

Sygn. akt: KIO 2295/12
Sygn. akt: KIO 2297/12
Sygn. akt: KIO 2301/12
Sygn. akt: KIO 2303/12
Sygn. akt: KIO 2305/12
Sygn. akt: KIO 2307/12
Sygn. akt: KIO 2310/12

WYROK
z dnia 22 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7, 9, 12, 14 listopada 2012 r. i 18 stycznia 2013 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **"S&T Services" Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d (sygn. akt: KIO 2295/12)**
- B. w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21 (sygn. akt: KIO 2297/12)**
- C. w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **"Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94 (sygn. akt: KIO 2301/12)**
- D. w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9 (sygn. akt: KIO 2303/12)**
- E. w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **ATM Systemy Informatyczne S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a (sygn. akt: KIO 2305/12)**
- F. w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **ComArch Polska S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41g (sygn. akt: KIO 2307/12)**
- G. w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 (sygn. akt: KIO 2310/12)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **ComArch Polska S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41g** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12
- C. wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2301/12, KIO 2305/12 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2297/12, KIO 2307/12 po stronie odwołującego
- D. wykonawcy **ATM Systemy Informatyczne S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2301/12 po stronie zamawiającego
- E. wykonawcy **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2309/12 po stronie zamawiającego
- F. wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12 po stronie zamawiającego
- G. wykonawcy **"S&T Services" Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2301/12, KIO 2309/12 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2297/12, KIO 2307/12 po stronie odwołującego
- H. wykonawcy **"Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2307/12, KIO 2310/12 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołania o sygn. akt: **KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12 i KIO 2310/12**

i

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **"S&T Services" Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d**, wykonawcę **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, wykonawcę **"Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94**, wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9**, wykonawcę **ATM Systemy Informatyczne S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a**, wykonawcę **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **90 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **"S&T Services" Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d**, wykonawcę **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, wykonawcę **"Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94**, wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9**, wykonawcę **ATM Systemy Informatyczne S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a**, wykonawcę **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **"S&T Services" Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d**, wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, wykonawcy **"Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94**, wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9**, wykonawcy **ATM Systemy Informatyczne S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a**, wykonawcy **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) od wykonawcy **"S&T Services" Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d**, **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) od wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) od wykonawcy **"Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94**, **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) od wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9**, **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) od **ATM Systemy Informatyczne S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a** oraz **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) od wykonawcy **COMP S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116**,
3. uwzględnia odwołanie o sygn. akt: **KIO 2307/12** wykonawcy **ComArch Polska S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41g** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie

czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy

i:

4. kosztami postępowania obciąża **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a**

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ComArch Polska S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41g** tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5a** na rzecz wykonawcy **ComArch Polska S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41g** kwotę **16 600 zł 00 gr** (słownie: szesnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, zwany dalej „Zamawiającym” - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów „Szyna Usług” oraz „Systemu Administracji”.

Pismem z dnia 12 października 2012r. Zamawiający poinformował Odwoływających o wynikach oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą spośród złożonych ofert Zamawiający uznał ofertę Unizeto Technologies S A..

Od takiego stanowiska Zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożyło 8 wykonawców- wszyscy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu w tym również wykonawca, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, o cofnięciu wniesionego odwołania. Wobec powyższego Izba umorzyła postępowanie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2309/12.

W zakresie siedmiu pozostałych w sprawie odwołań, skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania zostały podniesione następujące zarzuty:

Sygn. akt. KIO 2295/12.

Wykonawca **S&T Services Polska Sp. z o.o.**, zwany dalej „Odwoływającym S&T” we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) i 4) ustawy pzp poprzez bezpodstawne i niezasadne odrzucenie oferty Odwoływającego, a także art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny oferty Odwoływającego niezgodnie z przepisami prawa.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwoływającego;
3. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

W uzasadnieniu podniósł, że według otrzymanej od Zamawiającego w dniu 12 października 2012 roku informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jego oferta została odrzucona z powodu niezgodności z treścią SIWZ i tym samym podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp; oraz uznaniu, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku

do przedmiotu zamówienia i tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ podniósł, że Zamawiający jako podstawę takiego stanowiska wskazał na kwestię iż oferta Odwołującego zawiera niezgodność oferowanej Infrastruktury Techniczno-Systemowej w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338 (Załącznik Nr 4 do OPZ). W uzasadnieniu tego zarzutu podał, że oferta Odwołującego przewiduje implementację ww. wymagań przez oprogramowanie dedykowane, które zgodnie z definicjami w WZP.337 i WZP 338 nie stanowi elementu Infrastruktury Techniczno-Systemowej, co w ocenie Zamawiającego oznacza, że oferowana Infrastruktura Techniczno-Systemowa faktycznie nie realizuje ww. wymagań.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu Odwołujący podał, że jest on bezpodstawny i niezasadny z następujących powodów. Otóż zgodnie z wymaganiami siwz, jakie zostały zapisane w załączniku Nr 3 do siwz formularza ofertowego do oferty należało załączyć w formie tabelarycznej specyfikację sprzętu i oprogramowania systemowego dla Podsystemu Szyna Usług wraz z listą licencji wypełniająca łącznie wymagania zamieszczone w załączniku nr 3,6 i 7 do OPZ.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia wykazując potwierdzenie spełnienia wymagań siwz przez oferowane oprogramowanie zbudowane w oparciu o rozwiązania autorskie. Oferta Odwołującego zakłada bowiem dostawę i implementację dla systemów „Szyna usług” i „System Administracja” oprogramowania systemowego nie wymagającego licencjonowania, a powstałego w oparciu o wskazane w ofercie oprogramowanie typu open - source (wskazane na s. 13 oferty „Oprogramowanie dla szyny”). Odwołujący założył, iż dostarczy rozwiązanie, które w maksymalnym stopniu spełni wymagania Zamawiającego, a ponadto obniży w znaczący sposób koszty standardowego oprogramowania, wymagającego odpłatnego licencjonowania. Biorąc pod uwagę iż zakup standardowych licencji wymusza zarówno opłatę zakupową jak i koszty ich utrzymania (średnio 20% od ceny zakupu na rok), Odwołujący uznał, iż zaproponowane rozwiązanie jest optymalne zarówno pod względem kosztowym jak i dostosowania do potrzeb Zamawiającego, co znalazło odbicie w końcowej wycenie, która jest konkurencyjna do innych złożonych w postępowaniu ofert. Zaproponowane w ofercie oprogramowanie *open-source* spełnia wszystkie postawione wymagania jak również zapewnia możliwość realizacji wszystkich opisanych w siwz funkcjonalności. Poszczególne komponenty wskazanego przez Odwołującego oprogramowania spełniają wszystkie następujące wymagania zawarte w załączniku nr 6 do OPZ, w tym w szczególności następujące: WYM.OPZ.ITS.006, WYM.OPZ.ITS.009,

WYM.OPZ.ITS.037, WYM.OPZ.ITS.045, WYM.OPZ.ITS.085, WYM.OPZ.ITS.089,
WYM.OPZ.ITS.090. WYM.OPZ.ITS.105, WYM.OPZ.ITS.108, WYM.OPZ.ITS.005,
WYM.OPZ.ITS.007, WYM.OPZ.ITS.O11, WYM.OPZ.ITS.013, WYM.OPZ.ITS.016,
WYM.OPZ.ITS.020, WYM.OPZ.ITS.022, WYM.OPZ.ITS.024, WYM.OPZ.ITS.027,
WYM.OPZ.ITS.028, WYM.OPZ.ITS.031, WYM.OPZ.ITS.034, WYM.OPZ.ITS.038,
WYM.OPZ.ITS.041, WYM.OPZ.ITS.047, WYM.OPZ.ITS.048, WYM.OPZ.ITS.050,
WYM.OPZ.ITS.051, WYM.OPZ.ITS.052, WYM.OPZ.ITS.055, WYM.OPZ.ITS.057 - 065,
WYM.OPZ.ITS.068 - 071, WYM.OPZ.ITS.073 - 084, WYM.OPZ.ITS.087,
WYM.OPZ.ITS.088, WYM.OPZ.ITS.093, WYM.OPZ.ITS.097. WYM.OPZ.ITS.100 - 102.
WYM.OPZ.ITS.109.

Stwierdził, że oferta Odwołującego zakłada budowę systemów „Szyna usług” i „System Administracja” poprzez połączenie i użycie gotowych elementów (poszczególnych komponentów) wskazanego w ofercie oprogramowania open - source, pozwalające w konsekwencji na stworzenie dedykowanego systemu dla potrzeb przedmiotowego postępowania. Odwołujący wykorzystując dostępne elementy oferowanego przez siebie oprogramowania, które w sposób dowolny może konfigurować i modyfikować, umożliwia realizację zamówienia w sposób w pełni niezależny od jakiegokolwiek producenta oprogramowania standardowego, w szczególności w zakresie konieczności nabywania dodatkowych licencji, czy też utrzymywania kosztownych usług serwisowych.

Przyjęte założenie dla mającego powstać systemu powodują niezależnienie Zamawiającego od produktów dla których rozszerzenia wymagane byłoby po zakończeniu realizacji przedmiotu zamówienia dodatkowych, odpłatnych licencji. Natomiast oprogramowanie open-source wskazane w treści oferty Odwołującego ma charakter oprogramowania zawierającego podstawowy kod który może być każdorazowo dostosowywany przez każdego użytkownika. Oprogramowanie takie stanowi zatem bazę wyjściową której granice możliwości zależne są od wiedzy tworzącego takie oprogramowanie programisty.

Stwierdził, że Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie zastrzegł, że oferta może zostać zrealizowana wyłącznie za pomocą „gotowego” oprogramowania licencjonowanego odpłatnie. Tym samym realizacja zamówienia w oparciu o komponenty zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania typu open-source jest w pełni dopuszczalna, a złożona oferta zgodna z siwz.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) i 4) ustawy pzp poprzez uznanie iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a jednocześnie tym samym jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący stwierdził, że cena zamówienia została rozbita na poszczególne produkty zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWIZ

(formularz ofertowy), tj. na dwa podstawowe elementy składowe zamówienia, czyli **usługi** (budowa Systemów i integracja podsystemów wraz z usługami powiązаныmi takimi jak szkolenia, rozwój) - wiersze 1-10 wyceny oraz **dostawy** (sprzęt i oprogramowanie w ramach Infrastruktury Techniczno-Systemowej) - wiersz 11 wyceny. W tym też zakresie Zamawiający dokonał „analizy” uznając cenę Odwołującego za rażąco niską. Podstawowe zarzuty stawiane Odwołującemu w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12.10.2012 r., czyli określone w punkcie 1 pisma (s.1-2 oraz s. 3-17 załącznika) dotyczą niewystarczającego w ocenie Zamawiającego zaangażowania zasobów do wykonania zamówienia, a więc de facto ceny zaoferowanych przez Odwołującego usług. Zamawiający podważa w kolejnych punktach zaoferowaną przez Odwołującego cenę, przyrównując ją do swoich szacunków. Jest to w ocenie Odwołującego zarzut całkowicie bezpodstawny. Zamawiający zupełnie w tym aspekcie pominął porównanie ceny usług z poszczególnych ofert, które od ceny najwyższej do najniższej w zakresie usług przedstawia się następująco:

Lp-	Wykonawca	Cena
1.	CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.	21.500.000,00
2.	S&T Services Polska Sp. z o.o. (Odwołujący)	17.335.424,00
3.	ATM Systemy Informatyczne S.A.	15.350.000,00
4.	Qumak-Sekom S.A.	15.200.300,00
5.	Unizeto Technologies S.A.	14.400.000,00
6.	Comarch S.A.	12.106.779,00
7.	Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.	5.296.849,20
8.	Comp S.A.	4.531.413,00

Z powyższego, według Odwołującego wynika, że przyczyna odrzucenia jego oferty jak i jej uzasadnienie przez Zamawiającego w zakresie niedoszacowania zasobów/ceny usług jest zupełnie niezrozumiała, gdyż cena usług zaoferowana przez Odwołującego jest w tym zakresie drugą najdroższą ofertą. Również niezrozumiałe w tym kontekście jest dokonanie oceny ofert tańszych od oferty Odwołującego, tj. oferty wykonawcy Unizeto Technologies S.A. oraz oferty wykonawcy Comp S.A., skoro Zamawiający uznał, że cena usług Odwołującego nie gwarantuje prawidłowego wykonania zamówienia i jest ceną rażąco niską. Wskazuje, że Zamawiający dokonał oceny oferty- uznając ją za prawidłową, złożonej przez wykonawcę Comp S.A. który to wykonawca zaoferował wykonanie usług za cenę niemal czterokrotnie mniejszą od ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Oznacza to zdaniem Odwołującego, że Zamawiający dokonał oceny ofert w tym zakresie porównując jedynie ceny usług do własnych szacunków. Natomiast w żaden sposób nie porównał poszczególnych ofert ze sobą.

Nawiązując do pkt. 2 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego (s.2 oraz s. 17-18 załącznika) Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie przewidział programistów, których zatrudnienie jest wymagane w związku z koniecznością wykonania prac programistycznych.

Twierdzenia Zamawiającego są bezpodstawne wobec treści oferty oraz przedłożonych wyjaśnień odnoszących się do zaoferowanej przez Odwołującego ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Do wykonania oprogramowania przewidziano wystarczającą liczbę osobodni. Dlatego też według Odwołującego zarzut Zamawiającego opisany w punkcie 2 sprowadza się do tego, że Zamawiający zarzuca Odwołującemu oddelegowanie do realizacji prac programistycznych osoby które posiadają znacznie wyższe kompetencje niż co do zasady posiadają ją programiści.

Odnosząc się do zarzutu stawianego Odwołującemu określonego w punkcie 3 pisma o wyborze oferty najkorzystniejszej (s.2 oraz s.18 załącznika) dotyczącego błędnego - w ocenie Zamawiającego - skalkulowania oferty w zakresie dostawy Infrastruktury Techniczno-Systemowej (wiersz 11 wyceny) Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez Odwołującego cena wynika z przyjętego sposobu implementacji w zakresie oprogramowania. Zaoferowany przez Odwołującego software oraz rozwiązania w doborze danych komponentów pozwalają spełnić je w sposób odpowiedni i zgodnie z wymaganiami SIWZ. Odwołujący planuje zrealizować zamówienie w oparciu o tzw oprogramowanie open-source (oprogramowanie otwarte), co jest jak wskazano w pełni zgodne z wymaganiami SIWZ. Oferowane licencje oprogramowania standardowego typu open source pozwalają na legalne i darmowe kopiowanie, kodu wynikowego, źródłowego oraz na dowolne jego modyfikacje. Różnica pomiędzy pozostałymi ofertami a ofertą Odwołującego w zakresie dostaw wynika zatem wprost z tego, iż te podmioty zaoferowały oprogramowanie standardowe, za którego licencje należy uiścić stosowne opłaty licencyjne. Ponadto podniósł, że badania i zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oferty należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał swoje stanowisko z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uznającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ ze względu na niezgodność oferowanej Infrastruktury Techniczno – Systemowej. Wskazał, że Odwołujący podnosił, iż jego oferta jest zgodna z SIWZ ponieważ zaoferowane rozwiązania oparte są na bazie oprogramowania open - source, a jego oferta zakłada budowę systemów „Szyba Usług” i „System Administracja” poprzez połączenie i użycie gotowych elementów (poszczególnych komponentów) wskazanego w ofercie oprogramowania open-source z uwzględnieniem rozwiązań autorskich.

Jednakże jego zdaniem Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać okoliczność, iż definicja oprogramowania standardowego została zmieniona w dniu 1 sierpnia 2012 r, co zresztą zostało przyznane przez Odwołującego, mimo czego wymagania dotyczące oprogramowania standardowego nie zostały przez Odwołującego ujęte.

Odwołujący sam potwierdził, iż zamierzał dopiero w przyszłości „wyprodukować” elementy przedmiotu zamówienia, które .stosownie do wymagań Zamawiającego, powinny być

dostępne już w dacie składania ofert - argumentując powyższy świadomy stan rzeczy niezgodny z wymogami SIWZ, iż w usługach (osobodniach) zostały ujęte prace mające na celu dostosowanie oprogramowania do potrzeb Zamawiającego. Stąd standardowe oprogramowanie wcale nie musi wprost potwierdzać oczekiwań OPZ, bo niejako dopiero to oprogramowanie wraz z ww. tzw. „autorskimi” pracami potwierdza, że wynik końcowy odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego. Podkreślił, że zgodnie z definicją oprogramowania standardowego w brzmieniu po zmianie z dnia 1 sierpnia 2012 roku taki sposób realizacji przedmiotu zamówienia nie może zostać uznany za zgodny z wymogami SIWZ. Zatem w obliczu powyższego zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny.

Tym samym na gruncie stanu faktycznego sprawy zachodzi bezsprzeczna niezgodność oferowanej przez Odwołującego Infrastruktury Techniczno- Systemowej w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338, bowiem oferta przewiduje wdrożenie ITS poprzez zastosowanie oprogramowania dedykowanego, a nie standardowego. Fakt dodania stwierdzenia „rozwiązania autorskie” poddał w wątpliwość, możliwość zakwalifikowania oprogramowania zaproponowanego przez Odwołującego jako oprogramowanie *open-source* spełniającego kryteria definicji oprogramowania standardowego określonej w umowie.

W trakcie postępowania przetargowego kwestia ta nie budziła wątpliwości, w postępowaniu pojawiły się pytania, których sformułowanie wyraźnie potwierdzało, że kwestia wykluczenia oprogramowania dedykowanego z ITS jest dla wykonawców oczywista.

W zakresie odrzucenia oferty S&T z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę Zamawiający wskazał, iż w toku realizacji badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził nierzetelność przygotowania oferty przez Wykonawcę. Wskazał, że odnoszenie ceny oferty tego wykonawcy do innych ofert złożonych w postępowaniu jest - co do zasady - zachowaniem praktykowanym, jednak w tym konkretnym przypadku, w sytuacji, gdy większość (sześć) złożonych ofert nie odnosi się w pełnej rozciągłości do przedmiotu zamówienia wymaganego przez Zamawiającego (oferty te zostały odrzucone), odnoszenie się do wartości tych ofert, które w istocie nie odnoszą się w pełni do zakresu opisanego przez Zamawiającego, byłoby działaniem wprowadzającym w błąd i wypaczającym wynik.

Tym samym, w ocenie Zamawiającego, porównywanie cen ofert podlegających odrzuceniu, w celu ustalenia, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę, jest zupełnie chybione. Zgodnie ze wskazaniem Odwołującego w zakresie usług i wytworzenia oprogramowania jego oferta znajduje się wśród najdroższych. Jednakże do tej sytuacji przyjęcia nierealnych stawek dziennych na poziomie 5123 zł czy 9872 zł netto powoduje całkowitą nierealność przedstawionej oferty, jeżeli Wykonawca ma posiada rozpiętość kosztów pracowniczych od 1070 zł do 9872 zł netto dziennie.

Ponadto Zamawiający jako powód rażąco niskiej ceny przedstawił także oszacowanie kosztów ITS niezgodnego z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z opinią dot.

zgodności oferty z SIWZ wykazane zostały niezgodności zaoferowanych rozwiązań z wymaganiami dotyczącymi oprogramowania standardowego w ITS. W związku z tym, że Zamawiający dopuszcza w ITS wyłącznie oprogramowanie standardowe, brak spełnienia wymagań określonych dla ITS skutkuje tym, że cały produkt proponowany przez Wykonawcę jest nieodpowiedni i powinien być zaoferowany inny produkt.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie ITS nie jest możliwe rozszerzenie funkcjonalności poprzez ich „dorobienie”, ponieważ wtedy oprogramowanie takie nie będzie oprogramowaniem standardowym. Natomiast w ocenie Zamawiającego rynkowa cena produktów spełniających wszystkie jego wymagania w zakresie ITS jest istotnie wyższa - według szacowań Zamawiającego jest ona o ok. 4 krotnie wyższa od ceny przedstawionej przez Wykonawcę (27 357 440,00 zł szacowania do 7 089 082,99 zł z Oferty).

Wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę wskazywały, że cena zaoferowana przez niego jest tak niska z powodu przyjęcia określonej koncepcji (sposobu) realizacji przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia te zostały wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert, który podniósł, że w przypadku stwierdzenia, że przedstawiony przez wykonawcę sposób realizacji zamówienia odbiega od wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie odrzucenia takiej oferty, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Potwierdzenie przez S&T w wyjaśnieniach, że zamierza on realizować zamówienie niezgodnie z wymaganiami SIWZ, może przesądzać o fakcie zaoferowania przez nich rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, gdyż cena zaoferowana przez nich uniemożliwia należyte, wykonanie przedmiotu zamówienia.

Sygn. akt KIO 2301/12

Odwołujący **QUMAK-SEKOM S.A.** z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym Qumak” zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP, poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
2. Art. 89 ust 1 pkt. 3 i 4 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, bowiem oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,
3. Art. 89 ust 1 pkt. 2 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ, w przypadku w którym oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ
4. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

5. Art. 90 ust 2 i 3 poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień Odwołującego na potwierdzenie iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny
6. Art. 92 ust 1 pkt. 2 PZP poprzez niedokładne i niegodne ze stanem faktycznym
7. uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Odwołującego.
8. art. 91 ust 1 PZP - poprzez niezgodne z Ustawa dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. Unieważnienia czynności oceny oferty Odwołującego,
4. Dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem rażąco niskiej ceny,
5. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podniósł iż w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, że podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezgodna z SIWZ, art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, bowiem dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie złożenie oferty z przedmiotową ceną wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Jednakże zdaniem Odwołującego żaden z powyżej wskazanych powodów nie znajduje uzasadnienia ani w samej treści oferty ani w możliwości odrzucenia oferty na ich podstawie, bowiem zarzuty wyżej wskazane są mylnie przez Zamawiającego zinterpretowane

Podniósł, że Zamawiający wbrew obowiązkowi wskazanemu w art. 92 ust 1 pkt. 2 PZP nie określił dokładnych przyczyn uzasadniających niezgodność zaoferowanych przez Odwołującego produktów z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący nie potrafi odgadnąć podstaw odrzucenia oferty Odwołującego i zasad jakimi kierował się Zamawiający przy ocenie jego oferty. Ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek starannej oceny każdej ofert z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 7 Pzp. Niestety, jak można wywnioskować z pisma określającego podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uchybił obowiązkowi wskazania prawdziwych i rzetelnie ocenionych podstaw odrzucenia oferty odwołującego, co stanowi istotne naruszenie obowiązków Zamawiającego wynikające z ww. przepisów. Zdaniem Odwołującego Zamawiający znacznie przekroczył swoje kompetencje odrzucając ofertę Odwołującego bez rzetelnej oceny jego oferty.

Ponadto brak dokładnego wskazania podstaw odrzucenia oferty Odwołującego powoduje niemożność skutecznego skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Odwołujący nie wie dokładnie, które elementy produktów stanowią o ich niezgodności z

SIWZ, nie może więc przedstawić kontrargumentów na potwierdzenie ich właściwości. Sytuacja, w której Odwołujący nie zna dokładnych przyczyn odrzucenia jest niedopuszczalna na gruncie Ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący w nawiązaniu do pism Zamawiającego CSIOZ-WZP.6151.29.2012 2012-16018 z dnia 10.09.2012r. oraz CSIOZ-WZP.6151.29.2012 2012-16319 z dnia 14.09.2012r. stwierdził, że wyjaśnił Zamawiającemu pismem z dnia 20.09.2012r., iż przedmiot oferty zaproponowany przez Odwołującego spełnia jego wymagania.

Nadmienił, że obecne postępowanie jest drugim postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego w ostatnim czasie o niemalże tym samym zakresie. Jediną różnicą w zakresie jest jedynie dodana (w obecnym postępowaniu) infrastruktura sprzętowa. Dla wykazania iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny, czy oferta Odwołującego jest z ceną rażąco niską, konieczne jest wskazanie jak cena ofert kształtowała się w poprzednim postępowaniu. W postępowaniu o którym mowa w pkt. 1 za ofertę najkorzystniejszą została wybrana oferta Unizeto Technologies S.A która nie była przez Zamawiającego uznana za rażąco niską, pomimo proporcji w wartości oferty do budżetu jaki zamierzał przeznaczyć zamawiający na poziomie 23,3%.

Dokonując porównania porównanie wartości oferty Unizeto Technologies S.A. w poprzednim postępowaniu do wartości oferty Qumak-Sekom S.A. w obecnym postępowaniu, to ta proporcja przedstawia się następująco:

Oferta QS w bieżącym postępowaniu: 23 715 384,00 zł brutto

Oferta QS w bieżącym postępowaniu bez infrastruktury: 18 696 369,00 zł brutto

Oferta Unizeto w poprzednim postępowaniu: 17 945 700,00 zł brutto

Jak wynika z powyższego Oferta Odwołującego bez infrastruktury jest droższa od oferty Unizeto z poprzedniego postępowania o 750 669,00 zł brutto

Oferta QS: 23 715 384,00 zł brutto Oferta Unizeto: 17 945 700,00 zł brutto

Odejmując od obu ofert wartości sprzętu brutto (pkt. 11 tabeli z formularza ofertowego zatytułowany: „Wynagrodzenie z tytułu dostawy i konfiguracji Infrastruktury Techniczno - Systemowej określonej w załączniku nr 3, 6 / 7 do Opisu Przedmiotu Zamówienia” otrzymujemy:

Oferta QS: 18 696 369,00 zł brutto, Oferta Unizeto: 17 712 000,00 zł brutto Tym samym wartość usług w ofercie Unizeto została skalkulowana obecnie na niższym poziomie niż w ofercie QS, a pomimo to oferta ta nie została za złożoną z ceną rażąco niską.

Odnosząc się do odrzucenia jego oferty dodatkowo wskazał, że Zamawiający w rozdziale V ust. 4 SIWZ wyraźnie wskazał, iż wynagrodzenie wyliczone przez Oferentów jest wynagrodzeniem ryczałtowym:

„Ceny podane w ofercie powinny zawierać wszystkie koszty Wykonawcy związane z realizacją przedmiotu zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego jego wykonania

oraz uwzględniać wszelkie opłaty, a także podatki wynikające z realizacji zamówienia, jak również ewentualne upusty i rabaty skalkulowane przez Wykonawcę."

Zarzucił, że Zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie przewidział pracochłonność danego zakresu usług, jaką stosował metodykę w tym zakresie. Ponadto Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się na etapie składania oferty z określonymi złożeniami Zamawiającego stanowiącymi podstawę oceny czy cena jest rażąco niska.

Z uwagi na powyższe, co znajduje również potwierdzenie w wyroku KIO 109/12 i KIO 125/12 Zamawiający nie mógł ocenić, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający określając ryczałtowy charakter wynagrodzenia i nie wskazując zasad jakimi będzie się kierował przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę również nie było możliwe odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie wskazanej przez Zamawiającego.

Stwierdził, że Zamawiający w żadnym miejscu uzasadnienia do odrzucenia oferty odwołującego (stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego) nie wskazał, iż na jego ocenę miała wpływ cena infrastruktury sprzętowej, odnosząc się jedynie do wartości usług. Jak wynika z wyżej przytoczonych przez Odwołującego argumentów, poziom wynagrodzenia za usługi, wskazany przez poszczególne podmioty składające ofertę jest podobny, poziom ten jest również porównywalny z poziomem wynagrodzenia za usługi, wskazanym przez Unizeto w poprzednim postępowaniu.

