznym stopniu na potencjale ludzkim i doświadczeniu. Mniejsze znaczenie mają posiadane zasoby techniczne. Istotna jest też okoliczność o ile wykonawca może przystosować gotowe rozwiązania i uruchomić kontakty, które posiada w związku z innymi zamówieniami, nadające się do wykorzystania w danym postępowaniu. Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, żaden wykonawca nie był zobowiązany kalkulując ceny swojej oferty do przedstawiania kosztorysu. W ocenie Izby, każdy wykonawca mógł przyjąć własne założenia cenowe odmienne od odwołującego, w tym też dowolną stopę zysku. Z tych względów proste porównanie cen oferty odwołującego i skarżonych ofert i zanotowana niewielka różnica (około 10%) nie jest miarodajna dla zarzutu rażąco niskiej ceny ofert konkurentów.

Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego - czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów świadczenia usługi - musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty wykonawcy z tej przyczyny.

Zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy, że właśnie takie fakty brał pod uwagę, gdyż ma rozeznanie co do cen funkcjonujących na rynku, potwierdzone średnimi cenami złożonych ofert. Wnioskowanie zamawiającego dotyczące wskazanych przez odwołującego okoliczności wpływających na wysokość ceny ofert, było poprzedzone analizą własną wszystkich czynników – przede wszystkim przekroju cen oferowanych i stanowiło logiczne konsekwencje ustalonych okoliczności - biorąc pod uwagę poprawność konkluzji, że zaoferowane ceny dwóch najtańszych ofert - nie są rażąco niskie, Izba uznała stanowisko zamawiającego za prawidłowe i nie wymagające uruchomienia procedury weryfikacji najniższych cen w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zdaniem Izby, nie dowiódł, że iż zaoferowana cena wykonawcy konsorcjum firm: Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. nie jest realna, a zamawiający uwzględniając te oferty naruszył przepisy art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W oparciu o przytoczone powyżej ustalenia dowodowe i ich ocenę, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj.:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieuwzględnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na dopuszczeniu do postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka, którego jeden z członków (spółka InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j.) brał udział w opracowaniu koncepcji technicznej projektu, programu funkcjonalno-użytkowego oraz Studium wykonalności projektu, mając tym samym bezpośredni wpływ na specyfikację istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz dysponujący szczegółową wiedzą dotyczącą kosztów realizacji projektu (w tym szczegółowego kosztorysu), w sytuacji gdy powyższe dane nie były udostępnione innym wykonawcom,

2) art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przez niewykluczenie konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka jako wykonującego bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten opracowując wskazane w pkt 1) dokumenty, które zostały tylko częściowo udostępnione pozostałym wykonawcom, utrudnił uczciwą konkurencję,

3) art. 8 ust. 1- 3 w zw. z art. 86 ust. 4 i art. 96 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.) poprzez nieuwzględnienie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a ograniczenie tej zasady może nastąpić jedynie w sytuacjach wyjątkowych oraz poprzez ograniczenie dostępu do dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś - Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Softtutor Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. i Softtutor Consulting Sp. z o.o. i zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia wskazanych dokumentów, w sytuacji gdy wbrew twierdzeniom wskazanym przez tych wykonawców informacje te nie spełniają przesłanek ku uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez niezwrócenie się do wykonawców tj. konsorcjum firm: InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. j. i Agnieszka Gębiś -

Kancelaria Adwokacka oraz konsorcjum firm: Sofftutor Consulting Sp. z o.o. Sp.k. i Sofftutor Consulting Sp. z o.o. o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania w złożonych przez nie ofertach cen odbiegających w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia,

5) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez nieodrzućenie ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

- nie znajdują potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....