Podniósł, że wykonawcy składając ofertę mieli pełną swobodę w kształtowaniu pracochłonności, gdyż Zamawiający nie wyznaczył żadnych ram w tym zakresie. Odwołujący nie wiedząc jakimi przesłankami będzie się kierował Zamawiający, nie miał obowiązku stosowania się do zakresu pracochłonności przewidzianego przez tego Zamawiającego, tym bardziej że podstawy takiej oceny nie są do tej pory znane Odwołującemu, gdyż Zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie taka pracochłonność była szacowana.

Oceniając postępowanie Zamawiającego nawiązał do orzecznictwa KIO i stwierdził, że nawiązując do tez orzeczeń KIO w tym zakresie można stwierdzić, że jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Skierowanie pytania do wykonawcy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji wyższych cen w innych elementach taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska. Sprzeczne z ustawą byłoby uznanie za rażąco niską ceny i odrzucenie oferty, bez możliwości wykazania, że jest ona rzetelna. Przywołał na

poparcie swojego twierdzenia wyroki KIO „*Nawet gdyby poszczególne ceny jednostkowe, czy też poszczególne elementy oferty odbiegały od cen rynkowych i były zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia odpowiadających im prac, to okoliczność ta nie może jeszcze świadczyć o rażąco niskim poziomie całej oferty.*” (KIO 1762/12). Nadto, „*Zapytanie zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny powinno odnosić się do całości zaproponowanej ceny, nie zaś wyłącznie do wybranych elementów i powinno być tak precyzyjne, aby wykonawca wiedział, w jaki sposób ma udzielić zamawiającemu odpowiedzi na zadane mu pytanie.*” (KIO 1609/12). Reasumując w zakresie powyższych zarzutów, stwierdził, że Odwołujący nie miał szansy skutecznej obrony, bowiem nie wiedział co kierowało Zamawiającym w momencie oceny oferty Odwołującego zarówno w zakresie przedmiotu oferty jak i rażąco niskiej ceny.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania wykonawcy Qumak Sekom podniósł iż co do części podniesionych zarzutów ich argumentację Odwołujący oparł na błędnym założeniu iż różnica pomiędzy postępowaniem realizowanym w ramach Części I na budowę Systemu P1 od przedmiotowego postępowania, polega jedynie na uzupełnieniu (powiększeniu) zamówienia o infrastrukturę sprzętową.

Wykonawca pomija fakt, iż przygotowanie każdego postępowania w szczególności w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, jak również szacowania wartości zamówienia jest odrębną czynnością i obowiązkiem Zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. Każde postępowanie należy traktować indywidualnie i nie może być oceniane według dokonanych ocen, czy ustaleń dokonanych przez Zamawiającego w innym postępowaniu. Stwierdził, że w przypadku oferty Odwołującego kluczowe jest rozstrzygnięcie kwestii zakresu oferowanego świadczenia Wykonawcy w momencie złożenia oferty. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty jako odnośnik do dokumentacji zawierający opis potwierdzający spełnienie wymagania wskazał linki do stron internetowych producenta oprogramowania (poprzez wskazania: „strona www producenta”). Mając na uwadze dynamiczny charakter źródła informacji jakim jest Internet niemożliwym było ustalenie treści strony internetowej na datę złożenia oferty, a tylko kształt oferowanego narzędzia/oprogramowania z daty składania ofert. Ważną kwestią w sprawie jest fakt, że Zamawiający dokonując zmiany odpowiedzi na pytanie 81 z zestawu I w dniu 1 sierpnia 2012 r., wskazał, iż „(...) zgodnie z wymaganiem WZPN.310 (załącznik nr 4 do OPZ) wymaga, aby oprogramowanie standardowe - publiczne było gotowe w momencie złożenia oferty.”. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach w żaden sposób nie wykazał, iż oferowane oprogramowanie standardowe było gotowe w momencie złożenia oferty. Odwołujący poprzestał na wskazaniu adresu strony www producenta, jednocześnie tłumacząc iż wydrukowanie całej dokumentacji znajdującej się pod wskazanymi linkami jest

nieekonomiczne i naraziłoby Odwołującego na zbyt duże koszty. Odwołujący zatem sam przyznał na rozprawie, iż udzielając przedmiotowych wyjaśnień nie działał z należytą starannością tym samym przerzucając na Zamawiającego ciężar wykazania zgodności oferowanego oprogramowania ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nadmienił, że Odwołujący dopiero na rozprawie przedstawił dowód (w postaci tabeli, tożsamej co do treści z tabelą o której przedłożenie Zamawiający poprosił Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp na etapie badania i oceny ofert), za pomocą którego usiłował wykazać, iż złożona przez niego oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym ustalenie tej zgodności na etapie oceny ofert było nie tylko trudne ale wręcz niemożliwe.

Podniósł iż Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania, jaka jest rzeczywista treść złożonej przez Odwołującego oferty. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 20 września 2012 r. poprzestając na wskazaniu w zestawieniu tabelarycznym jedynie adresów stron internetowych producentów oprogramowania nie rozwiął uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego i nie wykazał, iż zaproponowany przez niego przedmiot oferty spełnia wymagania wyrażone w SIWZ, a w szczególności w OPZ.

Stwierdził, że Odwołujący OUMAK-SEKOM S.A. miał możliwość na etapie badania i oceny ofert udzielenia wyjaśnień pozwalających na wykazanie zgodności przedmiotu oferty z treścią SIWZ, czego nie uczynił. Co więcej, czynności Odwołującego w toku postępowania wyjaśniającego należy ocenić wręcz jako obstrukcyjne, a nie zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego. Ponadto Odwołujący na rozprawie przedstawił jako dowód dokument, o treści rozbieżnej z uprzednio przekazanymi wyjaśnieniami. W licznych pozycjach przedłożona tabela odwołuje się do dokumentacji opisującej właściwości innych produktów niż te, które zaoferowano w ofercie Odwołującego i które, nie spełniają wymogów SIWZ.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał, iż Wykonawcy mają możliwość swobodnego uwzględniania kosztów w różnych pozycjach cenowych ich ofert. W związku z czym porównanie ofert jest możliwe pod warunkiem, że zostaną one przeanalizowane na podstawie identycznie zgromadzonego materiału np. w trakcie wyjaśnień składanych w toku postępowania - tak jak starał się to czynić Zamawiający proponując we wniosku o wyjaśnienia zaprezentowanie w taki sam sposób przez wszystkich wykonawców.

Czynność Zamawiającego mająca na celu ustalenie, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, została podjęta w zakresie całości ceny zawartej w ofercie Odwołującego, a w szczególności wyszacowania ITS w oparciu o założenia niezgodne z OPZ. Zgodnie z opinią dot. zgodności oferty z SIWZ wykazane zostały niezgodności zaoferowanych rozwiązań z wymaganiami dotyczącymi

oprogramowania standardowego w ITS, co w oczywisty sposób znacząco wpływa na wysokość ceny oferty Odwołującego. W związku z tym, że Zamawiający dopuszcza w ITS wyłącznie oprogramowanie standardowe, brak spełnienia wymagań określonych dla ITS skutkuje tym, że cały produkt proponowany przez Wykonawcę jest nieodpowiedni i powinien być zaoferowany inny produkt

Stwierdził, że mając powyższe na uwadze wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego wskazywały, że cena zaoferowana przez niego jest tak niska z powodu przyjęcia określonej koncepcji (sposobu) realizacji przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia te musiały zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert, a w przypadku stwierdzenia, że przedstawiony przez Odwołującego sposób realizacji zamówienia odbiega od wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

A obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie odrzucenia takiej oferty, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, co dodatkowo implikowało błędnie przyjęte wartości kwotowe w ofercie, czyniąc ją nierealną w wymiarze całościowym.

Wniósł o oddalenie odwołania, podobny wniosek złożyli wykonawcy którzy przystąpili do postępowania po stronie Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 2310/12

Odwołujący **Comp SA** zwany dalej „Odwołującym Comp” w wniesionym w dniu 22 października 2012 roku odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp w związku z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny ofert i ustalenie, iż najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta złożona przez Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Unizeto”), a nie oferta złożona przez Odwołującego:

2. art. 7 ust. 1. 2 i 3 Pzp poprzez błędne i niezgodne z postanowieniami SIWZ dokonanie oceny ofert i nieprawidłowe przyznanie punktów w kryterium „*Sposób realizacji przedmiotu zamówienia*”;

oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Wnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności oceny ofert,
3. dokonania powtórnej czynności oceny ofert i przyznanie Odwołującemu 19,66 pkt w kryterium „*Sposób realizacji przedmiotu zamówienia*”
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej ma podstawie art. 91 ust. 1 oraz art. 91 ust. 4 Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że w dniu 12 października 2012r. Zamawiający

przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazano, iż za najkorzystniejszą ofertę uznana została oferta złożona przez Unizeto. Jednakże obliczenie zgodnie z zawartym w SIWZ wzorem liczby punktów przyznanych Comp w kryterium „*Sposób realizacji przedmiotu zamówienia*” wskazuje, iż Zamawiający dokonał obliczenia punktacji niezgodnie ze SIWZ, ponieważ błędnie przybliżył uzyskany wynik przyznając Odwołującemu o 0,01 punktu mniej niż wynika to z opisu kryteriów oceny oferty. Z uwagi na to, iż o wyborze oferty decydowała suma punktów przyznanych za oba kryteria, zaniżenie punktacji oferty Odwołującego w kryterium „*Sposób realizacji przedmiotu zamówienia*” spowodowało, że oferta Odwołującego została ostatecznie sklasyfikowana na pozycji drugiej. Poprawienie błędu i podwyższenie ostatecznej punktacji Odwołującego o 0,01 punktu oznaczałoby, że obaj wykonawcy - Comp i Unizeto - uzyskaliby równą liczbę 89,66 punktów. Przy czym, zgodnie z art. 91 ust. 4 Pzp, w przypadku uzyskania jednakowej oceny ogólnej, za ofertę najkorzystniejszą uznaje się ofertę z niższą ceną. W niniejszym Postępowaniu, Comp zaoferował cenę niższą niż Unizeto (o ponad 5 mln zł), zatem jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Niezgodność w wyliczeniach wynika z tego, że pomiędzy wskazanym w SIWZ sposobem oceny ofert, a punktacją faktycznie przyznaną przez Zamawiającego polega na nieprawidłowym wyliczeniu liczby punktów z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w ramach oceny punktowej przyznanej Odwołującemu w kryterium „*Sposób realizacji przedmiotu zamówienia*”.

Zgodnie z rozdz. II pkt 2 SIWZ, ocena punktowa w ramach tego kryterium miała być dokonana zgodnie ze wzorem:

$$S = S_b / S_{max} \times 30$$

Ponieważ maksymalna liczba punktów, spośród ofert podlegających ocenie (S_{max}) wynosiła 29 pkt, zaś liczba punktów przyznana Odwołującemu w tym kryterium (S_b) wynosiła 19 pkt, zatem liczba punktów przyznanych Odwołującemu w tym kryterium (S) wyniosła:

$$S = 19,6551724137931 \text{ pkt}$$

W związku z tym, że punktacja, zgodnie z postanowieniami SIWZ, miała być *liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku*, uzyskany wynik powinien wynieść 19,66 pkt. Maksymalna liczba punktów w tym kryterium wynosiła 30,00 pkt, zaś waga kryterium wynosiła 30%. Zatem Odwołujący uzyskał 19,66%, co zgodnie z przyjętą zasadą przeliczania 1 % = 1 pkt oznacza, iż liczba punktów przyznanych Odwołującemu w tym kryterium wynosi 19,66 pkt.

Zamawiający określając w SIWZ sposób wyliczenia punktów („*punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku*”) stwierdza, że wynikiem oceny cząstkowej będzie liczba zapisana z precyzją do dwóch miejsc po przecinku i jednocześnie jak najlepiej przybliżająca wynik dokładny. Intencją Zamawiającego jest więc minimalizacja błędów

numerycznego powstającego w wyniku redukcji dokładności. Intencja Zamawiającego wyrażona w SIWZ jest jak najbardziej słuszna i powszechnie stosowana w życiu codziennym podczas podawania wszelkiego rodzaju przybliżeń a także stosowana powszechnie przez innych Zamawiających w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, wyliczona przez Zamawiającego ocena punktowa oferty Odwołującego, w jednym z kryteriów, a wynoszącą 19,65 pkt jest nieprawidłowa, ponieważ nie została ona obliczona z właściwą dokładnością. Wynika to z faktu, że reprezentacją liczby 19.6551724137931 z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku jest jej zaokrąglenie do drugiego miejsca po przecinku, czyli liczba 19.66. Nieprawidłowa ocena punktowa przyznana przez Zamawiającego jest zatem wynikiem oczywistego błędu rachunkowego popełnionego podczas jej wyznaczania.

Zgodnie z opisanym w SIWZ sposobem oceny ofert nie istnieje inna możliwość wyliczenia należnej Comp punktacji. Błędne obliczenie punktów przyznanych Odwołującemu jako 19.65 pkt wynika z faktu niezastosowania przez Zamawiającego, matematycznej reguły zaokrąglania wyników do wymaganej w SIWZ dokładności.

Zamawiający deklarując podawanie wyników punktacji „z *dokładnością do dwóch miejsc po przecinku*”, powinien był zastosować matematyczną metodę zaokrąglania, dodając do liczb, w których „pomijał końcówki” większe lub równe 0,005, wartość 0,01. Przyjęcie przez Wykonawcę takiego sposobu rozumienia SIWZ było zatem uzasadnione, tym bardziej że w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego (w których Odwołujący brał udział) Zamawiający posługując się takim samym sformułowaniem „z *dokładnością do dwóch miejsc po przecinku*” oznaczało zaokrąglenie wg ww. zasad.

Wskazał, że sposób interpretacji postanowień SIWZ dokonany przez Odwołującego jest zgodny z rozumieniem samego zwrotu „z *dokładnością do*”, który oznacza do jakiego stopnia należy posunąć precyzję podawania (obliczania) wyniku. W wyniku należy pominąć cyfry znajdujące się na dalszych miejscach po przecinku, w taki sposób, aby prezentowana liczba *była jak najbliższa* wartości uzyskanej. Proste „*odcięcie*” liczb na dalszych pozycjach w przypadku, gdy wartość kolejnej cyfry jest duża prowadziłoby do zafałszowania uzyskanego wyniku, np. pominięciu ulegałaby różnica między wartościami takimi jak 4.99 a 4,00. Zatem w matematyce stosuje się zasadę uwzględniającą w podlegających przybliżeniu wynikach wartość końcówki jeśli jest ona duża. Powszechnie uznaje się za „*duże*”, czyli podlegające uwzględnieniu, cyfry 5, 6, 7, 8 i 9. Oznacza to, iż przyznanie przez Zamawiającego 19,65 pkt ofercie Odwołującego było obarczone większym błędem (0,03%) niż gdyby Zamawiający przyznał prawidłową liczbę punktów tj. 19.66 (błąd 0,02%), czyli zastosował się do postanowień SIWZ i podał liczbę z określoną tam dokładnością.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że zarzuty Odwołującego Comp są całkowicie chybione, bowiem Zamawiający określił jednoznacznie w SIWZ, że punktacja

będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co wyraźnie wskazuje, że każda cyfra po drugiej cyfrze po przecinku nie będzie brana pod uwagę.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący wskazał w odwołaniu, że jego oferta powinna była uzyskać 19,66 pkt co stoi w sprzeczności z zapisami SIWZ, której treść stanowi jak powyżej. Odwołujący zakładał, że Zamawiający obliczył punktację w przedmiotowym zakresie z dokładnością do kilkunastu miejsc po przecinku, a następnie dokonał błędnych zaokrągleń.

Odwołujący nie udowodnił jednak, że dokładnie taki ciąg zdarzeń miał miejsce oraz że w wyniku tych zdarzeń, oferta Odwołującego została odrzucona niezgodnie z przepisami oraz dokumentacją postępowania. Z takim twierdzeniem, w szczególności z budowaniem tezy w oparciu o niesprawdzone, nieprawdziwe informacje, Zamawiający zgodzić się nie może. Zamawiający stwierdził, że określił w dokumentach postępowania, iż przyzna punkty (w rzeczonym kryterium) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Nieprawdziwą i wręcz niezgodną z zapisami dokumentacji jest teza, jakoby Zamawiający miał przyznawać punkty z dokładnością do kilkunastu miejsc po przecinku, a następnie miał dokonywać analiz rachunkowych oraz zaokrągleń.

Sygn. akt KIO 2305/12

ATM Systemy Informatyczne S.A, zwane dalej „Odwołującym ATM” we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”;
- przepisu art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, że dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że złożenie oferty z przedmiotową ceną wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. uwzględnienia odwołania;
2. nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o ocenie ofert;
3. nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;
4. wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu wskazał, że w części V pkt 1) decyzji Zamawiającego z dnia 12 października 2012r. Zamawiający poinformował go, że na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego. Odwołujący nie zgodził się z taką decyzją Zamawiającego, ponieważ została ona jego zdaniem podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego: „ *Oferta Wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S.A. jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ze względu na niezgodność oferowanej Infrastruktury Techniczno-Systemowej z wymaganiami WYM.OPZ.ITS.OOI - WYM.OPZ.ITS. 109 (Zał. nr 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia) w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338 (Zał. nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia).*

Oferta Wykonawcy przewiduje implementacje wymagań WYM.OPZ.ITS.OOI - WYM.OPZ.ITS. 109 przez oprogramowanie dedykowane, które zgodnie z definicjami w WZP.337 i WZP.338 nie stanowi elementu Infrastruktury Techniczno-Systemowej. Na tej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S.A. jako niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ”

Powyższe stwierdzenia Zamawiającego są nieuzasadnione w świetle treści zapisów SIWZ, w których Zamawiający nie zakazał implementacji wymagań określonych w punktach WYM.OPZ.ITS.OOI - WYM.OPZ.ITS.109 Załącznika nr 6 poprzez oprogramowanie dedykowane. Żadne z wymagań opisanych przez Zamawiającego w SIWZ nie wyklucza zastosowania rozwiązań opartych o oprogramowanie dedykowane. Zamawiający nie wskazał wprost w treści SIWZ, że zaproponowany w ofercie system musi być oparty o oprogramowanie standardowe, nie wynika to również nawet pośrednio z innych zapisów w treści SIWZ. Katalog wymagań ma charakter otwarty, co więcej Zamawiający nie wyłączył możliwości, żeby Specyfikacja Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla Platformy PI składała się jeszcze z innych dodatkowych elementów, które łącznie zapewniają funkcjonalności, jakie powinna posiadać Platforma PI. Gdyby Zamawiający oczekiwał, żeby Infrastruktura Techniczno-Systemowa dla Platformy PI musiała być oparta o oprogramowanie standardowe musiałby wskazać to wyraźnie w treści SIWZ. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO 545 /11) stwierdzono, że: „Izba stoi na stanowisku, ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że *wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.* ” Ponadto, wymagania opisane w SIWZ nie mogą być sformułowane w ten sposób, że dopiero wykładnia pozwala

na ustalenie treści wymagań opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ stanowi to naruszenie zasady równego traktowania.

Odwołujący wskazał również na charakter załącznika nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia. Jego treść stanowi Specyfikacja Wymagań Zarządczych, a więc dotyczy on jedynie organizacji projektu i wyznacza zasady współpracy pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Określa on sposób prezentacji dokumentów, czyli w jaki sposób mają być przekazane Zamawiającemu dokumenty dotyczące produktów będących przedmiotem oferty. Jeżeli wykonawca zaproponował w ofercie rozwiązanie oparte o oprogramowanie inne niż standardowe, co w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z wymaganiami określonymi w SIWZ, to nie jest wówczas zobowiązany do przekazania Zamawiającemu specyfikacji oprogramowania standardowego ze wskazaniem konkretnych pozycji takiego właśnie oprogramowania. Zapisy w punktach WPZ.337 i WPZ.338 Załącznika nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia mają następującą treść: „ *WZP.337 Specyfikacja Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla Platformy PI wraz z usługami związanymi z jej wdrożeniem i eksploatacją powinna obejmować:*

WZP.337.1 Specyfikację całości oprogramowania standardowego potrzebnego dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy PI, WZP.337.2

Specyfikację całości oprogramowania przeznaczonego do wsparcia utrzymania systemu PI, w szczególności:

- 1. Narzędzie zapewniające monitorowanie operacyjne infrastruktury IT,*
- 2. Narzędzie zapewniające monitorowanie dostępności usług IT,*
- 3. Narzędzie wspierające realizację funkcji Service Desk.*

WZP.337.3 Specyfikację całości infrastruktury sprzętowej potrzebnej dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy PI,

WZP.337.4 Specyfikację środowisk dostarczanych w modelach IaaS/PaaS/SaaS niezbędnych dla wdrożenia, eksploatacji o rozwoju platformy PI,

WZP.337.5 Specyfikację usług kolokacji elementów infrastruktury niezbędnych dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy PI,

WZP.337.6 Specyfikację usług certyfikacyjnych niezbędnych dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy PI,

WZP.337.7 Specyfikację usług dotyczących uruchomienia, wdrożenia i eksploatacji całości infrastruktury Techniczno-Systemowej w kontekście platformy PI.

WZP.338 Specyfikacja Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla Platformy PI wraz z usługami związanymi z jej wdrożeniem i eksploatacją powinna obejmować w szczególności następujące środowiska dla platformy PI:

WZP.338.1 Podstawowe i zapasowe środowiska produkcyjne, w tym również środowiska niezbędne dla realizacji testów akceptacyjnych oprogramowania interfejsowego

przeznaczonego do współdziałania z platformą PI,

WZP.338.2 Środowisko dla testów akceptacyjnych oraz testów integracyjnych oprogramowania, WZP.338.3 Środowisko dla realizacji asemblacji oprogramowania dedykowanego platformy PI, WZP.338.1 Środowisko dla instancji szkoleniowej platformy PI, WZP.338.2 Środowiska rozwojowe dla potrzeb rozwoju, testowania i usuwania błędów przez Wykonawców. ”

Odwołujący podkreślił, że na podstawie WPZ.337 i WPZ.338 nie można wywodzić teorii, z której wynikałby obowiązek wyłącznie oprogramowania standardowego, aby zapewnić zgodność oferowanej infrastruktury techniczno-systemowej z wymaganiami WYM.OPZ.ITS.001 WYM.OPZ.ITS.109 (Zał. nr 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia). Odwołujący oferuje w tym zakresie oprogramowanie dedykowane, tym niemniej oferta Odwołującego zawiera oprogramowanie standardowe i dotyczy ono systemów operacyjnych, wirtualizatorów, oprogramowania bazodanowego oraz zarządzania backup'em (kopiami zapasowymi) i zgodnie z treścią tego załącznika specyfikacja całości wskazanego w ofercie Odwołującego oprogramowania standardowego zostanie Zamawiającemu przekazana w ramach Specyfikacji Infrastruktury Techniczno-Systemowej.

Zamawiający w żadnym z zapisów SIWZ nie wskazał w tym zakresie konkretnego rodzaju, czy typu oczekiwanego oprogramowania, ani jaka ma być proporcja pomiędzy oprogramowaniem standardowym a oprogramowaniem dedykowanym. W związku z tym, Zamawiający na tej podstawie nie może wywodzić, że rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z tego powodu, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia została dokonana bez podstaw zarówno faktycznych jak i prawnych.

Odnosząc się do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zaoferowania w ofercie rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia to Odwołujący podniósł, iż w części V pkt 2) informacji Zamawiającego z dnia 12 października 2012r o wyborze oferty najkorzystniejszej. znajduje się stwierdzenie, że: *„Wyjaśnienia złożone przez ATM Systemy Informatyczne S.A. (zwane dalej ATM SI) wskazują, że cena zawarta w ofercie tej firmy została skalkulowana nierzetelnie, przez co jest ceną nierealistyczną, skutkującą niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania Zamówienia w przyszłości.*

Odnosząc się do powyższego stanowiska Odwołujący podaje, że Zamawiający ocenił wyjaśnienia Odwołującego w zakresie kalkulacji ceny, w sposób arbitralny zakładając, że cena w ofercie Odwołującego została skalkulowana nierzetelnie opierając się na przesłankach, które nie były określone w treści SIWZ i nie były znane wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu w tym Odwołującemu na etapie składania ofert. Zamawiający twierdzi, że ze złożonych wyjaśnień Wykonawcy wynika, że zakładana

pracochłonność dla usług objętych Zamówieniem została określona na poziomie 76% pracochłonności zakładanej przez Zamawiającego, a w szczególności dla usług zadań integratorskich oraz zarządczych jedynie na poziomie 63% tych szacunków. Należy jednakże zwrócić uwagę, że Zamawiający w żadnym z zapisów SIWZ nie określił, jaką zakłada pracochłonność, tym samym ocenił treść oferty złożonej przez Odwołującego w oparciu o warunki, które nie powinny być podstawą weryfikacji treści ofert. Zamawiający dopiero w załączniku do informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że: „szacując przedsięwzięcie określił pracochłonność na poziomie 18 252 osobodni bez wliczania w te prace usług związanych z dostarczeniem i konfiguracją ITS.

Ponadto Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów „Szyna Usług” oraz „Systemu Administracji”, czyli zadanie o charakterze określonego rezultatu, a nie zakup konkretnej ilości osobodni. Wobec tego, to do wykonawcy należy ocena, w jakim czasie i jakimi zasobami zamierza wykonać przedmiot zamówienia. Gdyby przedmiotem zamówienia był zakup osobodni, Zamawiający mógłby oceniać pracochłonność w sposób wskazany w decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wobec treści opisu przedmiotu zamówienia, weryfikacja treści ofert przeprowadzona przez Zamawiającego została dokonana bezpodstawnie. Zamawiający związany jest treścią SIWZ i obowiązany jest dokonywać oceny ofert zgodnie z określonymi tamże wymaganiami. Zostało to potwierdzone w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2012 roku (Sygn. Akt KIO 1247/12), w którym stwierdzono, że: „Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych.

Podniósł, że w zakresie uznania ceny jego oferty za rażąco niską, to Zamawiający dokonał analizy oferty w sposób wybiórczy, tzn. w odniesieniu tylko do tych pozycji, które odbiegają in minus od uznaniowych szacunków Zamawiającego nie biorąc pod uwagę tych elementów oferty, które zakładają szacunki wyższe od przewidzianych przez Zamawiającego. Oprócz tego Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szacunki rezerw kosztów na realizację. Należy również pamiętać, że Odwołujący ma pełne prawo do dowolnego modelowania sposobu wykonania całego projektu według własnych założeń, kompetencji i doświadczenia.

Odwołujący nie zgadza się również z zarzutami dotyczącymi wsparcia usługodawców i płatników w podłączaniu zewnętrznych systemów do platformy PI. Odwołujący na etapie realizacji umowy zamierza określić standard interfejsów z systemami zewnętrznymi i wówczas przedstawić ten projekt, płatnikom finansującym lub współfinansującym świadczenia medyczne oraz podmiotów prowadzących rejestry stanowiące referencje lub

źródła danych dla systemu PI do zgłoszenia uwag do tej propozycji. Następnie Odwołujący przeanalizuje zgłoszone uwagi do standardu interfejsów pod kątem zgodności z architekturą rozwiązania tak, aby procesy biznesowe wspierane przez Szyne Usług mogły być w pełni obsługane. Po tym etapie użytkownicy i usługodawcy będą mogli dostosować swoje systemy informatyczne do podłączenia do platformy PI. Obowiązki wynikające z integracji systemów innych usługodawców i płatników z interfejsem określonym przez Odwołującego są do zrealizowania po stronie usługodawców i płatników. W jednej z odpowiedzi na pytania Zamawiający uznaje takie rozwiązanie za naturalne i właściwe. Zastosowanie takiego podejścia, tzn. wprowadzenie jednego standardu interfejsu wymiany danych z systemami zewnętrznymi (usługodawców i płatników) jest jedynym możliwym i racjonalnym podejściem, stosowanym zresztą do tej pory również przez Zamawiającego. Należy wskazać, że ten element przedmiotu zamówienia dotyczy początkowego okresu budowania systemu - zadań analizy i projektowania Platformy PI. Natomiast w rozdziale 11.3.7 załącznika numer 4 do OPZ zawarte zostały wyłącznie wymagania WZP.378-381 dotyczące weryfikacji zgodności interfejsów i protokołów po opracowaniu interfejsów.

Zatem stwierdzenia Zamawiającego w tym zakresie są niezasadne, ponieważ odnoszą się do innego etapu realizacji przedmiotu Zamówienia. Ustandaryzowany interfejs zmniejsza koszty realizacji umowy w ten sposób, że Odwołujący nie będzie ponosił kosztów budowy interfejsu dla każdego nowego usługodawcy i płatnika, nie ujawnionego czy rozpoczynającego swoją działalność po wybudowaniu systemu Szyna Usług, co więcej ustandaryzowanie interfejsu sprawia, że proponowane rozwiązanie ma charakter otwarty tzn. każdy nowy użytkownik znając standard komunikacji może się do niego łatwo dostosować.

Zamawiający w treści decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wymienia jednostkowe elementy ceny, które jego zdaniem miały wpływ na jej wysokość, natomiast Zamawiający, aby stwierdzić, że cena jest rażąco niska powinien oceniać cenę jako całość świadczenia pieniężnego w odniesieniu do świadczenia niepieniężnego, jakim jest przedmiot zamówienia. Nawet jeżeli Zamawiający uzna, że w jeden lub kilka elementów ceny ma zaniżoną cenę, to nie może przyjąć, że cena oferty jest rażąco niska, co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 maja 2010 r. (Sygn. Akt KIO/UZP 752/10), w którym stwierdzono, że: „Należy podkreślić, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Należy, bowiem wskazać, iż kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09)".

Ponadto, Zamawiający uznał złożenie oferty przez Odwołującego z przedmiotową ceną za czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie tego rodzaju pozbawione jest jego zdaniem podstaw prawnych, ponieważ aby móc postawić zarzut, że działania lub zaniechania wykonawcy wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest ustalenie faktów, które za tym przemawiają. Zamawiający nie może uznać, że wykonawca popełnił czyn nieuczciwej konkurencji tylko na podstawie, że zdaniem Zamawiającego wynika to pośrednio z innych czynności wykonawcy. W treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2012r. (Sygn. Akt KIO 406/12), gdzie stwierdzono, że: „Samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji”. Ponadto, „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony oraz uzasadniony, w tym także przez przytoczenie konkretnego przepisu uznk., który został naruszony”, wyrok KIO (Sygn. Akt KIO 1603/12).

W związku z powyższym oraz mając na uwadze, że oferta Odwołującego nieznacząco odbiega od uśrednionej ceny ofert wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, Zamawiający podejmując decyzję, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz że złożenie oferty z przedmiotową ceną wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, działał bezpodstawnie w sensie faktycznym jak i prawnym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie na wstępie wskazał, że Odwołujący ATM SI nie żąda w treści odwołania uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą, czego konsekwencją jest również brak uzasadnienia w tym zakresie. Odwołujący skoncentrował się na przytaczaniu treści przekazanych mu przez Zamawiającego oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zapisów SIWZ oraz przesłanek odrzucenia oferty, jednak nie wykazał, że w wyniku ewentualnego uwzględnienia złożonego przez niego odwołania, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji on sam uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Tym samym Zamawiający konsekwentnie podnosił wątpliwy interes ATM SI w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz podkreślił, że interes ten nie został klarownie wyartykułowany przez ATM SI przede wszystkim w treści odwołania.

Odnosząc się do zarzutów ATM SI w zakresie niezgodności ITS w ofercie ATM SI vs. zapisy dokumentacji postępowania Zamawiający wskazuje, że zdefiniował zakres przedmiotu Zamówienia w Zał. I do SIWZ (Opisie przedmiotu Zamówienia) w szczególności jako obejmujący odrębne elementy:

- „Zaprojektowanie, budowa i dostarczenie oprogramowania dedykowanego platformy P1 w zakresie podsystemów wchodzących w skład Strumienia I, realizującego wymagania

określone w załącznikach 2 i 3 z zachowaniem zasad, metod, procedur i ograniczeń opisanych w załączniku 4”

oraz:

- „Zaprojektowanie infrastruktury techniczno-systemowej platformy P1 wg wymagań określonych w załączniku 4 (sekcja 11.2) oraz załączniku 6”
- „Dostarczenie infrastruktury techniczno-systemowej wg wymagań określonych w załącznikach 2 i 3, zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku 4 (sekcja 10.7), wystarczającej do działania wszystkich funkcji systemu przy zachowaniu założeń wolumetrycznych przedstawionych w załączniku 7”

Zatem niezależnie od tytułu Załącznika 4 jest on w SIWZ wskazany, jako jedno ze źródeł wymagań dla projektowania ITS (Infrastruktury Techniczno-Systemowej) i samej ITS. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że sekcja 10.7 w załączniku 4 nie istnieje (wskazanie tej sekcji jest pomyłkowe), nie mniej nie wzbudziło to w trakcie postępowania przetargowego wątpliwości żadnego z Wykonawców, gdyż w Zał. 4 jest tylko jedna sekcja, która dotyczy ITS i została ona poprawnie wskazana w podpunkcie dotyczącym zaprojektowania ITS (jest to sekcja 11.2). Ponadto, jako bezpośrednie źródło wymagań wyłącznie dot. ITS wskazano Zał. Nr 6 do OPZ, który definiuje wymagania dla wybranych składników ITS (przy czym nie wskazano go, jako źródło wymagań dla oprogramowania dedykowanego).

Wskazał, że Sekcja 11.2 Załącznika 4 określa wymagania dotyczące projektu ITS, które w szczególności określają zakres specyfikacji ITS wchodzącej w skład tego projektu. Wymaganie **WZP.337** definiuje zakres specyfikacji ITS w odniesieniu do kategorii elementów potencjalnie wchodzących w skład ITS. Wymaganie WZP.338 definiuje zakres specyfikacji ITS w odniesieniu do kategorii środowisk wchodzących w skład ITS. Wymaganie WZP.338 ma formułę otwartą (używa określenia „w szczególności”) specyfikując w ten sposób minimalny zakres środowisk wchodzących w skład ITS.

Wymaganie **WZP.337** ma formułę zamkniętą wskazując kompletną listę” elementów specyfikacji ITS (nie zawiera określenia „w szczególności”, „w tym”, „co najmniej” lub żadnego podobnego wskazującego na podaną niżej listę, jako na minimalny wymagany zakres). Zgodnie z treścią WZP.337 specyfikacja ITS (w zakresie oprogramowania) obejmuje wyłącznie:

„WZP.337.1 Specyfikację całości oprogramowania standardowego potrzebnego dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy P1, WZP.337.2 Specyfikację całości oprogramowania przeznaczonego do wsparcia utrzymania systemu P1, w szczególności:

- Narzędzie zapewniające monitorowanie operacyjne infrastruktury IT,
- Narzędzie zapewniające monitorowanie dostępności usług IT,
- Narzędzie wspierające realizację funkcji Service Desk.”

Zatem jedyne oprogramowanie dedykowane, jakie może zostać wyspecyfikowane w ramach projektu ITS może być oprogramowaniem przeznaczonym do wsparcia utrzymania systemu, natomiast nie może być oprogramowaniem potrzebnym dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy P1. Wszystkie kategorie komponentów ujętych w załączniku 6 do OPZ (środowisko -aplikacyjne, szyna usług, infrastruktura cache i centrum certyfikacji), to komponenty niezbędne dla działania systemu (system nie da się uruchomić bez ich wdrożenia), które typowo mają również pomocnicze funkcje związane ze wsparciem utrzymania (np. związane z monitorowaniem), nie mniej realizacja tych funkcji nie jest ich przeznaczeniem. Ich przeznaczeniem jest zapewnienie odpowiednich usług infrastrukturalnych i środowiska dla oprogramowania realizującego faktyczne biznesowe funkcje platformy (wyspecyfikowane w zał. 2 i 3 do OPZ). Zatem oprogramowanie pełniące w ITS rolę środowiska aplikacyjnego, szyny usług, infrastruktury cache i centrum certyfikacji powinno być wyspecyfikowane, jako oprogramowanie standardowe. Natomiast inne oprogramowanie niezbędne dla realizacji funkcji platformy ujęte jest w odrębnym od ITS elemencie Zamówienia jako „oprogramowanie dedykowane platformy P1 ...”

W trakcie postępowania przetargowego kwestia ta nie budziła wątpliwości. Co więcej w postępowaniu pojawiły się pytania, których sformułowanie wyraźnie potwierdzało, że kwestia wykluczenia oprogramowania dedykowanego z ITS jest dla Wykonawców oczywista. Wykonawcy pytali wprost o możliwość realizacji niektórych wymagań z Zał. 6 poza oprogramowaniem standardowym, na które to pytania padła zdecydowana negatywna odpowiedź Zamawiającego (w szczególności Zestaw I, Pytania 35, 36, Zestaw II, Część I, Pytania 103, 106; Część II, Pytanie 108, Część III, Pytania 86, 87 - odnoszące się wprost do Wymagań WYM.OPZ.ITS.001, WYM.OPZ.ITS.003, WYM.OPZ.ITS.030, WYM.OPZ.ITS.070).

Biorąc pod powyższe pod uwagę *zdaniem Zamawiającego jasne jest, że wymagania znajdujące się w Zał. 6 powinny być w całości realizowane przez oprogramowanie standardowe (i/lub sprzęt) wchodzące w skład ITS, a nie przez oprogramowanie dedykowane*. Z całą pewnością nie ulega to najmniejszej wątpliwości również w odniesieniu do wymagań, których bezpośrednio dotyczyły przywołane wyżej wyjaśnienia (WYM.OPZ.ITS.001, WYM.OPZ.ITS.003, WYM.OPZ.ITS.030, WYM.OPZ.ITS.070).

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego ATM Zamawiający stwierdził, że przygotowana przez wykonawcę oferta jest również nierzetelna co do zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazuje, że przesłanki które były podstawą treści wyjaśnienia dotyczącego rażąco i niskiej ceny, w szczególności poddane zastrzeżeniu przez Zamawiającego, ze względu na brak rzetelności ich wyceny były znane Wykonawcom na etapie składania ofert.

W prośbie o wyjaśnienia w arkuszu Excel w zakładce Usługi znajdują się pozycje usług jakie Wykonawcy winni realizować na rzecz Zamawiającego w ramach umowy stanowiącej

wypisy Załącznik nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ). W tabeli tej wprowadzono wprost odwołania do poszczególnych wymagań przedstawionych w dokumentacji SIWZ. Zatem podczas kalkulacji oferty Wykonawca musiał się z nimi zapoznać i w oparciu o nie dokonać szacowania, a zatem uwzględnić je w swojej Ofercie. Jeżeli Wykonawca twierdzi, że te przesłanki merytoryczne dotyczące zakresu realizacji prac projektowych nie były mu znane, znaczy się nie podszedł rzetelnie do szacowania.

Niezasadne jest zdaniem Zamawiającego stanowisko Odwołującego iż uznanie ceny jego oferty za rażąco niską *na podstawie informacji, które nie powinny być podstawą weryfikacji treści oferty*. Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wskazał, że zgodnie przepisem art 32 i nast. ustawy Pzp, przed wszczęciem postępowania, koniecznym było określenie szacunkowej wartości zamówienia, która to wartość została ustalona w oparciu o analizę ekspercką uwzględniającą zakres i wymagania pracochłonnościowe, w celu rzetelnej realizacji przedmiotu umowy. Przedmiotowe szacowanie zostało dokonane w sposób analogiczny, jak zakres wyjaśnień, o które zostali poproszeni Wykonawcy.

Ponadto odnosząc się do kolejnego zarzutu jakoby „uznanie ceny za rażąco niską została dokonana wybiórczo na podstawie tych pozycji, które odbiegają in minus od uznaniowych szacunków Zamawiającego nie biorąc pod uwagę tych elementów, których szacunki są wyższe od planowanych”. Odpowiadając na ten zarzut Zamawiający w formie tabelarycznej wskazał sposób oceny oferty Odwołującego w tym zakresie

Obszar	Pozycje oferty	Sumaryczna cena Wykonawcy	Sumaryczna wycena dokonana przez CSIOZ	Udział ceny wykonawcy w szacunkach[%]
Zaprojektowanie i wdrożenie oprogramowania	P1-PR0.21 SA.Audyt	9663000	9 347 800	103%
	P1-PR0.22 SAZiP			
	P1-PR0.23 SAAadm			
	P1-PR0.20 - SU			
Usługi integracji i pozostałe usługi	Integracja VI	5 387 000	16 205 000	33%
	Integracja VII			
	Integracja VIII			
	Szkolenia			
	Przekazanie			

Usługi rozwojowe	Usługi rozwojowe	300 000,00 zł	525 000,00 zł	57%
ITS	ITS	11 380 000,00 zł	27 357 440,00 zł	42%

Odnosząc się do powyższego zestawienia stwierdził, że wykonawca tylko w jednym obszarze: zaprojektowania i wdrożenia oprogramowania określonego przedmiotem zamówienia posiada szacowanie wyższe od planowanego przez Zamawiającego. Przy czym należy wskazać, że to wyższe o 3% szacowanie (przekładające się na kwotę 280 434 zł) nie jest w stanie zrekompensować niedoszacowań pozostałych elementów. Np. w obszarze usług integracji jest to zaledwie 1,7% szacunków CSIOZ i 5,2% szacunków Wykonawcy.

Zamawiający wskazał również iż dotatkowo jako powód rażąco niskiej ceny przedstawił także oszacowanie kosztów ITS niezgodnego z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z opinią dot. zgodności oferty z SIWZ wykazane zostały niezgodności zaoferowanych rozwiązań z wymaganiami dotyczącymi oprogramowania standardowego w ITS. W związku z tym, że Zamawiający dopuszcza w ITS wyłącznie oprogramowanie standardowe, brak spełnienia wymagań określonych dla ITS skutkuje tym, że cały produkt proponowany przez Wykonawcę jest niespełniający podstawowych oczekiwań Zamawiającego i powinien być zaoferowany inny produkt. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie ITS nie jest możliwe rozszerzenie funkcjonalności poprzez ich „dorobienie”, ponieważ wtedy oprogramowanie takie nie będzie oprogramowaniem standardowym.

Podniósł, że w ocenie Zamawiającego, rynkowa cena produktów spełniających wszystkie jego wymagania w zakresie ITS jest istotnie wyższa - według szacowań Zamawiającego jest ona o ok. 2,5 razy wyższa od ceny przedstawionej przez Wykonawcę (27 357 440,00 zł szacowania do 11 380 000,00 zł z oferty). Dodatkowo fakt ten potwierdzają dane z ofert Wykonawców, którzy spełnili wszystkie wymagania dotyczące ITS.

W związku z powyższym należy wskazać, że argumentacja przedstawiona przez Wykonawcę w odwołaniu nie tyle broni Odwołującego, ale potwierdza zastrzeżenia Zamawiającego co do nierzetelności wyszacowania oferty w zakresie całości jej ceny.

Ponadto dodał, że przywołany przez Odwołującego argument jakoby *przygotowanie jednolitych interfejsów oraz ich dyskusję z interesariuszem przez co uzyska się o wiele niższy koszt realizacji tego zadania niż wskazany 'przez Zamawiającego Wskazuje także, że element ten dotyczy początkowego okresu budowy systemu - zadań analizy i projektowania Platformy P1.*

Odpowiadając na ten zarzut stwierdził, że zgodnie z Załącznik nr 4 do OPZ rozdział 11.3.7. Wykonawca zobowiązany jest do:

- WZP.387 koordynacji zapewnienia dostępu do interfejsów zewnętrznych oferowanych przez System P1 zewnętrznemu systemowi usługodawcy lub płatnika.

- WZP.379 do zapewnienia wsparcia podczas procesu ewaluacji przedstawicielom usługodawcy lub płatnika.
- WZP.380 zweryfikowania kompletności i poprawności wykonania scenariuszy ewaluacji opracowanych przez podłączający się podmiot.
- WZP.381 analizy błędów wykrytych podczas ewaluacji oraz ewentualnego przekazania zgłoszenia błędu do Wykonawcy podsystemu, którego on dotyczy.

Przedstawione przez Odwołującego podejście związane jest jedynie z działaniami realizowanymi zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załącznik 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia sekcja Standardy (wymagania WYM.OPZ.STA.NFN.01 WYM.OPZ.STA.NFN.19) oraz szczególne wymagania stawiane na oprogramowanie Strumienia I zamieszczone w Załącznik nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Sygn. akt KIO 2297/12

Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin, zwany dalej „Odwołującym Unizeto” we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu

1. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (zwanego dalej „Enigma”) i Comp S. A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (zwanego dalej „Comp”) z uwagi, iż złożenie powyższych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Comp i Enigma pomimo, iż złożone oferty stanowią oferty wariantowe.
3. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comp i Enigma w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tychże wykonawców.
4. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Comp i Enigma w związku z podaniem nieprawdziwych informacji przez tychże wykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. dokonanie powtórnej oceny ofert
3. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Comp
4. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Enigma z powodów[^] podanych w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12.10.2012 r. oraz dodatkowa uwzględnienie

powodów podanych w przedmiotowym odwołaniu.

5. wykluczenie z postępowania wykonawcy Co
6. wykluczenie z postępowania wykonawcy Enigma
7. ponowne uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów stwierdził iż pomimo tego ,że Oferta złożona przez Odwołującego została uznana za ofertę najkorzystniejszą, jednak z uwagi na możliwość korzystania ze środków' ochrony prawnej wykonawców i deklaracje w prasie o złożeniu stosownych odwołań przez tych wykonawców, Odwołujący ma interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania, gdyż brak reakcji z jego strony na naruszenia poczynione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu doprowadzić może do sytuacji faktycznej w której Odwołujący nie będzie mógł już ich podnieść w ramach środków ochrony prawnej. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów' ustawy oferta Odwołującego mogłaby nie zostać uznana za najkorzystniejszą, co prowadziłoby do poniesienia szkody w' uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Comp i Enigmę z uwagi, iż złożenie powyższych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż Zamawiający zgodnie z rozdziałem I podrozdziałem III lit. a. i lit. c. specyfikacji istotnych warunków' zamówienia (zwanej dalej „SIWZ“), nie dopuścił możliwości składania więcej niż jednej oferty oraz ofert wariantowych. Natomiast wykonawcy Comp i Enigma należąc do tej samej grupy kapitałowej w oparciu o praktycznie identyczny potencjał techniczno ekonomiczny i tożsame doświadczenie, złożyli dwie oferty będące ofertami wariantowymi, gdyż przewidują dwa różne sposoby realizacji przedmiotowego zamówienia. Zgodnie ze schematem grupy kapitałowej Comp wykonawca Enigma jest w 100% zależny od wykonawcy Comp. Złożenie oferty przez wykonawców pozostających względem siebie w takim stosunku zależności, jak opisany poniżej prowadzi do stanu faktycznego w którym należy potraktować ich jako jeden podmiot czyli jednego wykonawcę biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu.

Podnosząc zarzut zgodności w wielu elementach złożonych przez te podmioty ofert, wskazał na następujące fakty:

1. Formularz ofertowy zawiera w pkt 16 wykaz załączników, który jest identyczny w obu ofertach. Zamawiający opracowując formularz ofertowy w pkt 16 zobowiązał wszystkich wykonawców do wskazania załączników do oferty jednocześnie dając wykonawcom dowolność w tym zakresie. Wykaz załączników do oferty w ofertach wykonawców Comp i Enigma jest identyczny, zawiera specyficzne nazwy załączników jak też niektóre załączniki do oferty zostały pominięte np. aktualne zaświadczenia z ZUS i US, aktualne informacje z KRK pomimo złożenia wraz z ofertami stosownych dokumentów,
2. Wypełniając pkt 12 formularza ofertowego wykonawcy Comp i Enigma jako jedyni

wykonawcy składający ofertę dokonali pogrubienia imienia i nazwiska osób do których należy kierować korespondencję związaną z przedmiotowym postępowaniem,

3. Dokonując skreśleń pkt 2 i pkt 7 formularza ofertowego wykonawcy Comp i Enigma jako jedyni dokonali charakterystycznych skreśleń wszystkich zapisów danych punktów.

4. Wykonawcy Comp i Enigma jako jedyni wypełniając tabelę „wycena poszczególnych produktów w ramach ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia” w formularzu ofertowym w LP 12 będącym podsumowaniem nie uzupełnili pola Stawka VAT [%], chociaż takiego wypełnienia żądał Zamawiający.

5. Wykonawcy Comp i Enigma wykorzystali jedną polisę ubezpieczenia OC

6. Wykonawcy Comp i Enigma wykorzystali zdolność finansową wykonawcy również prawdopodobnie wykonawcy Comp i Enigma wykorzystali ten sam zespół osobowy na potwierdzenie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

7. Prawdopodobnie wykonawcy Comp i Enigma wykorzystali te same zamówienia na potwierdzenie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawców z pominięciem zamówień potwierdzających spełnienie warunku opisanego w rozdziale IV podrozdział I. pkt 1 ppkt 2.6) SIWZ.

Opisane powyżej cechy ofert złożonych przez wykonawców Comp i Enigma wykraczają zdaniem Odwołującego poza granice przypadku, a taki sposób sporządzania ofert przez wykonawców, którzy z założenia powinni ze sobą konkurować, narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców oraz Zamawiającego, co w pełni wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (tzw. "zmowa przetargowa").

Podniósł, że wykonawcy Comp i Enigma poza uzgodnieniem warunków składanych ofert, co potwierdza powyżej opisany stan faktyczny, nie złożyli wszystkich dokumentów wymaganych przez Zamawiającego jak też niektóre dokumenty zostały złożone wadliwie, aby już po otwarciu ofert poprzez wadliwe uzupełnienie złożonych ofert (w procedurze art. 26 ust. 3 ustawy), doprowadzić do sytuacji w której za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z wyższą ceną. Z uwagi, iż po otwarciu ofert wykonawcy ci nie mogli jednoznacznie stwierdzić czy oferta z wyższą ceną zostanie uznana za najkorzystniejszą, a wręcz odwrotnie

musieli zakładać, iż cena z niższą wartością ma większe szanse na uznanie za najkorzystniejszą, uzupełnili przedmiotowe dokumenty. Warto zaznaczyć, iż co prawda Odwołujący obecnie nie ma wiedzy, którzy wykonawcy będą korzystać ze środków ochrony prawnej w celu uzyskania zamówienia, jednak wielce prawdopodobna jest sytuacja w której ze środków ochrony prawnej skorzysta jedynie wykonawca Comp, który zaoferował wyższą cenę natomiast z uwagi na to, że celem obu wykonawców było uzyskanie zamówienia przez wykonawcę Comp, wykonawca Enigma nie skorzysta ze środków ochrony prawnej w celu dążenia do uzyskania zamówienia. Tym samym w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50. poz. 331 ze zm.). Niedopuszczalne i sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji są wszelkie porozumienia między uczestnikami postępowania. Działania takie stanowią manipulacje przebiegiem postępowania przetargowego. Oczywiście jest, że fakt takiego porozumienia każdorazowo jest trudny do stwierdzenia, jednak należy zaznaczyć, iż w okolicznościach przedmiotowego postępowania, biorąc pod uwagę zakres podobieństwa ofert opisany powyżej, brak złożenia wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego oraz zależności wynikające z jednej grupy kapitałowej, niepodobne jest aby konkurujące między sobą podmioty opracowały na tyle identyczne oferty, różniące się jedynie ceną i osobami podpisującymi ofertę z wyłączeniem dokumentów podmiotowych.

Ponadto z ostrożności podniósł iż w razie nie uznania przez KIO działań wykonawcy Comp i Enigma za zмовę przetargową wnosimy o uznanie, iż działania tychże wykonawców prowadzą do naruszenia dobrych obyczajów. Zgodnie z definicją czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji istota czynu nieuczciwej konkurencji wyraża się w działaniu przedsiębiorcy sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, naruszającymi lub zagrażającymi naruszeniem interesów innych przedsiębiorców.

Podniósł, że Zamawiający przewidział możliwość złożenia tylko jednej oferty, natomiast wykonawcy Comp i Enigma wykorzystując w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu swój wspólny potencjał jednej grupy kapitałowej złożyli dwie oferty. Bez żadnych wątpliwości, jego zdaniem należało uznać, iż działania wykonawców Comp i Enigma utrudniły pozostałym wykonawcom dostęp do rynku. Uznając postępowanie tychże Wykonawców za właściwe Zamawiający sanuje zachowanie polegające na kilkukrotnym wykorzystaniu wspólnego potencjału posiadanego przez grupę kapitałową w celu obejścia zakazu składania ofert wariantowych bądź zakazu złożenia więcej niż jednej oferty.

Zaznaczył, iż grupa kapitałowa Comp działała w tym postępowaniu w celu uzyskania zamówienia przez jeden z podmiotów z grupy i wyeliminowania pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie, w szczególności poprzez uzgodnienie zakresu

przedmiotowego i cenowego.

Wskazał, że powyższy stan faktyczny można rozpatrywać w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. W odniesieniu do wykonawców Comp i Enigma czyn ten polegał na stworzeniu sytuacji zmierzającej do wymuszenia na zamawiającym wyboru jednego z wykonawców. Czyn utrudnienia dostępu do rynku nie musi wiązać się z uniemożliwieniem innym wykonawcom w danym postępowaniu uzyskania danego zamówienia, ale z podjęciem takich czynności, które utrudnią innym konkurentom uzyskanie takiego zamówienia. Popęlnienie czynu nieuczciwej konkurencji nie musi wiązać się z wyeliminowaniem pozostałych wykonawców z postępowania, ani nawet z celowym wyeliminowaniem jednego z dwóch porozumiewających się wykonawców w celu umożliwienia drugiemu wykonawcy uzyskania pozycji bezkonkurencyjnej wobec innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zobowiązany był do odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Comp i Enigma z uwagi, iż złożenie powyższych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów⁷ o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie kolejnego wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226. poz. 1817), Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu jak i SIWZ na potwierdzenie warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej wymagał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawcy Comp i Enigma złożyli przedmiotową polisę jednak bez dowodu jej opłacenia. Zamawiający pismem z dnia 5 września 2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał powyżej wymienionych wykonawców do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające opłacenie polisy ubezpieczeniowej. Wykonawcy Comp i Enigma w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego pismami z dnia 11 września 2012 r. złożyli przedmiotowe dokumenty. Po przeprowadzeniu analizy dokumentów złożonych w ramach uzupełnienia oferty stwierdzić należy, iż przedstawione dokumenty t.j. oświadczenie podmiotu TUIR Allianz Polska S.A. oraz potwierdzenia płatności składek są wadliwe i nie potwierdzają, iż wykonawcy Comp i Enigma posiadają opłaconą polisę. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż wykonawcy uzupełniając przedmiotowe dokumenty zgodnie z przywołanym powyżej rozporządzeniem oraz SIWZ zobowiązania byli do ich wyniesienia w oryginale bądź poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii. Przedstawione przez

wykonawców dokumenty dotyczące potwierdzenia dokonania stosownej opłaty składki polisy nie są złożone w oryginale jak też nie są potwierdzone za zgodność z oryginałem. Obowiązek składania oryginałów dokumentów bądź ich kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem obowiązuje bez względu na stadium postępowania o udzielenie zamówienia. Inne rozumienie przywołanego powyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów byłoby sprzeczne z literalnym jego brzmieniem i mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego rozróżnienia sytuacji wykonawców, w zależności od tego, kiedy przedłożyli wymagane dokumenty tj. wykonawcy, którzy złożyli dokumenty wraz z ofertą byłiby zobligowani do przedkładania ich w formie oryginału lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii, podczas gdy wykonawcy wezwani w trakcie postępowania do uzupełnienia, mogliby poprzestać na dokumencie nie potwierdzonym za zgodność z oryginałem. Tym samym przedstawione przez wykonawców Comp i Enigma w uzupełnieniu oferty, dowody opłacenia składki polisy nie potwierdzają, iż polisa złożona wraz z ofertą została opłacona, a wręcz odwrotnie potwierdzają, iż przed terminem składania ofert przedmiotowa polisa nie została opłacona.

W kolejnym zarzucie wskazał, że zgodnie z odtajnionym pismem Zamawiającego z dnia 12.09.2012 r. nr CSIOZ-WZP- 2012-16248 wysłanym do wykonawcy Comp i pismem nr CSIOZ-WZP- 2012-16246 wysłanym do wykonawcy Enigma dotyczącymi wyjaśnienia przez wykonawcę Comp i Enigma zamówienia wykazanego w poz. 5 wykazu usług pn. *„system posiadający właściwości szyny usług ESB uzyskując zdolność tego systemu do obsługi mechanizmów bezpiecznego podpisu elektronicznego zgodnego z polskim prawem lub obsługi mechanizmu zaufanego profilu ePUAP* wykonawcy na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu rozdział IV podrozdział I pkt 1 ppkt 2.5) SIWZ wykazali się zamówieniem, które wykonawca Enigma realizował na zlecenie podmiotu Netline Group Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa. Analizując ujawnione informacje można dojść do wniosku, iż realizowane przez wykonawcę Enigma zamówienie było wykonane na zlecenie głównego wykonawcy jakim był podmiot Netline Group. Tym samym podmiot Enigma była podwykonawcą podmiotu Netline Group w ramach zadania realizowanego dla Centrum Projektów Informatycznych. Ponadto dodał, że Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wymagał wykazania się realizacją systemu posiadającego właściwości szyny usług ESB i zdolnego do obsługi mechanizmów bezpiecznego podpisu elektronicznego zgodnego z polskim prawem lub obsługi mechanizmu zaufanego profilu ePUAP. Tym samym, wykonawca chcąc spełnić warunki udziału w postępowaniu zobowiązany był do zaprojektowania, wykonania i wdrożenia systemu posiadającego właściwości szyny usług ESB i zdolnego do obsługi mechanizmów' bezpiecznego podpisu elektronicznego zgodnego z polskim prawem lub obsługi mechanizmu zaufanego profilu ePUAP. Wykonawca Enigma będąc podwykonawcą czyli podmiotem,

który, realizował jedynie pewną część całości wdrożenia przedmiotowego systemu w ramach wykazywanego doświadczenia nie może obecnie podnosić, iż realizując pewien fragment tegoż zamówienia nabył identyczne doświadczenie jak wykonawca, który realizował cały projekt. Tym samym z uwagi, iż wykonawcy Enigma i Comp na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazali się tym samym projektem w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia tychże wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z uwagi, iż nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Oceniając powyższe stwierdził, że Opisany stan faktyczny w pkt III. niniejszego odwołania prowadzi również do sytuacji w której wykonawcy Comp i Enigma w złożonych ofertach podali nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W orzecznictwie ukształtował się pogląd, że za nieprawdziwą informację należy przyjąć taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Podanie innego zakresu zrealizowanych prac niż rzeczywiście wykonane bezdyskusyjnie przedstawia odmienny stan od istniejącego. Niewątpliwie w sytuacji stwierdzenia podania nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania obowiązkiem Zamawiającego jest wykluczenie tegoż wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy i art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy. Wpływ podania przez wykonawców Comp i Enigma nieprawdziwych informacji na wynik postępowania w obecnym stanie faktycznym jest oczywisty, gdyż w związku z podaniem tych informacji oferta złożona przez Comp lub Enigmę może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zajął stanowisko, że odwołanie tego wykonawcy winno zostać oddalone gdyż jego wniesienie nie spełnia przesłanek z art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Wskazał, że Odwołujący jest Wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu i został wybrany do realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Natomiast zarówno we wniesionym środku ochrony prawnej jak i na rozprawie nie została udowodniona szkoda jako przesłanka konieczna do uprawnionego korzystania z odwołania. Wskazuje na to fakt, iż przepis art. 179 ust. 1 wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek występujących po stronie wykonawcy tj. posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Podał iż jak można wywieść z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym

układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. Tutaj takie zdarzenie nie miało miejsca gdyż oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Tym samym nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oferta Odwołującego w dalszym ciągu byłaby pierwsza w rankingu ofert, a tym samym w świetle zarzucanego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący i tak nie ponosi szkody. W związku z powyższym, Odwołujący nie spełnia łącznie obu przesłanek wymienionych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z czym jego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto stwierdził, że zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sytuacji przyznania racji argumentacji Odwołującego się jego oferta dalej byłaby najkorzystniejsza, więc ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert nie wpłynęłoby na wybór najkorzystniejszej oferty. Tym samym odwołanie to nie może zostać uwzględnione.

Sygn. akt KIO 2307/12

Wykonawca **Comarch Polska** S.A. z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków, zwany dalej „Odwołującym Comarch” do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie od :

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Unizeto Technologies powinna zostać odrzucona jak i Unizeto Technologies powinien zostać wykluczony, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;
2. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
3. zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechaniu podania Odwołującemu uzasadnienia odrzucenia jego własnej oferty poprzez zaniechanie ujawnienia Odwołującemu szczegółowej oceny
4. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w

przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Unizeto Technologies na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, pomimo iż treść oferty Unizeto Technologies nie odpowiada treści SIWZ;

5. zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechaniu wykluczenia Unizeto Technologies z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy z uwagi na niewniesienie wadium;
6. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (dalej „**Comp**”) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, pomimo iż treść oferty Comp nie odpowiada treści SIWZ;
7. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert;
8. zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Unizeto Technologies jako niejawnych części oferty Unizeto Technologies (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których Unizeto Technologies udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia), pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Równocześnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1. art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Unizeto Technologies jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Unizeto Technologies powinna zostać odrzucona jak i Unizeto Technologies powinien zostać wykluczony, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ;
3. naruszenie przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie podania Odwołującemu uzasadnienia odrzucenia jego

- własnej oferty oraz poprzez zaniechanie ujawnienia Odwołującemu szczegółowej
4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto Technologies, pomimo iż treść oferty Unizeto Technologies nie odpowiada treści SIWZ;
 5. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto Technologies z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewniesienie wadium;
 6. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comp, pomimo iż treść oferty Comp nie odpowiada treści SIWZ;
 7. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
 8. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Unizeto Technologies jako niejawnych części oferty Unizeto Technologies (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których Unizeto Technologies udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia), pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podnosząc powyższe zarzuty wnioskuję o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Unizeto Technologies jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) Ustawy;
3. nakazanie Zamawiającemu podanie Odwołującemu (i tylko Odwołującemu) uzasadnienia odrzucenia jego własnej oferty Odwołującego oraz ujawnienie Odwołującemu (i tylko Odwołującemu) szczegółowej oceny merytorycznej jego własnej oferty, w tym opracowanej przez firmę doradczą Infovide-Matrix S.A. opinii dotyczącej zgodności oferty Odwołującego z SIWZ;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Unizeto Technologies na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) Ustawy;
6. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Unizeto Technologies z przedmiotowego

postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy z uwagi na niewniesienie wadium;

7. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Comp na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) Ustawy;
8. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;
9. nakazanie Zamawiającemu, aby odtajnił (ujawnił) zastrzeżone przez Unizeto Technologies jako niejawne części oferty Unizeto Technologies (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których Unizeto Technologies udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia); a także nakazanie Zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów/oświadczeń oraz udostępnił Odwołującemu ww. dokumenty/oświadczenia.

W dniu 12 października 2012 r. Odwołujący został powiadomiony przez Zamawiającego o wynikach oceny złożonych ofert. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp wskazując, że *„Oferta Wykonawcy Comarch Polska S.A. jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ze względu na niezgodność oferowanej Infrastruktury Techniczno-Systemowej z wymaganiami WfM.OPZ.ITS.I 10 - WYM.OPZ.ITS.135. IVYM.OPZ.ITS. 137 - WYM.OPZ.ITS. 139 oraz WYM.OPZ.ITS.141 (Załącznik 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia) w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338 (Załącznik 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia). Oferta Wykonawcy przewiduje implementację wymagań WYM.OPZ.ITS.IIO - WYM.OPZ.ITS.135. WYM.OPZ.ITS. 137 - WYM.OPZ.ITS. 139 oraz WYM.OPZ.ITS.141 przez oprogramowanie dedykowane, które zgodnie z definicjami w WZP.337 i WZP.338 nie stanowi elementu Infrastruktury Techniczno-Systemowej. Na tej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Comarch Polska S.A. jako niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”*

Odnosząc się do powyższego Odwołujący stwierdził iż Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ. Na wstępie podniósł zarzut naruszenia przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie podania Odwołującemu uzasadnienia odrzucenia jego własnej oferty oraz poprzez zaniechanie ujawnienia Odwołującemu szczegółowej oceny merytorycznej jego własnej oferty, w tym opracowanej przez firmę doradczą Infovide-Matrix S.A. opinii dotyczącej zgodności oferty Odwołującego z SIWZ. Zamawiający udostępnił Odwołującemu „Protokół z prac komisji” z którego wynika, że decyzję o odrzuceniu ofert podjął na podstawie

szczegółowych ocen merytorycznych, które stanowią załącznik do protokołu. Zamawiający nie udostępnił jednak Odwołującemu żadnego załącznika dotyczącego oferty Odwołującego, gdyż jak twierdzi jest to tajemnica przedsiębiorstwa.

W piśmie informującym o wynikach oceny ofert, Zamawiający, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego stwierdził, że oferta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. Zdaniem Zamawiającego oprogramowanie dedykowane nie stanowi Infrastruktury Techniczno-Systemowej (ITS), a Odwołujący dla realizacji ITS wykorzystuje oprogramowanie dedykowane.

Zamawiający, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, powołuje się na zapisy wymagań WZP.337 oraz WZP.338, które zdaniem Zamawiającego wykluczają możliwość zastosowania oprogramowania dedykowanego w Infrastrukturze Techniczno-Systemowej. Wskazał iż powyższe punkty są częścią Rozdziału 11.2 „Przygotowanie projektu Infrastruktury Techniczno-Systemowej” Załącznika nr 4 do OPZ „Specyfikacja Wymagań Zarządczych, a więc określają zawartość dokumentu „Projekt Infrastruktury Techniczno-Systemowej”, który ma zostać wytworzony w ramach realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia. Z przywołanych wymagań, jedynie punkt WZP.337.1 dotyka wprost kwestii oprogramowania standardowego i nie dotyka kwestii oprogramowania dedykowanego. Zgodnie z treścią tego punktu, przygotowana w ramach „Projektu Infrastruktury Techniczno-Systemowej specyfikacja Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla Platformy PI wraz z usługami związanymi z jej wdrożeniem i eksploatacją powinna obejmować: „Specyfikację całości oprogramowania standardowego *potrzebnego dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy PI*”_Oznacza to, iż w ramach dokumentu „Projekt Infrastruktury Techniczno-Systemowej”, należy wyspecyfikować całość oprogramowania standardowego potrzebnego dla wdrożenia, eksploatacji i rozwoju platformy PI. Jeżeli Wykonawca zdecyduje się wykorzystywać oprogramowanie standardowe, to musi wyspecyfikować je w dokumencie „Projekt Infrastruktury Techniczno-Systemowej”, aby Zamawiający miał możliwość sprawdzenia i upewnienia się, że to oprogramowanie faktycznie realizuje wymagane funkcjonalności. Pozostałe funkcjonalności realizowane oprogramowaniem dedykowanym nie podlegają specyfikacji, gdyż z natury są oprogramowaniem dedykowanym realizującym dokładnie wymagania Zamawiającego. Zatem zapis WZP.337.1. w żaden sposób nie wyklucza możliwości zastosowania oprogramowania dedykowanego do stworzenia Infrastruktury Techniczno-Systemowej i nie oznacza, iż oprogramowanie dedykowane nie stanowi elementu Infrastruktury Techniczno-Systemowej.

Zdaniem Odwołującego dowodem na poprawność takiego rozumowania jest treść wymagania WZP.338 dot. środowisk na jakich będzie wdrożona i eksploatowana Platforma PI, które wg Zamawiającego (podobnie jak wskazane WZP.337) definiuje, że

oprogramowanie dedykowane nie stanowi elementu Infrastruktury Techniczno- Systemowej. „WZP.338.3 Środowisko dla realizacji asemblacji oprogramowania dedykowanego *platformy PI* ” mówi wprost, że dla oprogramowania dedykowanego przeznaczone jest osobne środowisko dla realizacji „asemblacji oprogramowania dedykowanego”. W sumie daje to pełen i kompletny obraz potrzeb Zamawiającego, czyli z jednej strony mamy wymaganie 337 na wyspecyfikowanie listy wykorzystywanego oprogramowania standardowego, a z drugiej strony mamy wymaganie 338, które obliuguje do dostarczenia osobnego środowiska do stworzenia kodu maszynowego na podstawie kodu źródłowego oprogramowania dedykowanego (tzw. asemblacja). Ponadto wskazał, że punkty WZP. 337 oraz WZP.338 w ogóle nie mają na celu zdefiniowania zawartości Infrastruktury Techniczno-Systemowej, wskazują jedynie zawartość dokumentu „Projekt Infrastruktury Techniczno-Systemowej”, który ma powstać w ramach realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia. Tym samym jego zdaniem oprogramowanie dedykowane nie może stanowić elementu ITS i że musi być ona wykonana jedynie z oprogramowania standardowego.

Odnosząc się do kwestii czy w ramach ITS można zaoferować jedynie oprogramowanie standardowe Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców przywołał treść definicji oprogramowania standardowego i dedykowanego zawarte w Zał. 2 do SIWZ wzorze umowy, w artykule 1. Odnosząc się do tej definicji stwierdził, że definicja ta została wprowadzona treścią pisma Zamawiającego nr CSIOZ-WZP.6151.29.2012 z dnia 01.08.2012r. i zmieniającą definicję „Oprogramowania standardowego“ zawartą w pierwotnej wersji Załącznika nr 2 do SIWZ (wzór Umowy).

Przytoczona powyżej definicja nie określa, czy w ramach Infrastruktury Techniczno-Systemowej można zaoferować jedynie oprogramowanie standardowe czy też dopuszczalne jest zaoferowanie w jej ramach oprogramowania dedykowanego. Podkreśla jedynie, że w przypadku oprogramowania standardowego jego funkcjonalności muszą być gotowe na dzień złożenia oferty. Zgodnie z powyższą definicją oprogramowania standardowego, wymagania na to oprogramowanie zawarte są w Załączniku Nr 4 do Opisu przedmiotu Zamówienia Rozdział 9.7 „Wymagania dotyczące dostawy sprzętu i oprogramowania standardowego”. Należy zauważyć, że żaden z punktów przywołanego rozdziału nie stwierdza, iż oprogramowanie oferowane w ramach ITS, musi być w całości oprogramowaniem standardowym albo, że oprogramowanie standardowe jest tożsame z oprogramowaniem ITS.

Tym samym zdaniem Odwołującego zaoferował on rozwiązanie spełniające wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający błędnie interpretuje i wyciąga wnioski z treści oferty Odwołującego. Twierdzenia Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ są pozbawione podstaw i nie odpowiadają prawdzie.

Oдноśnie zarzutu Zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto Technologies Odwołujący

zarzucił, że w ofercie Unizeto występują rozbieżności powodujące niezgodność treści oferty wybranej przez Zamawiającego z treścią SIWZ. W szczególności dotyczy to wymogu z zał. 3 do SIWZ w pkt 17 gdzie Zamawiający postawił wymaganie załączenia do oferty „w formie tabelarycznej specyfikacją sprzętu i oprogramowania systemowego dla Podsystemu Szyna Usług wraz z listą licencji wypełniających łącznie wymagania zamieszczone w załącznikach nr 3, 6 i 7 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, Ponadto według wiedzy rynkowej Unizeto Technologies w przedstawionej w ofercie „w formie tabelarycznej specyfikację sprzętu i oprogramowania systemowego dla Podsystemu Szyna Usług wraz z listą licencji wypełniających łącznie wymagania zamieszczone w załącznikach nr 3, 6 i 7 do Opisu Przedmiotu Zamówienia” - zaoferował oprogramowanie standardowo-komercyjne firmy IBM. które nie spełnia wymagań Załącznika nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 6 do OPZ (str. 3 i nast.)

Nadto nie spełnia wymogów dla środowiska aplikacyjnego WYM.OPZ.ITS.003, WYM.OPZ.ITS.009, WYM.OPZ.ITS.018, WYM.OPZ.ITS.023, a także dla Wymagania dla infrastruktury cache (Coherence): WYM.OPZ.ITS.089, WYM.OPZ.ITS.108.

W zakresie zarzutu Zaniechanie wykluczenia Unizeto Technologies podniósł, że Unizeto Technologies przedłożyło wraz z ofertą bankową gwarancję wadialną (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem na str. 12-13 oferty), która jednak nie spełnia wymagań Ustawy i SIWZ. Gwarancja bankowa dołączona do oferty przez Unizeto Technologies nie spełnia wymagań wynikających z art. 46 ust. 5 Ustawy oraz pkt III.6) SIWZ. Gwarancja bankowa dołączona do oferty przez Unizeto Technologies nie gwarantuje Zamawiającemu możliwości żądania od Banku (gwaranta) zapłaty w każdym z przypadków wskazanych w art. 46 ust. 5 Ustawy. Przepis art. 46 ust. 5 Ustawy mówi o przypadkach, w których „wykonawca. którego oferta została wybrana” bez ograniczenia, że tylko „w okresie jej ważności”. W świetle wymagań przepisu art. 46 ust. 5 Ustawy „okres ważności oferty” nie może mieć żadnego znaczenia. Wymienione w art. 46 ust. 5 Ustawy przypadki mogą bowiem zaistnieć niezależnie od tego czy „oferta” jest „ważna”. Tym samym gwarancja wadialna przedłożona przez Unizeto Technologies nie spełnia wymogów określonych w Ustawie i SIWZ.

Wskazał, że wadium ma na celu zabezpieczenie interesu beneficjenta w sposób jednoznaczny i bez żadnych wątpliwości. Wniesienie przez Unizeto Technologies wadium w postaci wadliwej gwarancji nie spełnia istotnych warunków określonych w Ustawie i SIWZ. Wadliwe wniesienie wadium utożsamiać należy z całkowitym jego brakiem. Unizeto Technologies powinien więc zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy z uwagi na niewniesienie wadium.

W zakresie zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty Comp podniósł, że w SIWZ Zamawiający dopuścił zaoferowanie 3 rodzajów oprogramowania: oprogramowanie dedykowane, standardowe - komercyjne i standardowe- publiczne.

Z posiadanej przez Odwołującego wiedzy rynkowej wynika, iż Comp w przedstawionej w ofercie „w formie tabelarycznej specyfikację sprzętu i oprogramowania systemowego dla Podsystemu Szyna Usług wraz z listą licencji wypełniających łącznie wymagania zamieszczone w załącznikach nr 3, 6 i 7 do Opisu Przedmiotu Zamówienia” - zaoferował oprogramowanie, którego jest producentem (Slash SMS, Kryptomail) oraz oprogramowanie firmy ze swojej grupy kapitałowej - Enigma SOI (Slash A3, Centaur). Oprogramowanie to jednak nie spełnia wymagań postawionych w definicji oprogramowania standardowego-komercyjnego gotowego w momencie złożenia oferty, dostępność usług szkoleniowych i wdrożeniowych u dostawców niezależnych od producenta oprogramowania, posiadające minimum 3 wdrożenia wykonane przez minimum 2 różnych, niezależnych od producenta dostawców.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia oferty Unizeto, podniósł iż Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie część oferty Unizeto Technologies powołując się na zastrzeżenie pozostałej części jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Unizeto Technologies zastrzegło w swojej ofercie (zastrzeżenie tajemnicy na str. 8 oferty, podtrzymane pismem z dnia 23 sierpnia 2012 r.) - wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których Unizeto Technologies udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia).

Tym samym Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, ponieważ informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Unizeto Technologies zastrzeżenie ww. oświadczeń/dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 139 ust. 3 Ustawy umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Nie sposób uznać, aby informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wykazywanych dostaw i usług na rzecz podmiotów publicznych, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te obejmują bowiem nazwę

zamawiającego, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, zakres zamówienia, termin realizacji oraz cenę. Informacje takie nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie.

Tym samym zdaniem Odwołującego wniesione odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty są niezasadne i odwołanie nie powinno zostać uwzględnione. Odnosząc się do zarzutu nie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto stwierdził, że zgodnie z treścią oferty Unizeto, a także wyjaśnieniami tego wykonawcy, profesjonalną wiedzą Zamawiającego, oraz dokumentacją techniczną produktów firmy IBM Zamawiający stwierdził, że produkty te spełniają wszystkie kwestionowane przez Odwołującego wymagania. Na dowód powyższego, przedstawił tabelaryczne zestawienie wymagań wraz z informacją o sposobie ich realizacji przy pomocy produktów oferowanych przez Unizeto Technologies S.A. to zestawienie potwierdzało, że oferta złożona przez Unizeto jest zgodna z treścią SIWZ, nie było podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty Unizeto. Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, a dotyczących oprogramowania standardowego i dedykowanego w Infrastrukturze Techniczno-Sprzętowej (zwanej dalej „ITS”), Zamawiający podniósł, że w SIWZ (w Zał. 1 do SIWZ) wskazał jako odrębne elementy przedmiotu zamówienia w pkt 4 „Zaprojektowanie, budowa i dostarczenie oprogramowania dedykowanego platformy P1 w zakresie podsystemów wchodzących w skład Strumienia I, realizującego wymagania określone w załącznikach 2 i 3 z zachowaniem zasad, metod, procedur i ograniczeń opisanych w załączniku 4”; pkt 3 „Zaprojektowanie infrastruktury techniczno-systemowej platformy P1 wg wymagań określonych w załączniku 4 (sekcja 11.2) oraz załączniku 6” i pkt 14 „Dostarczenie infrastruktury techniczno-systemowej wg wymagań określonych w załącznikach 2 i 3, zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku 4 (sekcja 10.7), wystarczającej do działania wszystkich funkcji systemu przy zachowaniu założeń wolumetrycznych przedstawionych w załączniku 7”.

Zgodnie z tym wskazaniem ITS ma uwzględniać adekwatne wymagania z Załączników do OPZ numer 2, 3, 4 (sekcji 11.2, wskazanie sekcji 10.7 było omyłkowe), 6 i 7, natomiast oprogramowanie dedykowane platformy P1 - wymagania załączników 2, 3 oraz Załącznik nr 4 w zakresie zasad, metod i procedur. Zgodnie z tym wskazaniem wymagania załączników 6 i 7 adresowane mają być w obrębie ITS, a nie oprogramowania dedykowanego platformy. Tym samym do ITS aplikowane są wymagania Załącznika nr 4 do OPZ.

Załącznik nr 4 do OPZ w wymaganiach WZP.337 i WZP.338 określa skład specyfikacji ITS stanowiącej element projektu ITS (zgodnie z wymaganiem WZP.335 - specyfikacja ITS stanowi składnik projektu ITS). Wymaganie WZP.337 ma charakter zamknięty i specyfikuje kompletną listę rodzajów elementów specyfikacji. Wymaganie WZP.338 ma natomiast charakter otwarty i wskazuje minimalny zestaw środowisk jaki powinna objąć specyfikacja.

Dostarczony ostatecznie przez Wykonawcę ITS musiał być zgodny ze stworzonym wcześniej projektem ITS (i zawartą w nim specyfikacją). Wynika to z samego rozumienia pojęć specyfikacji i projektu w informatyce (podobnie jak we wszystkich innych dziedzinach inżynierii) i nie wymaga dodatkowego podkreślania i zaznaczania. Produkt zgodny z projektem, zdaniem Zamawiającego, to produkt w szczególności zawierający takie komponenty jakie przewiduje projekt, które to komponenty są połączone relacjami w nim przewidzianymi, nie zaś inne komponenty połączone w sposób odmienny od wskazanego w projekcie, co w informatyce (podobnie jak w każdej innej dziedzinie inżynierii,) jest rzeczą oczywistą nie wymagającą odrębnego wskazania. W ocenie Zamawiającego, takie rozumienie przedmiotowej materii przez osoby profesjonalnie zajmujące się zagadnieniami IT (podobnie jak w każdej innej dziedzinie inżynierii, gdzie występują projekty i specyfikacje) jest rzeczą oczywistą nie wymagającą odrębnego wskazania w postanowieniach SIWZ.

Niewątpliwym tym samym jest, że Zamawiający dopuścił w określonym zakresie w projekcie ITS użycie wyłącznie oprogramowania standardowego, to zgodna z projektem ITS będzie w tym zakresie będzie wyłącznie oprogramowanie standardowe. Wyjaśnienia udzielone wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na pytania w zakresie odnoszącym się do siwz stanowią rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców natomiast Odwołujący próbuje wywodzić wnioski, iż w przypadku odpowiedzi Zamawiającego na pytanie dot. konkretnego oprogramowania nie skomentował pozostałych elementów siwz więc tam już dopuścił inne rozwiązania tzn. dedykowane jest całkowicie chybione. Wskazał, że Zamawiający odpowiadał wyłącznie na treści zawarte w pytaniach, natomiast Zamawiający z własnej inicjatywy nie dokonywał wyjaśnień elementów przedmiotu zamówienia.

Stwierdził, że przygotowując ofertę zwrócić uwagę na występowanie w specyfikacji dwóch podobnych, ale różnych bytów: „Podsystem Szyna Usług” (który stanowi część platformy P1 wyspecyfikowaną w sekcji P1.PRO-20 w załączniku 2 do OPZ) oraz „szyną usług” jako pewną kategorią dostępnego na rynku oprogramowania standardowego, wobec którego wyspecyfikowano wymagania w Zał. 6 . W szczególności zgodnie z treścią Zał. 6 Zamawiający wskazał, że wymaga aby zastosowane w infrastrukturze systemu oprogramowanie tej klasy posiadało własności opisane wymaganiami w odpowiedniej sekcji Zał. 6. Wyspecyfikowanie tych wymagań w Zał. 6 oznaczało, że Zamawiający domagał się wykorzystania w ITS oprogramowania tej klasy (tj. spełniającego takie wymagania).

Odwołujący w żaden sposób w toku postępowania przetargowego nie kwestionował postanowień SIWZ w zakresie będącym przedmiotem sporu, zatem zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w obliczu wątpliwości podniesionych przez Odwołującego na tym etapie postępowania, są zdaniem Zamawiającego bezpodstawne i spóźnione. Tym samym cała argumentacja Odwołującego na temat dopuszczalności zastosowania oprogramowania dedykowanego w zakresie wymagań, w których w SIWZ Zamawiający wyraźnie określił obowiązek zastosowania oprogramowania standardowego oraz doprecyzował ten obowiązek w odpowiedzi udzielonej na zadawane pytania, które były już przytoczone w treści niniejszego pisma jest całkowicie chybiona.

Odnosnie zarzutu Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto Technologies S.A. z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewniesienie wadium, to stwierdził, że zarzut ten jest całkowicie chybiony, bowiem nie sposób zgodzić się z tezą Odwołującego, jakoby gwarancja bankowa nie odpowiadała przepisowi art. 46 ust.5 ustawy Pzp oraz wymaganiom opisanym w treści SIWZ. gwarancji bankowej przedłożonej przez Unizeto Technologies nie można przypisać cechy niezgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Stwierdzenie „w okresie ważności oferty” nie kreuje ograniczenia odpowiedzialności gwaranta.

Jeśli chodzi o zarzut zaniechanie odrzucenia oferty Comp pomimo, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ to stwierdził iż zarzut jakoby oferta Comp S.A. nie odpowiadała treści SIWZ jest całkowicie chybiony. Oferowane przez wykonawcę COMP S.A. produkty są produktami dobrze znanymi na krajowym (i nie tylko) rynku, a ich wykorzystanie nie budziło wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 92 ust. 1 pkt. 2, art. 7 ust.1, art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania Odwołującemu uzasadnienia odrzucenia jego własnej oferty, stwierdził, że pismem z dnia 26 października 2012 r. Zamawiający zaprosił przedstawicieli Odwołującego do wglądu do dokumentacji w przedmiocie szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jak również w celu zapoznania się z opinią Doradcy Technicznego Infovide-Matrix SA w tym zakresie. Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. Natomiast na etapie prowadzonego sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą stara się obarczyć Zamawiającego negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z braku dbałości o własne interesy.

Natomiast odnosząc się do podniesionego zarzutu Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp zdanie drugie poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Unizeto Technologies informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający odnosząc się zasadności dokonania zastrzeżenia informacji

Unizeto Technologies jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdził iż takiej oceny należy dokonywać indywidualnie w odniesieniu do każdego przypadku. W okolicznościach sprawy jako trafne należy ocenić działanie Zamawiającego, który uznał, iż wykaz wykonanych usług wraz z pozostałymi dokumentami potwierdzającymi ich należytą realizację zawierają istotne informacje o charakterze handlowym, np. takie jak informacje o kontrahentach, źródłach zaopatrzenia, których poufność jest niezbędną z uwagi na dużą konkurencyjność na rynku IT. Tym samym zrzut ten jak i całe odwołanie jest jego zdaniem niezasadne.

Sygn. akt KIO 2303/12

Wykonawca CompuGroup Medical Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, zwany dalej „**Odwołującym CGM**” w złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu podjęcie niewłaściwych czynności w trakcie badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, polegających na:

1. zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania,
2. braku podania uzasadnienia faktycznych przyczyn odrzucenia oferty,
3. ocenie ofert;
4. odrzuceniu oferty Odwołującego;
5. zawiadomieniu Odwołującego o odrzuceniu oferty;
6. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej

Powyższym czynnościom zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 96 ust. 2-3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania, a w szczególności opinii doradcy Zamawiającego tj. Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie dotyczących ofert i wyjaśnień złożonych w postępowaniu, które stanowiły podstawę dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a których udostępnienia Zamawiający odmówił;
2. art. 8 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 i 3 PZP w związku art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez naruszenie zasady jawności postępowania oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji polegające na zaniechaniu wskazania w informacji dotyczącej pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, przez co rozumieć należy także zaniechania powołania dowodów, na których opierał się Zamawiający, co dotyczy:
 - braku jednoznacznego wskazania podstaw, na jakich Zamawiający oparł twierdzenie, iż oferta Wykonawcy przewiduje implementację wymagań WYM.OPZ.ITS.022 oraz WYM.OPZ.ITS.073 przez oprogramowanie dedykowane, w sytuacji gdy Odwołujący w sposób jednoznaczny podał, iż funkcjonalności te realizuje oprogramowanie standardowe;
 - braku jednoznacznego wskazania, których parametrów opisanych w punktach

WYM.OPZ.ITS.OOI, WYM.OPZ.ITS.022, WYM.OPZ.ITS.048 oraz WYM.OPZ.ITS.073 w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338 nie spełnia oprogramowanie oferowane przez Odwołującego i ograniczenie się do ogólnego powołania symboli grup funkcjonalności opisanych w SIWZ;

- braku wskazania powodów uznania, iż oprogramowanie standardowe oferowane przez Odwołującego nie spełnia warunku powszechnej dostępności w sprzedaży detalicznej lub hurtowej;

- braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP .

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ, w sytuacji, gdy zaoferowane oprogramowanie spełnia wszystkie warunki określone przez Zamawiającego, a w szczególności jest zgodne z wymogami określonymi w punktach WYM.OPZ.ITS.OOI, WYM.OPZ.ITS.022, WYM.OPZ.ITS.048 oraz WYM.OPZ.ITS.073 w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338 oraz z wymaganiami definicyjnymi dotyczącymi oprogramowania standardowego;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez uznanie, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy Odwołujący składając ofertę nie dopuścił się żadnego czynu, który mógłby być traktowany jako czyn nieuczciwej konkurencji, co w szczególności odnosi się do złożenia przez Odwołującego oferty z ceną zawartą w ofercie, która jest ceną rynkową, skalkulowaną na poziomie zapewniającym osiągnięcie zysku;

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 PZP poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający nie zanegował wiarygodności szczegółowych wyjaśnień Odwołującego dotyczących sposobu skalkulowania ceny ofertowej, kwestionując jedynie wycenę fragmentu przedmiotu zamówienia, a nie jego całości, nie przeprowadzając równocześnie żadnego dowodu na poparcie swych twierdzeń, a także uznał, że rażąco niska cena wynika z niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji,

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny ofert;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. nakazanie Zamawiającemu podania uzasadnienia faktycznego, stanowiącego podstawę odrzucenia oferty i uznanie, że termin na wniesienia odwołania biegnie od dnia powzięcia informacji o podstawach odrzucenia oferty
5. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wszystkich dokumentów wchodzących w skład dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności załączników do protokołu z wyłączeniem informacji stanowiących skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa;

6. powtórzenie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego

Odwołujący na wstępie podniesionych zarzutów stwierdził iż nie uzyskał od Zamawiającego wglądu do opinii sporządzonych przez pracowników spółki Infovide-Matrix pomimo, iż w dniu 19 października 2012 roku ponowił wniosek o udostępnienie mu tych dokumentów przez Zamawiającego oraz spółkę Infovide-Matrix S.A. Powyższe stanowi rażące naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest działaniem podjętym w celu uniemożliwienia Odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej. Powyższe działania Zamawiającego nakierowane są na utrudnienie korzystania przez Wykonawcę ze środków ochrony prawnej. Bez pełnej wiedzy na temat motywów jakimi kierował się Zamawiający oraz dowodów, na jakich oparł się podejmując decyzję o odrzuceniu oferty, Odwołujący ma ograniczone możliwości obrony swych praw w postępowaniu odwoławczym. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazane w wyrokach z dnia 02 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 73/11, 74/11, 75/11, 76/11, 77/11, 78/11, 83/11, 84/11).

Ponadto podniósł, że Zamawiający zaniechał po wyborze najkorzystniejszej oferty prawidłowego zawiadomienia go o podstawach odrzucenia jego oferty wraz z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zawiadomienie kierowane do wykonawców musi zawierać pełną informację o podstawach podjętych przez zamawiającego czynności, tak aby zapewnić przejrzystość postępowania, ale również umożliwić skuteczne podjęcie obrony przed ewentualnymi negatywnymi dla wykonawcy skutkami decyzji zamawiającego. Prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP., gwarantujące realizację zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 PZP) oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 PZP), determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej (*wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 25 kwietnia 2012 r., KIO 709/12, z 03 kwietnia 2012, KIO 556/12 oraz z 30 kwietnia 2012 r., KIO 749/12*).

Oдноśnie zarzutu odrzucenia jego oferty Zamawiający podał, w informacji z dnia 12 października 2012 roku Zamawiający powiadomił go o niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. Wedle uzasadnienia zawartego we wskazanej informacji podstawą odrzucenia była:

1. niezgodność oferowanej Infrastruktury Techniczno-Systemowej z wymaganiami WYM.OPZ.ITS.OOI, WYM.OPZ.ITS.022, WYM.OPZ.ITS.048 oraz WYM.OPZ.ITS.073 (Zał. nr 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia) w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338 (Zał. nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia);
2. niezgodność oferowanego oprogramowania standardowego z wymaganiami

znajdującymi się w definicjach oprogramowania standardowego znajdujących się w SIWZ (projekt umowy).

Odnośnie pkt 1) Zamawiający wskazał, że "oferta wykonawcy przewiduje implementację wymagań WYM.OPZ.ITS.022 oraz WYM.OPZ.ITS.073 przez oprogramowanie dedykowane, które zgodnie z definicjami w WZP.337 i WZP.338 nie stanowi elementu Infrastruktury Techniczno- Systemowej, jak również nie zawiera oprogramowania standardowego realizującego "w całości wymagania WYM.OPZ.ITS.001 i WYM.OPZ.ITS.048". Na podstawie takiej informacji nie sposób jest ustalić rzeczywiste powody odrzucenia jego oferty. Podniósł, iż nieznanemu mu są podstawy przyjęcia przez Zamawiającego stanowiska, iż oferta CGM przewiduje implementację wymagań WYM.OPZ.ITS.022 oraz WYM.OPZ.ITS.073 przez oprogramowanie dedykowane. Żaden element złożonej oferty nie przypisuje bowiem tych wymogów do oprogramowania dedykowanego. Z kolei w wyjaśnieniach składanych przez Odwołującego w dniu 19 września 2012 roku w sposób wyraźny przyporządkowano wskazane wyżej wymagania do oprogramowania standardowego oferowanego przez Odwołującego. Stwierdził, iż niezrozumiałym są dla niego powody, dla jakich Zamawiający uznał, iż wskazane wyżej funkcje nie zostały zaimplementowane w oferowanym oprogramowaniu standardowym. Zamawiający nie wskazał bowiem żadnego skonkretyzowanego uzasadnienia faktycznego, na podstawie których można byłoby ustalić podstawy twierdzeń Zamawiającego. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący w sposób jednoznaczny przyporządkował bowiem omawiane wymagania do oferowanego oprogramowania standardowego, cytując dodatkowo odpowiednie fragmenty dokumentacji oprogramowania, które odnoszą się do tychże wymogów. W tej sytuacji twierdzenie, iż oferta wykonawcy przewiduje implementację wymogów WYM.OPZ.ITS.022 oraz WYM.OPZ.ITS.073 przez oprogramowanie dedykowane jest całkowicie nieuprawnione i nie zostało poparte żadnymi dowodami. Ponadto niezrozumiałe jest odniesienie się Zamawiającego do „definicji” zawartych w WZP.337 i WZP.338. Wymienione punkty nie zawierają bowiem żadnych definicji (wymienione punkty określają wymagania Specyfikacji Infrastruktury Techniczno- Systemowej dla Platformy PI wraz z usługami związanymi z jej wdrożeniem i eksploatacją).

Ponadto odnośnie pkt 2) informacji o odrzuceniu oferty, gdzie Zamawiający wskazał, że oferowane oprogramowanie standardowe nie ma cech powszechnej dostępności w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej, Odwołujący stwierdził, że tak sformułowane uzasadnienie nie pozwala ustalić przesłanek, na podstawie których Zamawiający przyjął powyższe twierdzenie. Podniósł, że Zamawiający nie definiował w SIWZ pojęcia "powszechnej dostępności w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej". Jest więc to pojęcie ocenne. Weryfikacja przyjętej oceny wymaga jednak określenia kryteriów, do których odnosił się Zamawiający ustalając istnienie lub nieistnienie "cech powszechnej dostępności".

Informacja przekazana Odwołującemu nie zawiera jednak żadnego wskazania podstaw faktycznych na jakich opierał się Zamawiający. W szczególności zaś Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do twierdzeń Odwołującego zawartych w wyjaśnieniach złożonych w dniu 19 września 2012 roku.

Odwołujący zarzucił, iż wśród podstaw odrzucenia oferty Zamawiający wymienił przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. Nie zawarł on jednak w tym zakresie żadnego uzasadnienia faktycznego. Jedynie w części dotyczącej uzasadnienia prawnego stwierdzono, że złożenie oferty „z przedmiotową ceną [tj. ceną rażąco niską] wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji”. Zamawiający nie wskazał okoliczności faktycznych, które stanowiłyby o wypełnieniu wszystkich znamion czynu nieuczciwej konkurencji, którego zresztą bliżej nie sprecyzował. Wskazał, że uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Odnośnie kolejnego zarzutu Odwołujący podał, że Zamawiający stwierdził, jakoby oferowane przez Odwołującego oprogramowanie standardowe „nie ma cech powszechnej dostępności w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej”. Pojęcie oprogramowania standardowego komercyjnego Zamawiający zdefiniował we wzorze umowy oraz w załączniku nr 4 do SIWZ. Zgodnie z definicją zawartą we wzorze umowy jest to oprogramowanie obejmujące cechy: powszechnej dostępności, dostarczania w formie gotowego produktu, dostępności w systemie sprzedaży hurtowej lub detalicznej, dla którego na moment złożenia oferty, istnieje wersja instalacyjna gotowa do wdrożenia produkcyjnego wraz z odpowiadającą jej dokumentacją, spełniające wymagania zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia Rozdział 9.7.”

Odnosząc się do powyższego stwierdził, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wymagań, które nie zostały wcześniej ujęte w SIWZ. Jednocześnie nadmienił, że Zamawiający nie określił żadnych mierników wymaganej „powszechnej dostępności”. Nie opisał w SIWZ, jaki poziom dostępności będzie uważał za „powszechny”, a jaki nie. Kryteriów tych nie określił również przy odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto w wyjaśnieniach z dnia 19 września 2012 roku, Odwołujący w sposób wyraźny odniósł się on do wszystkich warunków definicji oprogramowania standardowego, w tym do wymogów dotyczących powszechnej dostępności oraz dostępności w sieci sprzedaży detalicznej lub hurtowej. Spełnienie tych wymagań zostało więc potwierdzone, a Zamawiający nie wymagał w SIWZ dodatkowych dokumentów na okoliczność udowodnienia omawianych warunków.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP iż złożona przez Odwołującego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że w lakonicznym uzasadnieniu prawnym dotyczącym odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający wskazał jedynie, że złożenie oferty z przedmiotową ceną wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty nie określało jakiego rodzaju czyn nieuczciwej konkurencji miałby zostać popełniony w związku ze złożeniem oferty. Zamawiający nie odniósł się do żadnego z przepisów szczególnych ani do art. 3 uznk. Nie wskazał również okoliczności faktycznych dotyczących znamion jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym zdaniem Odwołującego należy domniemywać, że czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający utożsamia z rzekomym złożeniem oferty przez Odwołującego z ceną rażąco niską. Dlatego też zarzut popełnienia przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji, jest według Odwołującego całkowicie bezzasadny.

Odnośnie zarzutu złożenia oferty z rażąco niską ceną, Odwołujący wskazał między innymi na fakt, że Zamawiający stwierdził, iż cena oferty Odwołującego została "skalkulowana w sposób nierzetelny przez co jest ceną nierealistyczną". Odwołujący w oparciu o otrzymane zawiadomienie stwierdził, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego zakwestionował kalkulację ceny dotyczącej jedynie fragmentu przedmiotu zamówienia, a nie ceny jako całości. Już sam ten fakt, zdaniem Odwołującego przesądza w o wadliwości czynności Zamawiającego w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP. Zamawiający kwestionuje bowiem jedynie wycenę kosztów dostawy ITS nie udowadniając w żaden sposób, iż cena całej oferty jest nierealistyczna.

W dalszej kolejności podniósł, iż ze stanowiska Zamawiającego wynika, że uznał on iż cena ITS w ofercie Odwołującego nie jest rażąco niska. Zamawiający przyjął jedynie, iż wedle jego ocen wycena ITS została dokonana w oparciu o komponenty niezgodne z SIWZ, przy czym owa niezgodność dotyczy parametrów określonych w punktach WYM.OPZ.ITS.00I, WYM.OPZ.ITS.022, WYM.OPZ.ITS.048 oraz WYM.OPZ.ITS.073 (Zał. nr 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia) w kontekście wymagań WZP.337 i WZP.338 (Zał. nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia). Wedle twierdzeń Zamawiającego (niezależnie od niezgodności z SIWZ) to brak funkcjonalności określonych we wskazanych wyżej punktach OPZ pozwolił Odwołującemu uzyskać niski koszt zamówienia. W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego absurdem jest założenie, iż zarzucane niezgodności z SIWZ mogłyby skutkować znaczącym obniżeniem wartości ITS, a tym bardziej ceny oferty. Zamawiający swoje stanowisko oparł na założeniu, iż oferowana ITS jest niezgodna z SIWZ, a mogło spowodować zaniżenie ceny oferty poniżej poziomu gwarantującego zysk odwołującemu na realizacji tego zamówienia. Zamawiający wbrew przepisom ustawy dokonał odrzucenia oferty uznając za rażąco niską cenę w zakresie jedynie niewielkiego fragmentu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo swój zarzut Zamawiający oparł na założeniu, iż oferowana ITS jest

niezgodna z SIWZ, co jest niezgodne z prawdą.

Ponadto podniósł w kolejnym zarzucie, że Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert wykonawców w związku z brakiem spełnienia wymogów określonych w OPZ.ITS.130 i WYM.OPZ.ITS.144 w rozwiązaniach przedstawionych przez Qumak, S&T, ATM, Enigma, Unizeto, Comp i Comarch w kontekście odpowiedzi na pytanie nr 65. Jeśli bowiem, wykonawcy Ci zaoferowali rozwiązanie wykorzystujące oprogramowanie JBoss, Glassfish czy Geronimo, lub ograniczyli oferowaną infrastrukturę techniczną a z najlepszej wiedzy Odwołującego wynika, że tak to dodatkowo podlegają odrzuceniu w związku z brakiem spełnienia wymogów SIWZ w zakresie WYM.OPZ.ITS.006, WYM.OPZ.ITS.008, WYM.OPZ.ITS.009, WYM.OPZ.ITS.016, WYM.OPZ.ITS.017, WYM.OPZ.ITS.018, WYM.OPZ.ITS.019, WYM.OPZ.ITS.021, WYM.OPZ.ITS.023, WYM.OPZ.ITS.029, WYM.OPZ.ITS.030 oraz WYM.OPZ.ITS.130 i WYM,OPZ.ITS.144.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosi iż w swoich wyjaśnieniach wskazał on realizację WYM.OPZ.ITS.022 oraz WYM.OPZ.ITS.073 jako realizowane przez oprogramowania standardowe.

Zdaniem Zamawiającego nie jest to prawdą. W wyjaśnieniach dotyczących tych wymagań Odwołujący stwierdził, że oferowane przez niego oprogramowanie standardowe nie realizuje ww. wymagań, lecz że „możliwe jest w szczególności dostarczenie własnej funkcjonalności przeszukiwania i walidacji certyfikatów X.509”. Dostarczenie „własnej” funkcjonalności w ramach realizacji ITS, zgodnie z definicją oprogramowania dedykowanego oznacza stworzenie w ramach ITS oprogramowania dedykowanego, co jest niezgodne z określeniem zakresu ITS wynikającym z SIWZ (wymaganiami WZP.337 i WZP.338).

W zakresie wymagań WYM.OPZ.ITS.001 i WYM.OPZ.ITS.048 Odwołujący w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że w oferowanym rozwiązaniu „możliwe jest wykorzystanie wbudowanego wsparcia dla definiowania ról, grup, oraz tworzenia użytkowników, a także zarządzania certyfikatami, hasłami oraz kluczami”, który to katalog nie wyczerpuje własności wymaganych w treści wymagań WYM.OPZ.ITS.001 i WYM.OPZ.ITS.048. Zamawiający zaś wymagał realizacji całości ww. wymagań przez oprogramowanie standardowe, co w szczególności w przypadku wymagania WYM.OPZ.ITS.001 dla oprogramowania serwera aplikacyjnego zostało wprost potwierdzone w odpowiedzi na pytanie 35 (zestaw I).

Odnosząc się do kwestii „powszechnej dostępności w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej” Zamawiający zwrócił uwagę, że cechy oprogramowania standardowego komercyjnego wskazane w definicji zgodnie z jej treścią nie mają charakteru alternatywnego (tj. że oprogramowanie być „powszechnie dostępne” lub „dostępne w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej”) lecz powinny być spełnione łącznie aby można było uznać konkretne oprogramowanie za standardowe. Łącznie spełnienie cechy „powszechnej

dostępności” i „dostępności w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej” jest zatem równoważne „powszechnej dostępności w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej”.

Odnosząc się do braku powszechnej dostępności oferowanego oprogramowania Zamawiający wyjaśnił, że jakkolwiek by nie definiować precyzyjnych granic pojęcia „powszechności”, w ocenie Zamawiającego nie można mówić o powszechnej dostępności na rynku narzędzi informatycznych produktu, o którego istnieniu i nawet podstawowych własnościach brak jest jakiegokolwiek publicznie dostępnej informacji.

W szczególności o istnieniu produktu, możliwości jego zakupu, szkoleniach, czy usługach związanych z oferowanym produktem przez Odwołującego dla realizacji większości wymagań ITS w zakresie szyny usług i środowiska aplikacyjnego nie ma słowa na stronach Internetowych producenta jak również wskazanych w wyjaśnieniach odwołującego partnerów (Zamawiający dysponuje dokumentacją badania zawartości stron Internetowych producenta i partnerów).

Cecha powszechnej dostępności jest szczególnie istotna z punktu widzenia Zamawiającego będącego instytucją publiczną gdyż, jej konsekwencją jest większa konkurencyjność rynku usług związanych z produktem, który w sytuacji powszechnej dostępności może być wdrażany przez klientów z wykorzystaniem dowolnych zasobów (ludzkich) nie koniecznie związanych w jakikolwiek sposób z producentem oprogramowania. Dzięki powszechnej dostępności produktu i wiedzy o nim usługi budowy i rozwoju systemów wykorzystujących produkt mogą być kupowane w przyszłości na bardziej konkurencyjnych zasadach, przez co będą tańsze i lepsze. Jak wynika z wiedzy Zamawiającego jest to produkt oferowany wybranym klientom wyłącznie wraz z implementacją przez producenta lub jego partnerów większego rozwiązania. Dokumentacja produktu pozwalająca poznać szczegóły umożliwiające samodzielny rozwój systemów bazujących na wykorzystaniu produktu nie jest publicznie dostępna, możliwa do uzyskania dopiero po wdrożeniu rozwiązania i objęta zakazem udostępniania osobom trzecim.

Natomiast odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących uznania ceny oferty CGM za rażąco niską to Zamawiający podał, że w toku realizacji postępowania Zamawiający stwierdził, iż pełna cena za przedmiot zamówienia przedstawiona przez wykonawcę stanowiła jedynie 58% szacowanej wartości postępowania, tj. 30 875 000,00 zł netto w ofercie do 53 435 240,00 zł netto szacowanej wartości. Z tego powodu Zamawiający podjął wątpliwość co do rzetelności złożonej oferty i toku badania i oceny ofert zwrócił się do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia o przedstawienie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Niektóre spośród wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego wskazywały, że cena zaoferowana przez niego jest tak niska z powodu przyjęcia określonej koncepcji (sposobu) realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający na podstawie oferty oraz z udzielonych

wyjaśnień stwierdził niezgodność planowanych do wykorzystania przez niego elementów Infrastruktury Techniczno-Systemowej z wymaganiami określonymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający przy ocenie ofert, stwierdził, że przedstawiony przez Wykonawcę sposób realizacji zamówienia odbiega od wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie odrzucenia takiej oferty, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz według Zamawiającego przyjęcie takiej koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia pozwoliło na uzyskanie przez niego niskiego kosztu Zamówienia (rażąco niska cena) - 58% szacowanej wartości Zamówienia.

Zamawiający wskazał, że fakt znacznego obniżenia kosztu ITS przez Wykonawcę - 9 375 000,00 zł netto z Oferty do 27 357 440,00 zł z szacowania Zamówienia, został przytoczony w opinii dotyczącej rażąco niskiej na uzasadnienie tego działania jako najistotniejszy element zniżenia całości ceny realizacji przedmiotu zamówienia. Obniżenie kosztów wykonawcy w tym elemencie oferty wynosi według wyliczeń Zamawiającego, aż 17 982 440,00 zł netto co stanowi 34% kosztów całości szacowania Zamawiającego.

Wskazał, że uwzględniając powyższe zniżenie, wycena oferty Wykonawcy jest zniżona o dalsze 8% na jej pozostałych elementach – to jest zniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia o kolejne 4 274 819,20 zł netto. W wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę wskazał on planowany zysk dla tak skalkulowanej oferty na ok. 2 806 000 zł netto. Oznacza to zdaniem Zamawiającego, że kompensując wskazany zysk na pokrycie zniżonej ceny Wykonawcy brakuje nadal ok. 1 468 820,00 zł netto na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Według Zamawiającego potwierdzenie przez wykonawcę w wyjaśnieniach, że zamierza on realizować Zamówienie niezgodnie z wymaganiami SIWZ, może przesądzać jednocześnie o fakcie zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, gdyż cena zaoferowana przez niego uniemożliwi wykonanie zamówienia w należyty sposób i która to cena wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: kopii dokumentacji postępowania, protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwań Zamawiającego skierowane do Odwołujących do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz niezgodności treści ofert z SIWZ, wyjaśnień Odwołujących złożonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, zawiadomień

Zamawiającego o odrzuceniu ofert, treści odwołań, odpowiedzi na odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, i stanowiska Stron i Przystępujących złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że zarówno Odwołujący wnoszący przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu tego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie można wykluczyć sytuacji, iż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby danemu Odwołującemu realizowanie przedmiotowego zamówienia.

Również Przystępujący zgłaszając przystąpienia do postępowań odwoławczych wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłaszali przystąpienia. Izba stwierdziła, że żadna ze stron nie zgłosiła opozycji co do interesu przystępujących w przystąpieniu do wskazanej w zgłoszeniu strony postępowania odwoławczego.

Wskazać należy na wstępie, że Zamawiający poddał w wątpliwość posiadanie przez odwołujących interesu we wnoszeniu odwołań. W tym zakresie stwierdził, iż wątpliwym wydaje się wykazanie przez Odwołujących (poza odw. COMP SA) interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż żaden z wykonawców (za wyjątkiem COMP SA) nie wykazał w sposób jednoznaczny ile punktów powinna była uzyskać jego oferta, a tym samym wykazał, że to właśnie jego oferta, gdyby nie jej odrzucenie, byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Tym samym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań złożonych przez:

- 1) ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Comarch Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 3) Compugroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,
- 4) Qumak-Sekom z siedzibą w Warszawie
- 5) S&T Services Polska Sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 6) Unizeto Technologies SA z siedzibą w Szczecinie,

- z uwagi na wątpliwy interes tychże Odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto wskazał, że przy założeniu poprawności oceny oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto Technologies, która to oferta w kryterium „sposób realizacji przedmiotu zamówienia” otrzymała 30 pkt. można przyjąć, że bez dokonywania oceny merytorycznej złożonych ofert, a biorąc pod uwagę tylko i wyłącznie kryterium „cena brutto oferty”, jedynie wykonawca Qumak-Sekom z ceną 23.715.384,00 PLN ma hipotetyczne szanse na

uzyskanie zamówienia (bowiem przy założeniu, że w kryterium „cena brutto oferty” uzyskuje 70 pkt, wyprzedza ofertę złożoną przez Unizeto Technologies o niecałe 7 pkt.). Jednakże nawet wykonawca Qumak-Sekom nie pokusił się na takie obliczenia i wykazanie własnego interesu. Dodał, że przy takiej samej metodzie liczenia oraz założeniach matematycznych, oferta żadnego z pozostałych odwołujących się Wykonawców nie jest korzystniejsza od oferty złożonej przez Unizeto Technologies, co potwierdza brak interesu pozostałych Odwołujących.

Ponadto Zamawiający oddzielnie odniósł się do posiadania przez wykonawcę Unizeto Technologies S.A. interesu do wniesienia odwołania celem kwestionowania wykonawców którzy w kwalifikacji ofert zajęli dalsze miejsca lub ich oferty zostały odrzucone.

Stwierdzając, że być może wykonawca Unizeto ma interes we wniesieniu odwołania to jednak w żadnym przypadku nie można stwierdzić, a Odwołujący tego nie wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku czynności Zamawiającego.

Wskazał, że zdaniem Zamawiającego, *„Odwołujący nie spełnia łącznie obu przesłanek wymienionych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z czym jego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp., czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie”*

Przywołał również tezę z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) , z którego wynika, iż szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów Pzp., Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP1510/10.) Odnosząc się do tego stanowiska podniósł iż to właśnie oferta Odwołującego Unizeto została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Nadto zaznaczył, że zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym nawet w sytuacji przyznania racji argumentacji Odwołującego jego oferta dalej byłaby

najkorzystniejsza, więc ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert nie wpłynęłoby na wybór najkorzystniejszej oferty.

Izba odnosząc się stanowiska Zamawiającego oraz Odwołujących – poza wykonawcą Unizeto - stwierdza, że w sytuacji, kiedy odwołania złożyli wszyscy wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, brak było możliwości jednoznacznego ustalenia, czy na etapie wnoszenia przedmiotowych odwołań wykonawcy Ci nie mogli liczyć się z faktem, że ich oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Za takim stanowiskiem przemawiał również fakt, że zostały podniesione w odwołaniach tych wykonawców zarzuty co do oferty wybranej oraz sklasyfikowanej na drugim miejscu oferty COMP SA. Ponadto wykonawcy zostali dopuszczeniu do postępowań w charakterze przystępujących co umożliwiało im skuteczne popieranie podnoszonych zarzutów, wobec ofert wybranych jak i ofert potencjalnych konkurentów. W przypadku uwzględnienia odwołania i dokonanego przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert pozycja oferty każdego z Odwołujących mogła ulec zmianie. Dlatego też Izba uznała, że wykonawcy Ci posiadali interes /oceny na dzień wnoszenia odwołania/ we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Szerszego odniesienia Izby wymaga fakt złożenia odwołania przez wykonawcę Unizeto, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. Na wstępie rozważań w tym zakresie wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza jest zobowiązana z urzędu w przypadku każdego odwołania, zważyć w pierwszym rzędzie, czy Odwołujący spełnia przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiające merytoryczne rozpoznanie odwołania. Przywołany przepis stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Co do zasady zgodzić się należy z linią orzecniczą Izby wskazywaną zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawców przystępujących po jego stronie, iż składanie odwołania w stosunku do ofert i wykonawców zajmujących niższą pozycję w rankingu należy uważać za zbędne.

W przypadku dokonania ponownej oceny ofert, jeśli oferta tego wykonawcy ulegnie pogorszeniu to takiemu wykonawcy będzie przysługiwać prawo wniesienia odwołania i termin na zakwestionowanie czynności Zamawiającego będzie liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp, tj. od przesłania informacji o nowej czynności/zaniechaniu czynności, przez Zamawiającego. Inne podejście do tej kwestii powodowałoby sytuację, że wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, albo zajmuje wyższą pozycję od innych ofert byłby „zobowiązany” do wdawania się w postępowania odwoławcze, wobec wykonawców których oferty zostały niżej sklasyfikowane,

Często dotyczyłoby to wielu podmiotów, niezasadnie angażując środki finansowe i czas takiego wykonawcy jak i przedłużając samo postępowanie o udzielenie zamówienia.

Tym samym zdaniem Izby, odwołanie wykonawcy którego sytuacja w wyniku kolejnej oceny ofert przez Zamawiającego uległaby pogorszeniu nie będzie mogło być uznane za spóźnione i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto należy wskazać, że aby nastąpiło spełnienie warunków wskazanych w art. 179 ust.1 ustawy Pzp to wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez Zamawiającego. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom Pzp.

W ocenie Izby badanie interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej, jak i możliwości poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Jest to podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej.

Przenosząc te rozważania na grunt oceny możliwości wniesienia przez wykonawcę Unizeto odwołania, stwierdzić należy, że pomimo faktu iż oferta ta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, to jednak taka pozycja tej oferty na liście rankingowej jest wynikiem tego, że oferty innych wykonawców których np. ceny są zdecydowanie niższe, zostały odrzucone przez czynność Zamawiającego, której zasadność jest kwestionowana w zarzutach odwołania.

Dokonując nawet pobieżnej analizy ofert i zaoferowanej w nich ceny i sposobu realizacji zamówienia można stwierdzić, że wykonawca Unizeto wobec zaoferowania najwyższej ceny za realizację zamówienia (waga 70%) z pośród 8 złożonych ofert i możliwości otrzymania maksymalnie 29 pkt w kryterium sposób realizacji zamówienia (waga 30%), zajmuje dalsze miejsce na liście rankingowej wykonawców. Tym samym w okolicznościach sprawy potwierdzenie się zarzutów złożonych w pozostałych sześciu odwołaniach miałyby decydujący wpływ na możliwość uzyskania przez Odwołującego Unizeto przedmiotowego zamówienia.

Dlatego też Izba biorąc pod uwagę fakt, że ocena spełniania wymogu z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp winna być dokonana w konkretnych okolicznościach sporu wskazanych w odwołaniu, Izba uznała, że Odwołujący Unizeto spełnia warunki z ww. przepisu, a możliwość poniesienia szkody materializuje się i tym samym wniesione odwołanie winno podlegać rozpoznaniu.

Podkreślenia wymaga fakt, że inaczej dla oceny spełniania wymogów z art. 179 ust.1 Pzp byłaby oceniona sytuacja gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a wybrany wykonawca zaoferował najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie w stosunku do ofert odrzuconych nie została dokonana przez Zamawiającego ocena punktowa w zakresie kryterium „sposób realizacji przedmiotu zamówienia”. Tym samym na etapie rozpatrywania odwołań nie było potwierdzone przez Zamawiającego jaką liczbę punktów otrzymałby każdy z wykonawców, co umożliwiłoby dokładne wskazanie pozycji danej oferty, na liście rankingowej. Oczywiście Zamawiający w sytuacji odrzucenia oferty nie miał obowiązku takich wyliczeń dokonywać.

Z powyższą kwestią wiąże się również wniosek Zamawiającego który wnosił o oddalenie odwołań wskazując, że przy założeniu poprawności oceny oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto Technologies, która to oferta w kryterium „sposób realizacji przedmiotu zamówienia” otrzymała 30 pkt. można przyjąć, że bez dokonywania oceny merytorycznej złożonych ofert jedynie wykonawca Qumak-Sekom z zaoferowaną ceną ma hipotetyczne szanse na uzyskanie zamówienia. Tym samym uznał, że odwołania wykonawców, których oferty zostały odrzucone winny być oddalone w oparciu o treść przepisu art. 192 ust 2 gdyż przy takiej samej metodzie liczenia oraz założeniach matematycznych, oferta żadnego z pozostałych odwołujących się wykonawców nie jest korzystniejsza od oferty złożonej przez Unizeto Technologies, co potwierdza brak interesu pozostałych Odwołujących.

W tym zakresie Izba stwierdza, że Zamawiający być może miałby rację, ale takich wyliczeń ww. nie dokonał, więc Izba nie mogła w takiej sytuacji ustalić braku wpływu ewentualnego uwzględnienia zarzutów odwołania na wynik.

Rolą Izby jest ocena prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego dokonanej oceny ofert, a nie dokonywania tej oceny w miejsce Zamawiającego. Brak było również zarzutu w tym zakresie.

W niniejszym postępowaniu do postępowań odwoławczych skutecznie przystąpili następujący wykonawcy :

1. Odwołanie złożone przez ATM Systemy Informatyczne S.A. z udziałem Przystępujących:
 - 1) Po stronie Odwołującego
(Nikt nie przystąpił po stronie Odwołującego);
 - 2) Po stronie Zamawiającego:
 - a) Comarch Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Comp S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - c) Compugroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,
 - d) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - e) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie.
2. Odwołanie złożone przez Comarch Polska S.A. z udziałem Przystępujących:

- 1) Po stronie Odwołującego:
 - a) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) Po stronie Zamawiającego:
 - a) Comp S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - c) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie.
3. Odwołanie złożone przez Comp S.A. z udziałem Przystępujących:
 - 1) Po stronie Odwołującego:
 - a) Oumak-Sekom z siedzibą w Warszawie;
 - 2) Po stronie Zamawiającego:
 - a) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie.
4. Odwołanie złożone przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z udziałem Przystępujących:
 - 1) Po stronie Odwołującego:

(żaden z Wykonawców nie przystąpił po stronie Odwołującego);
 - 2) Po stronie Zamawiającego:
 - a) ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Comarch Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - c) Comp S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - d) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
5. Odwołanie złożone przez Qumak-Sekom S.A. (zwane w treści „Qumak-Sekom”) z udziałem Przystępujących
 - 1) Po stronie Odwołującego:

(żaden z Wykonawców nie przystąpił po stronie Odwołującego);
 - 2) Po stronie Zamawiającego:
 - a) ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Comarch Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - c) Comp S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - d) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - e) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - f) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie.
6. Odwołanie złożone przez S&T Services Polska Sp. z o.o. (zwane w treści „S&T’) z udziałem Przystępujących
 - 1) Po stronie Odwołującego:

(żaden z Wykonawców nie przystąpił po stronie Odwołującego);

- 2) Po stronie Zamawiającego:
 - a) ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Comarch Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- V.
 - c) Comp S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - d) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - e) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie.
7. Odwołanie złożone przez Unizeto Technologies S.A. (zwane w treści „Unizeto”) z udziałem Przystępujących
 - 1) Po stronie Odwołującego:
 - a) Compugroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,
 - b) S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
 - 2) Po stronie Zamawiającego:
 - a) Comp S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - b) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wskazać należy, iż Izba uznała, że pomimo połączenia odwołań do ich łącznego rozpoznania, to jednak ze względu na fakt, że zarzuty poniesione w poszczególnych odwołaniach wymagały indywidualnej oceny w stosunku do każdego z wykonawców, to winny one rozpatrywane przez Izbę oddzielnie.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów z poszczególnych odwołań, Izba postanowiła dokonać łącznego merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących odrzucenia odwołań wykonawców S&T, ATM SI, ComuGrup Medical, QumakSekom z powodu zaferowania w ofercie rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Na wstępie należy wskazać, że Zamawiający dokonując odrzucenia ofert ww. wykonawców z powodu rażąco niskiej ceny oferty wskazał iż, kluczowym i podstawowym powodem i przyczyną odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp był fakt, że w świetle złożonych przez wykonawców wyjaśnień, wykonawcy - w ocenie Zamawiającego - nie są w stanie w zaferowanej cenie ryczałtowej za całość przedmiotu zamówienia, zrealizować tegoż zamówienia w należyty sposób (w szczególności zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ).

Decydującym powodem takiej decyzji Zamawiającego była nierealność - w ocenie Zamawiającego - wykonania przedmiotu zamówienia za zaferowaną cenę, co w świetle przepisów o finansach publicznych, wydatkowanie środków publicznych w sposób nieracjonalny, może stanowić podstawę do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający - według złożonych odpowiedzi na odwołania, pism procesowych oraz stanowisk prezentowanych na rozprawie, oparł swoją decyzję o odrzuceniu ofert w oparciu to

iż zaoferowana cena za całość przedmiotu Zamówienia jest znacząco niższa niż szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia, tj.

dla Qumak-Sekom - stanowi 36% szacowanej wartości Zamówienia,

dla ATM SI- stanowi 50% szacowanej wartości Zamówienia,

dla CGM - stanowi 58% szacowanej wartości Zamówienia,

dla S&T - stanowi 46% szacowanej wartości Zamówienia

Zamawiający, na podstawie powyższych informacji, powziął wątpliwość co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną ceną. Celem wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie zwrócił się do wykonawców, co do których zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny, o złożenie wyjaśnień.

Celem pytań Zamawiającego- jak wskazał, było zbadanie rzetelności kalkulacji ceny i upewnienie się, że wykonawcy w zaoferowanej cenie będą w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w sposób należyty. Zamawiający w wezwaniu zawarł szereg pytań, których celem było umożliwienie mu zapoznanie się z założoną przez Wykonawców strukturą kosztową Projektu. Pytania Zamawiającego odnosiły się do kosztów realizacji usług (w szczególności w kontekście poszczególnych zadań wykonawcy określonych w Załączniku nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz kosztów realizacji dostaw elementów ITS (sprzętu i oprogramowania standardowego). Łącznie pokrywały wszystkie istotne elementy przedmiotu zamówienia. Oprócz samych kosztów Zamawiający pytał również o założone rezerwy (np. na ryzyko wystąpienia poniesienia dodatkowych kosztów) oraz zysk wykonawcy na projekcie.

W uzasadnieniu wystąpienia o tak szczegółowe wyjaśnienia stwierdził, że Zamawiający z mocy ustawy jest uprawniony do zwrócenia się o wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na jej cenę w każdym przypadku gdy powźmie wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania zamówienia przez danego wykonawcę za cenę wskazaną w ofercie.

Odnosząc się do złożonych przez wykonawców wyjaśnień stwierdził, że wyjaśnienia te potwierdziły jego obawy dotyczące niewłaściwej kalkulacji ceny przez wezwanych wykonawców.

Na poziomie ogólnym, w przypadku wszystkich czterech ofert uzyskane informacje o strukturze kosztowej projektu pokazały że wykonawcy skalkulowali swoje ceny zakładając wykorzystania zasobów ludzkich w ilości zdecydowanie zaniżonej względem przedmiotu zamówienia. Ponadto wykonawcy skalkulowali swoje ceny ofertowe zakładając dostarczenie ITS zbudowanej niezgodnie z wymaganiami SIWZ, która w ocenie Zamawiającego jest kilkukrotnie tańsza niż powinna być, gdyby uwzględniała wymagania SIWZ.

Nadto dodał, że ujawnione w wyjaśnieniach wykonawców marże i rezerwy stanowią niewielki procent wartości oferty i w żadnym wypadku nie pozwalają na kilkukrotne zwiększenie zaangażowanych zasobów ludzkich lub poniesienie kilkukrotnie większych

kosztów budowy ITS. Oznaczało to, że wykonawcy nie będą w stanie w zaoferowanych cenach ofertowych, wykonać przedmiotu Zamówienia z należytą starannością i zgodnie z wymaganiami SIWZ, nawet jeśli uruchomią założone w budżetach projektów rezerwy i zrezygnują całkowicie z marży/zysku/.

Takie ustalenia bez względu na wartość oferty sprowadzają się zdaniem Odwołującego do tezy, że oferty ww. zawierają cenę niewspółmierną - rażąco niską - do przedmiotu zamówienia i tym samym ryzyko prawidłowego wykonania umowy jest bardzo wysokie.

Przypomnieć należy, zdaniem Izby, że we wcześniejszych pismach procesowych stanowiących odpowiedź Zamawiającego na poszczególne odwołania, Zamawiający jako powód odrzucenia ofert z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny wskazywał między innymi na fakt:

- że domniemanie rażąco niskiej ceny została podjęta w zakresie wyznaczania ITS w oparciu o założenia niezgodne z OPZ.
- wyjaśnienia wykonawców z których pośrednio wynika, że zamierzają realizować zamówienie niezgodnie z wymaganiami SIWZ, może przesadzać jednocześnie o fakcie zaoferowania przez nich rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia,
- cena zaoferowana przez Wykonawców jest tak niska z powodu przyjęcia określonej koncepcji (sposobu) realizacji przedmiotu zamówienia powodującej niezgodność elementów Infrastruktury Techniczno -Systemowej z wymaganiami określonymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia,
- w ocenie Zamawiającego, rynkowa cena produktów spełniających wszystkie jego wymagania w zakresie ITS jest istotnie wyższa niż tą którą zaoferowali Odwołujący,

Natomiast Odwołujący najczęściej podnosili zarzuty w zakresie uznania ich ofert za złożonych z rażąco niską ceną zarzuty iż:

- Zamawiający nie wykazał w treści informacji o odrzuceniu, żadnej okoliczności, która dyskredytowałaby złożone wyjaśnienia. Nie udowodnił, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające.
- uznanie zaoferowanej ceny za rażąco niską została dokonana wybiórczo na podstawie tych pozycji, które odbiegają *in minus* od uznaniowych szacunków Zamawiającego, nie biorąc pod uwagę tych elementów, których szacunki są wyższe od planowanych,
- zaoferowane przez nich ceny są porównywalne z cenami innych ofert co wskazywałoby na rynkowy charakter ceny oferty,
- Zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazał, iż wynagrodzenie wyliczone przez Oferentów jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a więc wykonawcy mieli całkowitą swobodę sposobu kalkulacji ceny.

Na wstępie oceny podniesionych zarzutów Izba uważa za zasadne odniesienie się do kwestii rażąco niskiej ceny, w aspekcie ww. charakterystycznych stanowisk Odwoływających i Zamawiającego.

Przepisy P.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Również tego pojęcia nie definiują dyrektywy unijne. Wskazuje to na brak jednoznacznie ustalonych reguł w oparciu o które można by ustalać fakt zaistnienia w ofercie ceny rażąco niskiej, jak i wykazywać, że zaoferowana cena jest ceną realną.

Brak takich uregulowań wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Dlatego też każdy tego typu przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (podobnie: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Zdaniem Izby użycie określenia w ustawie Pzp - „cena rażąca”, nie wydaje się najbardziej trafne, gdyż chodzi tutaj nie o wykazanie dysproporcji w cenach ofert, ale o wykazanie w rzeczywistości czy zaoferowana cena pokrywa koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Według słownika wyrazów bliskoznacznych określenie „rażący” należy odczytywać jako „oczywisty, uderzający, bezsporny, wielki, niewątpliwy, znaczący, wyraźny, niewiarygodny”. Natomiast intencją ustawodawcy było wskazanie, że za rażąco niską cenę należy uznawać taką cenę która nie gwarantuje wykonawcy pokrycia kosztów wykonania danego zamówienia. Dla zaistnienia tego faktu nie jest istotne czy ten brak środków na realizację zamówienia będzie „rażący” np. wynoszący kilkadziesiąt procent, czy też będzie wynosił np. jeden procent, a więc stosunkowo niewielki.

Podobnie do tej kwestii odniósł się SO w Krakowie w wyroku XII Ga 88/09 gdzie stwierdził iż „pojęcie ceny „rażąco niskiej” pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak „wyraźna” czy „bardzo duża” różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo:

- odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku,
- zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu;
- niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych czyli ,że żaden podmiot gospodarczy funkcjonujący na rynku nie byłby bowiem w stanie wykonać zakresu zamówienia za taką cenę”.

Tym samym pojęcie iż zaoferowana w ofercie cena może być rażąco niska jest określeniem subiektywnym, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i orzecznictwo nie wskazuje określonej różnicy procentowej, czy metody przy zastosowaniu której można by uznawać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną - wyrok KIO 2679/11.

Ponadto wskazać należy, że w myśl powyższych ustaleń, taka sama wysokość ceny w ofertach, u jednego wykonawcy może nie pokrywać kosztów wykonania zamówienia, a u innego zapewniać mu nawet godziwy zysk, na realizacji tego zamówienia.

Prowadzi to do wniosku, że cena oferty wykonawcy pomimo, iż jest zbliżona lub podobna do cen ofert innych wykonawców, może być uznana za rażąco niska, jeżeli po stronie tego wykonawcy brak jest przesłanek, które uzasadniałyby jej skalkulowanie na takim niskim poziomie. Tym samym ocena czy zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską wymaga indywidualnej oceny każdego z oferentów, biorąc pod uwagę zarówno obiektywne przesłanki funkcjonowania podmiotów z danej branży na rynku, jak i indywidualne koszty funkcjonowania danego podmiotu.

Natomiast problem dowodowy w tym zakresie skupia się przede wszystkim na właściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że poniesione na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, a wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie jakąś kwotę zysku. Chociaż jak zauważa się często w doktrynie, brak osiągnięcia zysku wykonawcy na wykonaniu zamówienia nie może być podstawą do uznania takiej ceny za rażąco niską, gdyż mimo tego gwarantuje wykonanie samego zamówienia. Tym samym kwestia osiągnięcia zysku przez wykonawcę jest dla możliwości wykonania zamówienia sprawą drugorzędną.

Podnieść również należy, że Zamawiający u którego powstała wątpliwość czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena oferty wystarczy na pokrycie wszystkich kosztów realizacji danego zamówienia jest zobowiązany do wystąpienia do takiego wykonawcy o udzielenie stosownych w tym zakresie wyjaśnień. Ustawodawca nie określił przesłanek które mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny, jak również nie wskazał jak daleko Zamawiający może wkraczać w treść oferty, żądając wyjaśnień wykonawcy. Tym samym należy stwierdzić, że ustawodawca pozostawił w tym zakresie swobodę Zamawiającemu.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r sygn. Akt V Ga 122/10 należy wskazać, że wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytanie do wykonawcy powinno, wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tak więc wykonawca aby te wątpliwości rozwiązać musi wiedzieć, które to elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Natomiast gdy Zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie kwestii co do których domaga się

wyjaśnień i do których wykonawca ma się odnieść, a podnosi jedynie iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej przez niego wartości zamówienia, to przy tak ogólnikowym sformułowaniu wezwania brak jest podstawy do domagania się by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia. Zamawiający nie może stawiać wykonawcę w sytuacji aby ten sam domyślał się które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował.

Ponadto brak wskazania w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, jakie pozycje kalkulacji ceny oferty wymagają według Zamawiającego wyjaśnień nie mogą być uznane za obowiązek wykonawcy do szczegółowego odniesienia się i udzielenia wyjaśnień, co do całości oferty. Tym samym brak szczegółowego odniesienia się wykonawcy do kwestii nie będących objętych pytaniami Zamawiającego nie może prowadzić do uznania, że złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, gdyż udzielone wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe.

W podobnym duchu wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości (**ETS**) w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt. C-599/10) w sprawie wniosku o interpretację art. 2 (zasada równości), art. 51 (wezwanie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów) i art. 55 (wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) dyrektywy 2004/18/WE.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny ETS orzekł, że *„zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by **dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert**, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 46–49)”. Ponadto stwierdził iż dla wykazania „że oferta wykonawcy „jest poważna, to instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”.*

Tym samym zasadne jest stwierdzenie iż niezależnie od formy wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, Zamawiający ma nie tylko prawo, ale obowiązek dokładnego sprecyzowania w wezwaniu które elementy wyceny oferty wzbudziły jego wątpliwość, wskazując tym samym wykonawcy zakres elementów treści oferty które podlegają wyjaśnieniu.

Wobec powyższego zasadnym, zdaniem Izby jest stwierdzenie, że Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy wyjaśnień co do powodów takiej wyceny elementów oferty, o które wprost w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, zapytał .

Stwierdzić należy, że Zamawiający niezależnie od przyjętej formy wynagrodzenia za wykonanie zamówienia ma prawo i obowiązek dokonywać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty i tym samym ma prawo oczekiwać wyjaśnień w tym zakresie od wezwanego wykonawcy, chyba że co innego wynika z SIWZ.

Zasadne w tym zakresie jest przywołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Częstochowie, który w wyroku o sygn. akt: VI Ca 464/05 stwierdził, że *„Oczywistym jest jednak, iż, aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów na nią się składających. (.....) Zamawiający ustalając, czy zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony, musi odnieść się treści złożonych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień, a tym samym do podanych w nich składników cenotwórczych. Bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesadzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny rzeczywiście należy odnosić tylko do ceny całkowitej. Jednak „analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace” bowiem „każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie”.*

Istotnym jest jeszcze wskazanie, że ocenie Zamawiającego jak również KIO i sądu podlegają tylko te wyjaśnienia które zostały złożone przez wykonawcę we wskazanym w wezwaniu terminie. Tym samym brak jest możliwości skutecznego wykazywania iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską poprzez składanie dokumentów i wyjaśnień w tym przedmiocie, dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 09.04.2010 r. stwierdził iż: *„W ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego” (Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1299/09).*

Z dalszej części uzasadnienia wyroku Sądu należy wywieść, że w tym zakresie nie znajduje zastosowania przepis art. 188 ust.1 (obecnie art. 190 ust.1) ustawy Pzp z którego wynika, że *„dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”*, gdyż w tym zakresie przepis ten nie ma zastosowania

Odnosząc się do podnoszonych przez Odwołujących zarzutów iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia, jest wynagrodzeniem ryczałtowym i tym samym biorąc pod uwagę istotę takiego wynagrodzenia wykonawcy mają całkowitą swobodę sposobu kalkulacji ceny, wskazać należy, że takie prawo wykonawców nie jest kwestionowane ani przez Izbę ani jak się wydaje przez Zamawiającego. Jednakże przyjęty charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia nie uchybia prawu Zamawiającego do oczekiwania od wezwanych wykonawców, wyjaśnień w tym zakresie. Za wyrokiem SO w Warszawie z 05.01.2007 r., V Ca 2214/06 należy stwierdzić, że *„Podmiot ubiegający się*

o udzielenie zamówienia, jeżeli chce ustrzec się przed odrzuceniem złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązany jest do złożenia wyjaśnień na żądanie zamawiającego”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowych odwołań, to należy podnieść, że Odwołujący Qumak-Sekom SA w odwołaniu w zakresie żądania Zamawiającego podania podstaw zaoferowania takiej ceny w ofercie podnosił, iż Zamawiający jest uprawniony do skierowanie pytania do wykonawcy jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena całej oferty. Tym samym, jego zdaniem, nie było uzasadnione zwracanie się o podanie zasad kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, gdyż taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska.

Mimo prezentowania takiego stanowiska w odwołaniu, to na rozprawie i w piśmie procesowym złożonym na rozprawie, Odwołujący w sposób szeroki i szczegółowy wykazywał, że zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niska i jest porównywalna cenowo w zakresie ceny usług z innymi ofertami, a w szczególności z oferta uznaną przez Zamawiającego jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zdaniem Izby stwierdzić należy, że pomimo iż te dodatkowe wyjaśnienia rzucają trochę inne światło na zasadność kalkulacji ceny przez tegoż Odwołującego, to jednak nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Izbę. Za przywołanym powyżej wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga, oraz wyrokami KIO o sygn. KIO 2604/10 i KIO 1515/11 należy stwierdzić, że *„rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończoną już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny”.*

Pozostali wykonawcy których oferty zostały również odrzucone z powodu uznania przez Zamawiającego iż zawierały rażąco niską cenę, podtrzymali swoje wyjaśnienia złożone Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie stwierdzając, że stanowiska Zamawiającego w tym zakresie opierało się na błędnej ich zdaniem interpretacji przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego o potrzebie odrzucenia ofert ww. wykonawców, Izba uznała za zasadne dokonanie oceny prawidłowości stanowiska Zamawiającego, biorąc pod uwagę przesłanki którymi kierował się Zamawiający dokonując ustaleń w tym zakresie.

Z dokonanych ustaleń wynika iż powodem uznania ceny ofert ww. wykonawców za rażąco niską był wg. Zamawiającego fakt zaoferowania przez tych wykonawców wykonania przedmiotu zamówienia niezgodnie z zasadami określonymi w postanowieniach SIWZ. Jego zdaniem rynkowa cena produktów spełniających wszystkie wymagania SIWZ jest

zdecydowanie wyższa od ceny przedstawionej przez wykonawców. Ponadto uznał, że zamiar realizacji zamówienia niezgodnie z wymaganiami SIWZ, „**może przesądzać**” o fakcie zaferowania przez nich rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w sytuacji kiedy Zamawiający stwierdza, że zaferowany w ofercie sposób wykonania przedmiotu zamówienia powodujący niezgodność zaferowanego świadczenia z przedmiotem zamawianym - opisanym w SIWZ, to Zamawiający nie może dokonywać oceny takiej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, gdyż dokonywałby wyceny czegoś co nie jest przedmiotem tego zamówienia.

Stwierdzić należy ponadto, że Zamawiający nie może *domniemywać* wielkości kosztu który dla tego wykonawcy byłby właściwy gdyby ten zaferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z metodą i wymaganiami wskazanymi w SIWZ.

Ponadto nie wydaje się zasadne i dopuszczalne w trybie przepisu art. 90 ust. 2 Pzp, aby Zamawiający po dokonaniu ustalenia które zaferowane oprogramowanie może być użyte do realizacji tego zamówienia, dobierał dla wyceny oferty niezaferowane w ofercie oprogramowanie, według niego właściwe i dokonywał jego wyceny.

Z przedstawionym poglądem Izby w zakresie braku możliwości rozstrzygnięcia tego zarzutu w ustalonym stanie faktycznym wydaje się zgadzać sam Zamawiający który na str 12 pisma procesowego dot. wniosków końcowych stwierdził iż *”Należy wyraźnie podkreślić, że Zamawiający zobligowany jest o oceny, czy zaferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (opisanego w OPZ), a nie przedmiotu oferty (niezgodnej z OPZ).* Natomiast nie można zgodzić się ze stwierdzeniem zawartym w tym samym akapicie iż *„zamiar realizowania zamówienia niezgodnie z wymaganiami SIWZ, przesądza w istocie o fakcie zaferowania rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia”.*

Na dowód iż tak Zamawiający dokonywał ustalenia, właściwej lub niewłaściwej/rażącej/ ceny oferty, wynika z treści odpowiedzi na odwołanie gdzie Zamawiający wskazał, że *„ustalenia dotyczące rażąco niskiej ceny zostały pozyskane w sposób analogiczny jak opracowany został szacowany koszt zamówienia”*, czyli Zamawiający dokonywał wyceny kosztu realizacji zamówienia w oparciu o jego zdaniem niezbędne komponenty, niezależnie od tego czy wykonawca faktycznie zaferował je w ofercie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała że podniesiony przez wykonawców Qumak Secom; S&T Services; CompuGroup Medical Polska sp. z o.o.; ATM Systemy Informatyczne S.A zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty z powodu ustalenia iż zaferowana cena jest ceną rażąco niską jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Równocześnie Izba stwierdza, że uwzględnienie tego zarzutu nie jest wynikiem stwierdzenia przez Izbę poprawności zaferowania w ofertach ceny, za która możliwe jest prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, lecz błędnego stanowiska Zamawiającego co do dopuszczalności przy takiej niezgodności przedmiotu oferty z SIWZ możliwości

wyceny ofert, poprzez samodzielne ustalenie cen niezaoferowanego, a wymaganego sprzętu i oprogramowania oraz szacowania kosztów pracochłonności.

Na marginesie rozstrzygnięcia Izby, podkreślenia w sprawie wymaga również fakt, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołania dot. rażąco niskiej ceny, na str. 2 stwierdził iż „*Co ważne i warte podkreślenia, powodem odrzucenia oferty nie jest „zaniżenie” ceny w którymkolwiek fragmencie oferty, w zakresie przedmiotu zamówienia*”. Poddając wykładni językowej zwrot brak zaniżenia ceny „*w którymkolwiek fragmencie oferty*” oznacza, że takie zaniżenie nie nastąpiło w całej ofercie.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, że złożenie oferty z przedmiotową ceną wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdza, że odrzucenie oferty w tym zakresie jest uzasadnione wtedy, gdy zamawiający stwierdzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozstrzygnięcia co do rażąco niskiej ceny zaoferowanej w ofertach odwołujących Qumak Secom; S&T Services; CompuGroup Medical Polska sp. z o.o.; ATM Systemy Informatyczne S.A stwierdza, że zarzut w tym zakresie podniesiony przez tych wykonawców jest zasadny.

Według Zamawiającego oferty ww. wykonawców podlegały odrzuceniu, gdyż stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji, ze względu na zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia poniżej kosztów niezbędnych dla jego prawidłowego wykonania.

Zdaniem Izby przeprowadzone postępowanie nie wykazało, aby Odwołujący, poprzez złożenie swojej oferty, naruszyli prawo lub dobre obyczaje czy też zaoferowali cenę poniżej kosztów wykonania zamówienia, z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców. W świetle powyższych ustaleń brak jest podstaw do przyjęcia aby przy takiej niezgodności treści oferty z merytorycznym opisem przedmiotu zamówienia możliwe było ustalenie prawidłowości cen podanych w ofertach Odwołujących się. Tym samym jeśli nie można ustalić, że zaoferowana w danych warunkach oferty cena jest ceną rażąco niska to tym samym nie można twierdzić że zaoferowanie takiej ceny wypełnia przesłanki przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym zakresie sam Zamawiający na rozprawie oświadczył, że podstawa odrzucenia ofert w oparciu o ww. przepis wynikała tylko z konsekwencji uznania, że ceny przedmiotowych ofert zawierały rażąco niską cenę, natomiast nie stanowiły one samodzielnej przesłanki do odrzucenia ofert. Odnosząc się do tego stwierdzenia, Izba uznaje za całkowicie niezasadne

mnożenie przez Zamawiającego podstaw do odrzucenia oferty, tylko w celu wzmocnienia jego stanowiska w tym zakresie. Odrzucenie oferty jest zasadne i konieczne tylko wtedy jeżeli skutki podjętych przez wykonawców działań lub ich zaniechania w pełni je uzasadniają.

Sygn. Akt KIO 2310/12

Odwołujący COMP S.A. podniósł zarzut niewłaściwej, niezgodnej z postanowienia SIWZ oceny jego oferty w wyniku której jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, a powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający natomiast stwierdził, że zarzuty Odwołującego Comp SA są całkowicie chybione, bowiem Zamawiający określił jednoznacznie w SIWZ, że punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co wyraźnie wskazuje, że każda cyfra po drugiej cyfrze po przecinku nie będzie brana pod uwagę.

Na poparcie zasadności zarzutu odwołania Odwołujący przedstawił jako dowód w sprawie kilkadziesiąt różnego rodzaju dokumentów w tym dokumenty prywatne zatytułowane jako opinie.

Złożył opinię dotyczącą zasad zaokrąglania liczb i związanej z tym terminologii, sporządzoną przez prof. zw. dr hab. Agnieszkę Plucińską, pn. *Wykonywanie obliczeń numerycznych i przedstawienie ich wyników z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku*, opinię sporządzoną przez Pana AndrzejChmielowca - doktoranta z zakresu matematyki, a także szereg dokumentów na okoliczność jak w innych postępowaniach – w tym prowadzonych przez Zamawiającego, dokonywano obliczeń punktacji ofert, a także wyciąg z wielu podręczników szkolnych do nauki matematyki.

Z przedstawionych dokumentów, a w szczególności zaprezentowanego stanowiska Pani prof. Agnieszki Plucińskiej wynikało iż liczby mogą być dokładne lub przybliżone. Liczba dokładna wyraża dokładnie ilość, np. 5 , 25 , 0,75 , albo jest rezultatem obliczenia, w którym występują tylko liczby dokładne. Natomiast liczbą przybliżoną nazywa się liczbę, która wyraża przybliżoną wartość danej liczby. Liczba przybliżona może być podana z nadmiarem lub niedomiarem. Dla np. liczby 13,846 wartość 13,84 jest przybliżeniem z niedomiarem, natomiast 13,85 przybliżeniem z nadmiarem. Różnica między wartością przybliżoną i dokładną nazywa się błędem przybliżenia. Błąd ten jest dodatni w przypadku przybliżenia nadmiarowego i ujemny, gdy przybliżenie jest z niedomiarem. Następnie zostały podane stosowane w matematyce zasady zaokrąglania liczb.

Podobnie w drugim dokumencie Pan Andrzej Chmielowiec wskazał, iż w przedmiotowej sprawie rozważenia wymaga jak należy rozumieć sformułowanie „obliczyć/wyznaczyć z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Podniósł, że „w słowniku języka polskiego (PWN) znajdujemy następującą definicję pojęcia dokładny: *dokładny - wykonujący coś lub*

wykonany z wielką starannością i dbałością o szczegóły”. Jego zdaniem sformułowanie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oznacza konieczność zaokrąglenia wyniku zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami:

- jeśli pierwsza odrzucana cyfra jest mniejsza niż 5, to ostatnia zachowana cyfra nie ulega zmianie
- jeśli pierwsza odrzucana cyfra jest większa niż 5 lub jest równa 5 i następują po niej dalsze cyfry (różne od zera), to ostatnią zachowaną cyfrę zwiększamy o 1,
- jeśli pierwsza odrzucana cyfra wynosi 5* i po niej następują same zera, to ostatnią zachowaną cyfrę zwiększamy o 1, jeśli jest nieparzysta (zaokrąglamy do parzystej).

Podobne stanowisko zdaniem Izby można wywieść również z pozostałych załączonych dowodów.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Unizeto Technologies SA którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania wykonawcy Comp. S.A. mogłaby nie być oferta najkorzystniejszą w postępowaniu, przedstawił prywatną opinie w tej sprawie, sporządzoną przez Prof. dr hab. inż. Jana Purczyńskiego. W przedłożonej opinii zostało podniesione iż Zamawiający dokonał obliczeń zgodnie z podaną w SIWZ zasadą i prawidłowo przedstawił punktację w poszczególnych kategoriach oceny ofert. Sposób obliczenia punktacji w kryterium „sposób realizacji zamówienia” należało uznać za prawidłowy, a kwestionowanie tego sposobu przez Odwołującego jest bezpodstawne. Nadto stwierdził, że zastosowana przez Zamawiającego metoda obliczenia wartości polegająca na prowadzeniu wyliczenia do momentu określenia drugiej cyfry po przecinku jest zgodna z zasadą podaną w SIWZ, a tym samym wyliczone wartości punktów dla oferty Comp SA należy uznać za prawidłowe. Wskazał, że Zamawiający określił sposób obliczania punktów przydzielanych w poszczególnych kryteriach oceny ofert jak i sposób obliczenia łącznej liczby punktów w rozdziale VII pt. „Kryteria i zasady oceny ofert”. W żadnym innym miejscu SIWZ, ani w żadnym innym miejscu dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania Zamawiający nie zmienił podanego sposobu, ani nie dokonał jego dodatkowej interpretacji.

Podniósł, że w żadnym miejscu w SIWZ Zamawiający nie przewidział sytuacji, w której będzie prowadził obliczenia z większą dokładnością w celu redukcji błędu poniżej 0,01 punktu. Ponadto nadmienił, że Zamawiający w SIWZ nie stanowił ani o *precyzji podawania wyniku*, ani o *prezentacji liczby*, ale o liczeniu z dokładnością. W matematyce i technice terminy użyte przez Odwołującego i Zamawiającego mają zupełnie inne znaczenie, zgodne zresztą z powszechnym rozumieniem tych pojęć; co innego jest *liczenie*, a co innego *podawanie* lub *prezentowanie wyniku*.

Rozpatrując powyższy zarzut Izba wskazuje, że zgodnie z treścią Rozdziału VII pkt II.1 ppkt 1.2.1; 2.2 i 3 Zamawiający postanowił, że „punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”.

Tym samym, przedmiotem sporu pomiędzy stronami i przystępującymi jest kwestia sposobu obliczenia wyniku procentowego wg. podanego w SIWZ wzoru i ustalenia czy należy przyjąć najbardziej dokładny wynik poprzez jego zaokrąglenie czy też przybliżony wynik dzielenia, poprzestając na odcięciu powyżej dwóch miejsc po przecinku, kolejnych liczb.

Należy wskazać, że zarówno w europejskim jak i polskim systemie prawnym kwestia zasad ustalania wyniku obliczeń z dokładnością do określonej ilości miejsc po przecinku jest kwestią sporną. W tym zakresie umownie obowiązują dwie zasady ustalania dokładności wyliczeń. Jeśli chodzi o ceny i kwoty wyrażone w PLN, to obowiązuje zasada jak i przepisy iż wynik jest zaokrąglany do dwóch miejsc po przecinku. Drugi sposób polega na ustaleniu takiej precyzji obliczania, która najczęściej pojawi się na ekranie urządzenia obliczającego, czyli poprzez odcięcie kolejnych liczb powyżej zakładanej dokładności.

Tym samym można jednoznacznie stwierdzić, że czym innym będzie ZAOKRĄGLENIE, a co innego WYŚWIETLANIE z zadaną ilością cyfr po przecinku. Co do zasady zgodnie rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 22 marca 2002r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (§ 35 ust.5, Dz.U. nr 27, poz. 268 z późn. zm.) podany jest algorytm, według którego zaokrąglane są kwoty na fakturach: *"Kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza."* Innych kwestii przepisy wprost nie regulują.

Odnosząc się do powyższych ustaleń i stanowisk stron i uczestników, zdaniem Izby zasadne jest przyjęcie stanowiska, że aby ustalać wynik do określonej ilości miejsc po przecinku dokonując zaokrąglenia ostatniej cyfry, niezbędne jest użycie stwierdzenia, że „wynik zaokrągla się”. W innym przypadku brak jest przeszkód aby ustalić wynik do dwóch miejsc po przecinku poprzez odcięcie trzeciej i kolejnej cyfry.

W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego w opinii prof. Purczyńskiego iż Odwołujący oparł swój wywód na niewłaściwej interpretacji sposobu wykonania obliczeń z zadaną dokładnością przeciwstawiając temu sposobowi zasadę prezentacji wyniku z określoną liczbą miejsc po przecinku dokonując w tym celu zaokrąglenia wartości, którą otrzymać można w wyniku przeprowadzenia obliczenia z większą dokładnością niż była wymagana.

Tym samym biorąc pod uwagę treść postanowień SIWZ za niezasadny należy uznać zdaniem Izby zarzut Odwołującego, że obliczony przez Zamawiającego wynik dzielenia winien podlegać zaokrągleniu.

Tym samym zarzut ten nie może być uwzględniony i całe odwołanie oparte na tym zarzucie podlega oddaleniu.

Sygn. Akt KIO 2957/12

Odwołujący **Unizeto Technologies S.A.** w złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp dotyczących nie wykluczenia wykonawców COMP S.A. i Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o.

Jako pierwszy zarzut Odwołujący podniósł naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa i Comp S. A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa z uwagi, iż złożenie powyższych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na wstępie rozważań dotyczących zasadności tego zarzutu wskazać należy, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, tj. czy nie wynika z ich treści lub okoliczności ich złożenia, iż doszło do zмовы jeśli tak, taką ofertę należy bezwzględnie odrzucić.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2012 r. o sygn. akt.: KIO 1287/12 należy stwierdzić, że "zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł on udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz.331 ze zm.).

Czynem nieuczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji, może więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie.

Odwołujący zarzucił ww. wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającej na dokonaniu zмовы przetargowej przy składaniu ofert. Stwierdzić należy, że zмовы przetargowe to jedno z najbardziej niekorzystnych praktyk w obrocie gospodarczym. Zmową przetargową jest porozumienie uczestników dotyczące warunków składanych ofert oraz każde inne działanie prowadzące do rezygnacji przez uczestników przetargu z konkurowania na rzecz współpracy.

Ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazujący uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Według literatury oraz informacji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) częstą formą zmowy przetargowej jest złożenie tzw. oferty zabezpieczającej, polegającej na tym, że przedsiębiorcy umawiają się, że przedstawią dwie różne oferty, a jeśli zostaną one pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego, to zwycięzca przetargu zrezygnuje z podpisania umowy. Oznacza to wybór droższej oferty z propozycji uczestników zmowy. Tym samym, w nieuczciwy sposób zapewniają sobie większy zysk, kosztem organizatora przetargu oraz konkurentów. Stwierdzić należy, że zgodnie z obowiązującym prawem przedsiębiorca ma prawo do rezygnacji ze świadczenia usług, nie może być ona jednak wynikiem porozumienia z innym uczestnikiem przetargu, po to aby Zamawiający był zmuszony wybrać ofertę droższą cenowo.

Podkreślenia wymaga również, że istotą zmów przetargowych jest ich niejawny charakter. Z tego powodu fakt wystąpienia pomiędzy wykonawcami zmowy przetargowej należy oceniać nie po deklaracjach wykonawców, ale po ich działaniu wskazującym na niezasadne w trybie zachowania konkurencyjności ofert postępowanie. O ile jednak samo ustalanie zakresu porozumienia jest utrzymywane w tajemnicy, to efekty takiego działania często są zauważalne, wskutek zaistnienia różnych okoliczności właściwych tylko dla ofert, których składający je wykonawcy są w zmowie. Najczęściej są to te same błędy w ofercie, takie same zasady ustalania cen, nieskładanie wraz z oferta wymaganych dokumentów, itp.

Odnosząc powyższe rozważania do sytuacji objętej zarzutem odwołania stwierdzić należy, że Odwołujący podniósł w odwołaniu iż wykonawcy Comp i Enigma należą do tej samej grupy kapitałowej, wykonawca Enigma jest w 100% zależny od wykonawcy Comp. SA., obie spółki złożyły oferty w oparciu o praktycznie identyczny potencjał techniczno -ekonomiczny i tożsame doświadczenie, złożone oferty w różnych miejscach posiadają pewne cechy wspólne, popełnione zostały w nich takie same błędy wskazujące na ich identyczność i zależność. Ponadto podniósł, że wykonawcy Comp i Enigma poza domniemanym uzgodnieniem warunków składanych ofert, nie złożyli wszystkich dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, jak też niektóre dokumenty zostały złożone wadliwie, po to aby w zależności od szans danej oferty rozważyć ich uzupełnienie.

Odnosząc się do powyższego zarzutu stwierdzić należy, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący COMP w zakresie tego zarzutu skupili się w zasadzie na argumentowaniu, że podnoszony zarzut nie ma uzasadnienia prawnego, gdyż żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania aby wykonawcy powiązani kapitałowo nie mogli złożyć oddzielnych ofert.

Wykonawca Comp SA w piśmie procesowym stwierdził między innymi iż „*fakty powiązań kapitałowych, wzajemnego udostępniania zasobów oraz podobieństwa graficznego przedkładanych dokumentów jest niewystarczające dla stwierdzenia, iż między wykonawcami doszło do zмовы przetargowej(...) Samo uprawdopodobnienie, że zмова przetargowa, czy też działanie niekonkurencyjne mogłoby zaistnieć jest niewystarczające dla stwierdzenia dopuszczenia się przez wykonawcę naruszenia prawa lub dobrych obyczajów*”. Ponadto podniósł, że nie można przyjąć domniemania, że złożenie przez wykonawców stanowiących jedną grupę kapitałową ofert w jednym postępowaniu należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w znaczeniu ustalonym ustawą oznk.

Zamawiający oraz Przystępujący Comp SA zarzucili Odwołującemu, że nie można arbitralnie założyć, że wykonawcy powiązani ze sobą kapitałowo nie dysponują samodzielnością w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym polityki handlowej związanej z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się ww. rozważań dotyczących istoty zмów przetargowych jak i zarzutu Odwołującego i argumentów Zamawiającego i Przystępującego, zdaniem Izby stwierdzić należy, że prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu. Zdaniem Izby inaczej należy oceniać kwestię składania oferty przez podmioty będące zależne kapitałowo, a inaczej zdominowane przez drugi podmiot, czyli w sytuacji kiedy spółka prawa handlowego sprawuje kontrolę nad inną jednostką, poprzez posiadanie bezpośrednio lub pośrednio większość ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym jednostki zależnej. Jak wyżej wskazano Comp SA jest właścicielem 100% udziałów w spółce Enigma sp. z o.o., a ponadto obie spółki mają taki sam adres swojej siedziby.

Trudno założyć, że osoby ze sobą na co dzień współpracujące, jak np. podmioty gospodarcze w których jeden z nich ma pozycję dominującą w stosunku do podmiotu drugiego, małżonkowie prowadzący odrębną działalność gospodarczą czy osoby spokrewnione ze sobą złożą oferty, które będą rzeczywiście konkurowały o zdobycie zamówienia.

Zdaniem Izby nie można zaakceptować stanowiska Zamawiającego, że brak jest w ustawie Pzp w tym zakresie odpowiedniego przepisu prawa, zakazującego współpracy wykonawców. Podstawowym przepisem, poza ww. przepisami uoznk. jest przepis zasady art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiący o bezwzględnym obowiązku zachowania uczciwej konkurencji.

Wskazać należy, że zgodnie z zasadami stosowania prawa, przepis zasady znajduje zastosowanie do danego stanu faktycznego poprzez transpozycje „*przeniesienia przepisu zasady*” do przepisu szczególnego. Natomiast jeśli ustawa nie zawiera w tym zakresie

przepisu szczególnego, a następuje naruszenie zasady to wtedy przepis zasady należy stosować wprost bez wymogu transpozycji na przepis szczególny.

Zdaniem Izby stwierdzić należy jednoznacznie, że przetarg o zamówienie publiczne jest konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie wypacza zasadę uczciwej konkurencji.

Ponadto w sprawie stwierdzić należy, że w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego iż złożenie ofert przez danych wykonawców jest dokonane w ramach zmowy przetargowej to winien on bezwzględnie takie oferty odrzucić. Zamawiający jako organizator przetargu o zamówienie publiczne jest z mocy ustawy zobowiązany wobec innych wykonawców, zbadać i ustalić czy złożenie ofert nie jest wynikiem zmowy, a w razie potwierdzenia się tego faktu takie oferty odrzucić. Wystąpienie jakichkolwiek przesłanek uzasadniających potwierdzenie uzgodnienia pomiędzy wykonawcami co do brania udziału w przetargu są podstawą do unieważnienia umowy i tym samym zwrotu przez Zamawiającego bezpodstawnie wydatkowanych kwot.

Istotnym faktem w sprawie jest sytuacja zaistniała na etapie postępowania odwoławczego iż wykonawca Enigma sp. z o.o. cofnęła złożone odwołanie. Nastąpiło to w sytuacji kiedy w przypadku uwzględnienia zarzutów z jej odwołania jej oferta byłaby korzystniejsza od oferty wykonawcy Comp SA którego oferta jest droższa w kryterium cena o prawie 8,5 miliona złotych.

Na marginesie oceny przedmiotowego zarzut zasadne jest wskazanie, że oceniając postępowanie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż w dokumentacji postępowania brak jest jakiegokolwiek wzmianki o podjęciu przez Zamawiającego czynności zmierzających po potwierdzenia iż złożenie ofert przez tych wykonawców nie narusza przepisów o uczciwej konkurencji.

Powyższe ustalenia Izby stanowią potwierdzenie zgodności- w pewnych zakresach- ofert ww. wykonawców w zakresie formalnym.

Jednakże Izba dokonując merytorycznej oceny zasadności podniesionych w tym zakresie zarzutów wykonawcy Unizeto, oddaliła je. Za oddaleniem zdecydował fakt istoty merytorycznej treści obu ofert. Otóż pomimo wystąpienia szeregu podobieństw w przedmiotowych ofertach to jednak posiadają one zasadniczą różnicę polegającą na tym, że oferta wykonawcy Enigma została odrzucona z powodu niezgodności z treścią SIWZ oraz zaoferowania rażąco niskiej ceny. Natomiast oferta wykonawcy COMP SA została uznana za zgodną w obu tych elementach. Trudno zdaniem Izby przyjąć za zasadne, że wykonawcy ci składając oferty /uzgadniając ich treść jak twierdzi Odwołujący/, postanowili przygotować i złożyć ofertę wykonawcy Enigma sp. z o.o. jako podlegającą odrzuceniu w oparciu o przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Fakt współpracy, w pewnym zakresie, tych wykonawców przy sporządzaniu oferty jest elementem nagannym, ale nie może być przesądzającym o uznaniu zmowy tych wykonawców lub naruszeniu dobrych obyczajów w stopniu uzasadniającym odrzucenie oferty.

W zakresie kolejnego zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Comp i Enigma pomimo, iż złożone oferty stanowią oferty wariantowe, Izba stwierdza, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 82 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może złożyć tylko jedną ofertę, która co do zasady musi być sporządzona w formie pisemnej, pod rygorem nieważności. Oferta wariantowa to taka oferta, która zawiera propozycje odmienne od wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na przykład w zakresie rozwiązań technicznych czy rodzaju stosowanych materiałów. Składanie ofert wariantowych dopuszczalne jest tylko za zgodą zamawiającego. Wariantowość dotyczy sposobu wykonania świadczenia. Może być to np. inna niż przewidziana w opisie przedmiotu zamówienia technologia wykonania zamówienia, która jednocześnie spełniać musi pozostałe wymogi stawiane przez zamawiającego. Tym samym o złożeniu oferty wariantowej można mówić w sytuacji, gdy składana oferta zakłada wykonanie w różnych wariantach przez tego samego wykonawcę, przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sytuacji pomimo uznania, że wykonawcy Comp SA i Enigma sp. z o.o. w pewnym zakresie współdziałali ze sobą, to jednak złożyli dwie odrębne oferty. Tym samym tych dwóch ofert nie można w analizowanym stanie faktycznym traktować jako jednej oferty z zaoferowanym wariantowym sposobem wykonania świadczenia. Również fakt, że wykonawcy Comp i Enigma wykorzystując w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazali wspólny potencjał jednej grupy kapitałowej nie daje podstaw do przyjęcia zasadności przedmiotowego zarzutu.

Tym samym zdaniem Izby brak jest podstaw do uznania zasadności podniesionego zarzutu.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comp w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołujący podniósł, że na potwierdzenie warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej wymagał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawcy Comp SA złożył przedmiotową polisę jednak bez dowodu jej

opłacenia. Ponadto podniósł, że oświadczenie podmiotu TUIR Allianz Polska S.A. oraz potwierdzenia płatności składek są wadliwe i nie potwierdzają, iż wykonawca Comp SA posiadają opłaconą polisę, gdyż potwierdzenia dokonania stosownej opłaty składki polisy nie są złożone w oryginale jak też nie są potwierdzone za zgodność z oryginałem.

Izba w oparciu o dokumentację postępowania i przedstawione na rozprawie dowody, w sposób jednoznaczny ustaliła, że w sprawie brak jest wątpliwości zarówno co posiadania przez wykonawcę Comp SA opłaconej polisy, jak również prawidłowości potwierdzenia tego faktu. Potwierdzeniem opłacenia składek są wydruki z systemu informatycznego banku potwierdzające realizację przelewu dotyczące trzech kolejnych rat składek (w treści potwierdzenia wskazany jest tytuł, data i kwota przelewu, dodatkowo jeszcze potwierdzona pisemną adnotacją osoby upoważnionej). Fakt nie wpłacenia składki na konto wskazane w polisie ubezpieczeniowej, lecz na inne konto wskazane w dokumencie wzywającym do zapłaty kolejnej raty nie może być dowodem na nieopłacenie składki. Tym samym zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z uwagi, iż wykonawca Comp SA nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawcy Enigma i Comp na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykazali się tym samym projektem którym był wykonawca Enigma sp. z o.o.. Wykonawca Enigma będąc podwykonawcą czyli podmiotem, który, realizował jedynie pewną część całości wdrożenia przedmiotowego systemu w ramach wykazywanego doświadczenia nie może powoływać się na nabycie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Ponadto Odwołujący podniósł, że opisany stan faktyczny prowadzi również do sytuacji w której wykonawca Comp w złożonej ofercie podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Izba dokonując oceny podniesionego zarzutu, opierając się na dokumentach złożonych przez Przystępującego Comp SA jak i wyjaśnieniach Zamawiającego uznała, że brak jest podstaw do uznania iż zakres zamówienia zrealizowany na rzecz Netline Group sp. z o.o. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Twierdzenia Odwołującego nie znalazły potwierdzenia w materiale sprawy. Tym samym zarzut ten zarówno w zakresie nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i podania nieprawdziwych informacji, jako nieudowodniony nie może zostać przez Izbę uwzględniony.

Izba przechodząc do rozpatrzenia kolejnej grupy zarzutów dotyczących niezgodności treści ofert wykonawców z treścią SIWZ wskazać należy, że Zamawiający z tego powodu odrzucił oferty pięciu wykonawców tj. odwołujących: Qumak Secom; S&T Services; CompuGroup Medical Polska sp. z o.o.; ATM Systemy Informatyczne S.A. oraz Comarch Polska SA. Ponadto odwołujący Comarch Polska SA podniósł zarzut niezgodności treści

oferty wykonawcy COMP SA, a wykonawca CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. podniósł zarzut niezgodności treści ofert wykonawców S&T; ATM SI; Oumak Secomz wymogami SIWZ, zarzuty w tym samym zakresie wobec wykonawców Unizeto oraz COMP SA zostały przez Odwołującego cofnięte na rozprawie.

W zakresie zasadności odrzucenia przez Zamawiającego z powodu niezgodności z SIWZ ofert ww. wykonawców Zamawiający w podsumowaniu swojego stanowiska stwierdził, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem specyficznym jak wszystkie zamówienia, dotyczące IT. W takich zamówieniach bardzo istotne są detale, które mogą decydować o funkcjonowaniu lub niefunkcjonowaniu danej infrastruktury. Dlatego tak istotne jest spełnienie zadość wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, i wyrażonym w dokumentacji postępowania. Podkreślił, że postępowanie to jako wysoce specjalistyczne było adresowane do podmiotów określonej branży - do profesjonalistów w dziedzinie informatyki.

Zamawiający, aby zagwarantować sobie możliwość weryfikacji zgodności ofert z konkretnie postawionymi wymaganiami, żądał aby do każdej oferty załączono „w formie tabelarycznej - specyfikację sprzętu i oprogramowania systemowego dla Podsystemu Szyna Usług wraz z listą licencji wypełniających łącznie wymagania zamieszczone w załącznikach nr 3, 6 i 7 do Opisu Przedmiotu Zamówienia”. Dyrektywa tego polecenia była jasna i jednoznaczna: sprzęt i oprogramowanie zestawione do załączonej do oferty tabeli miał łącznie spełniać wymagania zamieszczone w Załącznikach 3, 6 i 7. Zamawiający w tej dyrektywie nie ograniczył zakresu wymagań, które mają być spełnione (wyłączając lub wskazując jakieś sekcje tych załączników). Co oznaczało, że sprzęt i oprogramowanie systemowe dla Podsystemu Szyna Usług (podsystem o kodzie Pi .PRO.20 (wg. załącznika nr 2 do OPZ) zamieszczone na tej liście miało w szczególności łącznie spełniać wszystkie wymagania ujęte w Załączniku 6 do OPZ.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zastrzeżeń co do prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w szczególności w zakresie stawianych wymagań stwierdził, że SIWZ, a w szczególności OPZ były jednoznaczne w swej treści, a - w ocenie Zamawiającego - próba kwestionowania jej czytelności, tudzież usiłowanie interpretacji literalnie klarownych jej postanowień, ma na celu wyłącznie wymuszenie na Zamawiającym dokonanie wyboru Wykonawcy, którego produkt uzależni jego, a także inne podmioty uczestniczące w projekcie Szyna Usług (P1) na dalsze lata. Tak więc próba uzależnienia Zamawiającego od „dedykowanego” produktu jest niedopuszczalna i sprzeczna z wymaganiami SIWZ i to było w większości podstawą do stwierdzenia niezgodności treści oferty z wymogami postawionymi w SIWZ.

Wobec jednoznacznego stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego o niezgodności treści złożonych ofert z wymogami SIWZ oraz przeciwnego w tym zakresie

stanowisku Odwołujących, Izba postanowiła z urzędu powołać dowód z opinii biegłego z dziedziny informatyki, na okoliczność ustalenia istnienia bądź nieistnienia sprzeczności treści ofert wykonawców z treścią specyfikacji SIWZ wymienionych w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także podniesionych w zarzutach odwołań, niektórych z Odwołujących.

W wykonaniu postanowienia o powołaniu biegłego, biegły sądowy przy Sądzie Okręgowym w Warszawie dr inż. Andrzej Zalewski w dniu 3 stycznia przesłał do KIO sporządzoną opinię.

Na wstępie prezentowania ustaleń biegłego oraz ich oceny przez Izbę, wskazać należy, że ze względu na fakt iż każdy z odwołujących się i przystępujących otrzymał kopie opinii o takiej samej treści to Izba uznała za niecelowe przenoszenie całości treści opinii do niniejszej części uzasadnienia, poprzestając na wskazaniu tych ustaleń z opinii na których Izba oparła rozstrzygnięcie zarzutu danego wykonawcy.

W części wstępnej opinii biegły odniósł się do prawidłowości dokonanego opisu wymagań Zamawiającego postawionych wykonawcom, stwierdzając, że przedmiotowe zamówienie ma charakter zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”, przedmiotem którego objęto też dostawę sprzętu i licencji oprogramowania standardowego. Tym samym załączniki do OPZ opisują wymagania, które miał spełnić system, który zostanie zbudowany w wyniku realizacji zamówienia, co rodzi pewne trudności z odniesieniem tych wymagań do treści oferty, w szczególności do jej załącznika zawierającego listę sprzętu i oprogramowania.

W zakresie zagadnień ogólnych opinii, biegły odniósł się do kwestii, czy biorąc pod uwagę postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem: Zał. nr 1 do SIWZ, Zał. nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, a także wyjaśnienia do treści SIWZ i treść pytań wykonawców – czy z treści SIWZ wynikało, że Infrastruktura Techniczno-Systemowa ma być oparta (wdrożona, eksploatowana i utrzymana) wyłącznie przy zastosowaniu oprogramowania standardowego.

W tej kwestii biegły stwierdził, że konkluzja zawarta w powyższej tezie jest przedwczesna i zbyt daleko idąca, bowiem Infrastruktura techniczno-systemowa ma zostać zaprojektowana dopiero w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Natomiast na etapie trwania postępowania o udzielenie zamówienia wszystkie jej komponenty mogą nie być jeszcze znane.

Jednocześnie stwierdził, że w całej rozciągłości słuszne jest stanowisko Zamawiającego iż z postawionych wymagań wynikało, aby w zakresie składowych infrastruktury techniczno-systemowej wymienionych w załączniku nr 6 OPZ 121, tj. „Środowiska aplikacyjnego”, „Szyny Usług” i „Infrastruktury cache”, stosowane było oprogramowanie standardowe.

Natomiast zdaniem biegłego nie można odczytać takich wymagań co do tzw. „Centrum certyfikacji”, w odniesieniu do którego słowo oprogramowanie nie jest używane.

Równocześnie podniósł, że oprogramowanie „Środowiska aplikacyjnego”, „Szyby usług”, czy „Infrastruktury cache” są to w zasadzie produkty sprzedawane przez wiodących producentów takich, jak firmy IBM, Oracle czy Software AG. Nie ulega wątpliwości, iż spełniają one kryteria oprogramowania standardowego podane w załączniku nr 4 OPZ, WZPN.309.

Odnosząc się do opisu wymagań i prezentowanego stanowiska Zamawiającego w tym zakresie stwierdził, że niezasadnym jest przyjmowanie przez wykonawców, że w ww. zakresie możliwe jest zastosowanie oprogramowania dedykowanego. Uzasadniając stanowisko podał, że opracowanie, czy nawet dostosowanie oprogramowania tak, by spełniało wymagania określone w załączniku nr 6 do OPZ byłoby odrębnym projektem o porównywalnej złożoności i czasochłonności z pozostałymi elementami objętymi niniejszym zamówieniem. Jednocześnie szansa na wypracowanie w toku niniejszego zamówienia rozwiązania o podobnych parametrach funkcjonalnych i jakościowych, co oprogramowanie standardowe (przede wszystkim pod względem wydajności, niezawodność i bezpieczeństwa), nie jest realnie możliwe. Ponadto zakładanie iż Zamawiający dopuszczał dla tych komponentów oprogramowanie dedykowane oznaczałoby, iż w procesie odbioru oprogramowania musiałyby zostać przeprowadzone testy, czy oprogramowanie to spełnia wymagania opisane w załączniku nr 6 do OPZ. Przeprowadzenie tego typu testów w ramach realizacji opiniowanego zamówienia nie jest osiągalne. Wskazał iż podkreślić też należy, że omawiane ww. elementy to kluczowe komponenty budowanego systemu, a przy tym zaawansowane i złożone rozwiązanie techniczne, które muszą posiadać efektywne wsparcie serwisowe, jak również być poddane odpowiednio rozległym testom gwarantującym jego jakość. Ich przeprowadzenie w ramach opiniowanego zamówienia nie jest możliwe. Ponadto stwierdził, że w odpowiedzi na pytania oferentów: zestaw II, cz. I pytanie 103 i 106, cz. III pyt. 86 i 87 – Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w zakresie oprogramowania serwera aplikacyjnego Zamawiającemu chodzi o oprogramowanie standardowe.

Biegły odnosząc się ponadto do kwestii podnoszonej przez wykonawców, a dotyczącej wymogu wskazania zakresu oprogramowania który należało wykazać w ofercie, stwierdził iż analizując w szczególności treść SIWZ i odpowiedzi na pytanie nr 51 intencją Zamawiającego było, by specyfikacja sprzętu i oprogramowania mogła być w ofercie zawężona do zestawienia sprzętu i oprogramowania (systemowego) dla podsystemu Szyna Usług. Wystarczające było w tym zakresie podanie następujących danych: producenta, modelu i ilości zaoferowanego sprzętu oraz producenta, nazwy, wersji i ilości zaoferowanego oprogramowania licencyjnego.

Równocześnie zaznaczył, że możliwości oceny zgodności sprzętu i oprogramowania wymienionego przez Zamawiającego ze wskazanymi tu wymaganiami budzi jednak liczne wątpliwości, które przedstawił w rozdziale 3.3 opinii str. 12 i następne.

Prezentowanie tych ustaleń w treści uzasadnienia, zdaniem Izby jest zbędne, gdyż zadaniem biegłego było ustalenie i wykazanie, poprzez potwierdzenie bądź zanegowanie czy w którymkolwiek z przypadków wskazanym przez Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, jako podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z SIWZ, znalazło potwierdzenie.

Jednakże, zdaniem Izby, ustalone przez biegłego wskazane kwestie co do rozbieżności w opisie przedmiotu zamówienia, a także brak precyzji w stawianych wymaganiach i zasadach oceny spełniania postawionych wymogów, winny być przedmiotem wnikliwej oceny Zamawiającego, przed ostatecznym wyborem najkorzystniejszej oferty.

Przechodząc do merytorycznej oceny postawionych w poszczególnych odwołaniach zarzutów Izba wskazuje, że w poniższej ocenie zarzutów zostaną pominięte zarzuty odrzucenia ofert w oparciu o przepis art. 89 ust 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż zostały one rozpatrzone łącznie w uzasadnieniu.

W zakresie odwołania Qumak Secom SA – sygn. Akt KIO 2301/12

Do rozpatrzenia przez Izbę pozostaje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp tj. poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ, a także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz 92 ust 1 pkt. 2 Pzp poprzez niedokładne i niegodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Odwołującego.

W zakresie zasadności odrzucenia oferty wykonawcy Qumak Secom jako niezgodnej z treścią SIWZ, biegły zakreślony postanowieniem KIO zakres zarzutów podzielił na cztery grupy. Grupa I obejmowała wymagania dotyczące oprogramowania serwera aplikacyjnego, grupa II obejmowała wymagania dotyczące oprogramowania Szyny Usług, grupa III obejmowała wymagania dotyczące oprogramowania Infrastruktury cache oraz grupa IV obejmująca wymagania dotyczące infrastruktury sprzętowej.

Biegły w zakresie grupy III stwierdził iż wykonawca Qumak Secom SA wskazał do realizacji zamówienia oprogramowanie oznaczone jako JBoss (w domyśle Application Server) wersja 5.2 firmy RedHat oraz WS02 Enterprise Service Bus wersja 4.0 produkowana przez wso2.org. Nie wskazał natomiast oprogramowania realizującego tzw. *infrastrukturę* cache. W piśmie z 20 września 2012 r. wskazano, że infrastruktura cache jest zbudowana w oparciu o elementy z poz. 21 i 22 w tabeli (str. 80 - 83) załączonej do oferty tj. przez sprzęt serwerowy ~ serwery kasetowe (blade). Potwierdza to też pismo z dnia 3 września 2012 r. którego załącznik dołączono też do pisma z 20 września 2012 r. Zgodnie jednak z

wymaganiami WYM.OPZJTS.089 - WYM.OPZ.ITS.109, załącznik nr 6 do OPZ, wymagane jest by *infrastrukturę cache* stanowiło oprogramowanie. Natomiast wykonawca w to miejsce zaoferował sprzęt, co zdaniem biegłego stanowi zupełne nieporozumienie.

Tym samym biegły stwierdził, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących „infrastruktury cache”.

W zakresie grupy IV biegły uznał, że na etapie oceny ofert brak było możliwości rozstrzygnięcia spełnienia tych wymagań w ofertach wykonawców.

Odnosząc się do zagadnień grupy I i II biegły wskazał, że w zakresie oprogramowania serwera aplikacyjnego i oprogramowania szyny usług powinno zostać dostarczone oprogramowanie standardowe, zgodnie z definicją zawartą w WZPN.309, załącznik nr 4 do OPZ tj. miało to być . oprogramowanie „z półki”, stanowiące zamknięty produkt realizujący odpowiednio funkcjonalność serwera aplikacyjnego i szyny usług.

Wykonawca Qumak Secom w piśmie datowanym na 12 listopada 2012 r. zmienił linię wyjaśnień w zakresie *infrastruktury cache* odwołując się do właściwości oprogramowania serwera aplikacyjnego JBoss oraz oprogramowania magistrali usług. Jest to zdaniem biegłego, nieporozumienie gdyż infrastruktura cache powinna być realizowana przez oddzielny produkt softwareowy, a nie przez oprogramowanie serwera aplikacyjnego lub szyny usług.

Podobnie brak spełniania wymogów SIWZ biegły wykazał co do wymagań dotyczących serwera aplikacyjnego przez oprogramowanie szyny usług (WYM.OPZ.ITS.022, WYM.OPZ.ITS.027, WYM.OPZ.ITS.027) lub przez właściwości oprogramowania serwera baz danych (WYM.OPZ.ITS.011, WYM.OPZ.ITS.01Ó, WYM.OPZJTS.017). Również uznał iż nie jest poprawne wykazywanie spełnienia wymagań oprogramowania szyny integracyjnej właściwościami oprogramowania serwera baz danych (WYM.OPZ.ITS.069).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznaje w tym zakresie stanowisko i ustalenia biegłego za zasadne i stwierdza brak podstaw do uwzględnienia tego zarzutu jak i całości odwołania tego wykonawcy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia. Odwołujący nie wskazał do którego przepisu ustawy odnosi naruszenie zasad z art. 7 ustawy Pzp. Samo przywołanie przepisu i ogólnego i wskazania iż miało miejsce przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu, nie może być uznane przez Izbę za wystarczające do udowodnienia podniesionego zarzutu.

Ponadto w okolicznościach sprawy kiedy w sposób bezsporny została wykazana niezgodność treści złożonej oferty z wymogami SIWZ, skutkującą zasadnością odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego, brak jest podstaw do stawiania tezy iż Zamawiający

traktował tego wykonawcę w sposób niezgodny z zasadami równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Również zarzut naruszenia przez Zamawiającego 92 ust 1 pkt. 2 Pzp- poprzez niedokładne i niegodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdza, że w ustalonych okolicznościach sprawy zarzut ten nie znalazł potwierdzenia i tym samym zostaje przez Izbę oddalony.

W zakresie odwołania wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o. – sygn. Akt KIO 2295/12

Wykonawca ten oprócz wyżej omówionego zarzutu odrzucenia oferty z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny podniósł również zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 poprzez bezpodstawne i niezasadne odrzucenie oferty, a także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny oferty Odwołującego niezgodnie z przepisami prawa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 biegły w opinii na str. 21 wskazał, że wykonawca ten zaferowała, jako oprogramowanie Szyny usług pakiet JBoss Enterprise Platform. Pakiet ten zawiera m.in. oprogramowanie serwera aplikacyjnego JBoss Application Server oraz oprogramowanie szyny usług JBoss ESB. Jednocześnie wykazał, że 11 wymagań dotyczących oprogramowania serwera aplikacyjnego, wykonawca ten planuje spełnić w oparciu o rozwiązanie autorskie i oprogramowanie serwera aplikacyjnego JBoss Application Server. Natomiast 41 wymagań dotyczących oprogramowania szyny usług wykonawca planuje spełnić poprzez zastosowanie rozwiązania autorskiego opartego na JBoss ESB oraz proponuje zastosowanie autorskiego rozwiązania w zakresie infrastruktury cache opartego na jednym z otwartych rozwiązań.

Odnosząc powyższe do wymagań Zamawiającego dotyczących wymogu zastosowania dla „Środowiska aplikacyjnego”, „Szyny usług”, czy „Infrastruktury cache” oprogramowania standardowego biegły stwierdził, że *„oczywistym jest, iż przedmiotowa oferta nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż w zakresie oprogramowania serwera aplikacyjnego, szyny usług i infrastruktury cache nie stanowi oprogramowania standardowego w rozumieniu definicji zawartej w WZPN.309, załącznik 4 OPZ, p. 9.7.”.*

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko biegłego, a także analizę treści oferty tego wykonawcy - w tym również w zakresie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowisko Zamawiającego oraz dokumentację postępowania Izba stwierdza, że zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ potwierdził się i dlatego też zarzut ten jak i całe odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W okolicznościach sprawy, za niezasadny i niepotwierdzony, Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez

dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny oferty Odwołującego niezgodnie z przepisami prawa.

W zakresie odwołania wykonawcy ATM Systemy Informatyczne SA. – sygn. Akt KIO 2305/12

Wykonawca ten oprócz wyżej omówionego zarzutu odrzucenia oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, podniósł również zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a także art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ biegły stwierdził w opinii, że oferta nie zawiera informacji o oferowanym oprogramowaniu standardowym dla podsystemu *Szyny usług*, zaś w piśmie wskazał on (str. 4), iż „oferta przewiduje wykorzystanie oprogramowania dedykowanego”. Oferta nie może więc spełniać wymagań opisanych w SIWZ dla szyny usług, gdyż nie wskazuje ona oprogramowania standardowego realizującego funkcjonalność *Szyny usług*. Niezależnie od wymagań szczegółowych - zasadniczym wymaganiem jest by było to oprogramowanie standardowe. Niewątpliwie nie są zatem spełnione wymagania WYM.OPZ.ITS.032 -WYM.OPZ.ITS.032.088, gdyż oferowane oprogramowanie nie jest oprogramowaniem standardowym w rozumieniu jego definicji zawartej w WZPN.309, załącznik 4 OPZ p. 9.7.

Co więcej system SMaCS jest systemem rozliczania usług dostępu do internetu przeznaczonym dla operatorów telekomunikacyjnych (informacja ze strony <http://www.atm-si.com.pl/smacs>). Nie może więc zostać uznane za standardowe oprogramowanie szyny usług analogiczne do rozwiązań oferowanych przez firmy RedHat, IBM czy Oracle.

Ponadto odniesienia Izby wymaga kwestia ustosunkowania się do pytań tego wykonawcy skierowanych do biegłego w nawiązaniu do przedłożonej opinii. Pytań tych Izba nie przekazała biegłemu gdyż uznała, że dostarczona Odwołującemu opinia w sposób jednoznaczny wyjaśniała już wątpliwości w tym zakresie.

W ocenie Izby, przedstawiona opinia zawierała wyczerpującą argumentację odnośnie konieczności zastosowania oprogramowania standardowego do realizacji takich elementów ITS jak środowisko aplikacyjne, Szyna Usług i Infrastruktura cache, co do których wymagania zostały opisane w kategoriach wymagań, które ma spełniać takie oprogramowanie. Ponadto Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach sam stwierdził, że przewiduje wykorzystanie własnego oprogramowania dedykowanego SMaCS do budowy infrastruktury techniczno systemowej. Skoro Odwołujący nie zaprzecza, że to oprogramowanie ma charakter rozwiązania dedykowanego to zbędna była ocena

szczegółowych możliwości oprogramowania SMACS. Ponadto jedną z cech oprogramowania standardowego jest powszechna dostępność jego dokumentacji, co w tym przypadku nie ma miejsca.

W zakresie odwołania wykonawcy CompuGrup Medical Polska sp. z o.o. w Lublinie – sygn. akt KIO 2303/12

Wykonawca ten oprócz omówionego zarzutu odrzucenia oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, podniósł również zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a także

- art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 96 ust. 2-3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania,
- art. 8 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 i 3 PZP w związku art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez naruszenie zasady jawności postępowania oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji polegające na zaniechaniu wskazania w informacji dotyczącej pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, a także
- zarzucił nieodrzućenie ofert wykonawców w związku z brakiem spełnienia wymogów określonych w OPZ.ITS.130 i WYM.OPZ.ITS.144 w rozwiązaniach przedstawionych przez Qumak, S&T, ATM, Enigma, Unizeto, Comp i Comarch w kontekście odpowiedzi na pytanie nr 65.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, Izba za stanowiskiem biegłego zawartego w treści opinii –str. 22 wskazuje, że zaoferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie e-Health Broker nie spełnia definicji oprogramowania standardowego zawartej w WZPN.309, załącznik 4 OPZ p. 9.7. Istotnym elementem tej definicji jest, by produkt był dostępny „z półki” (ang. COTS - *Commercial of The Shelf*, „komercyjny z półki”), tj. był oferowany publicznie do sprzedaży, analogicznie jak produkt na półce (przez np. ekspozycję w Internecie).

Wbrew informacjom zawartym w wyjaśnieniach CGM Polska sp. z o.o. biegły stwierdził, że ani pod nazwą e - Health Broker, ani pod żadną inną wymienioną w tym piśmie, niezależnie od innych dokumentów, firma HP nie oferuje publicznie produktu spełniającego opisane wymagania na zasadach wypełniających wskazane wyżej znamiona oprogramowania standardowego (próba wyszukania go w Internecie nie daje żadnego rezultatu, w jednym przypadku prowadzi do platformy integracyjnej oferowanej przez firmę AkondLab - vide www.akond.com/1010200500052). Brak jest też publicznie dostępnej dokumentacji pozwa-

lającej poznać parametry techniczne tego oprogramowania. Tym samym zdaniem biegłego przedmiotowa oferta nie jest zgodna z SIWZ.

Odnosząc się do dokonanych ustaleń biegłego w tym zakresie, co do których Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania zaprezentowanego stanowiska biegłego, a także po zapoznaniu się z przedłożonymi pismami Odwołującego – w tym również zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała, że podniesiony zarzut niezasadnego stwierdzenia przez Zamawiającego o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak i zarzut uznania iż oferowane przez Odwołujące oprogramowanie standardowe nie ma cech powszechnej dostępności w sieci sprzedaży hurtowej lub detalicznej, nie potwierdziły się i tym samym podniesione zarzuty zostają przez Izbę oddalone.

W zakresie kolejnych zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 96 ust. 2-3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania oraz art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 PZP w związku art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji polegające na zaniechaniu wskazania w informacji dotyczącej pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba uznała iż podnoszone zarzuty nie znalazły potwierdzenia w wykazanych przez Odwołującego materiale sprawy. Ponadto wskazać należy, że sam Odwołujący w trakcie rozprawy nie wskazał żadnego dodatkowego argumentu czy dowodu mogącego uzasadniać zasadność ww. zarzutów.

W zakresie zarzutu nieodrżucenia ofert wykonawców Qumak, S&T, ATM, Enigma, Unizeto, Comp i Comarch w związku z brakiem spełnienia wymogów określonych w OPZ.ITS.130 i WYM.OPZ.ITS.144 wskazać należy, że w trakcie rozprawy Odwołujący cofnął w tym zakresie zarzut wobec wykonawców COMP S.A i Unizeto.

Wobec rozstrzygnięcia Izby co do odwołań S&T, ATM SI, które to odwołania z uwagi na niezgodność ofert z treścią SIWZ zostały oddalone przez Izbę, brak jest zdaniem Izby potrzeby rozstrzygnięcia tego zarzutu, wobec tych wykonawców jako niemającego jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Natomiast co do wykonawcy Comarch Polska opierając się na ustaleniach biegłego stwierdzającego w opinii zgodność zaoferowanych wymagań z treścią SIWZ, Izba uznaje, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia.

W zakresie odwołania wykonawcy Comarch Polska SA – sygn. Akt KIO 2307/12

Oferta tego wykonawcy została odrzucona z powodu stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ. W odróżnieniu od ofert pozostałych

wykonawców których oferty zostały odrzucone Zamawiający nie stwierdził wobec wykonawcy Comarch zaoferowania w ofercie ceny rażąco niskiej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu oprócz podniesienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp, także:

- naruszenie przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie podania Odwołującemu uzasadnienia odrzucenia jego własnej oferty
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto Technologies, pomimo iż treść oferty Unizeto Technologies nie odpowiada treści SIWZ
- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto Technologies z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewniesienie wadium,
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comp, pomimo iż treść oferty Comp nie odpowiada treści SIWZ
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Unizeto Technologies jako niejawnych części oferty Unizeto Technologies.

W zakresie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazać należy powołując się na stanowisko biegłego co do sposobu opisu spełniania wymagań w zakresie Centrum Certyfikacji, iż *„Zamawiający dopuścił ogólnikowy i chaotyczny sposób przedstawienia oferowanego sprzętu w oderwaniu od konkretnych rozwiązań z zakresu architektury systemu, które mają zostać osiągnięte z użyciem zaoferowanego sprzętu. Szczegóły konfiguracji sprzętowej (wyposażenia) poszczególnych urządzeń nie były wymagane na etapie oferty. Nie można zatem na podstawie samych informacji zawartych w ofercie, a zgodnych z wymaganiami postawionymi w tym zakresie (oferty) przez Zamawiającego, wnioskować o niezgodności z wymaganiami”*. Poza tym biegły zwrócił uwagę na brak wyraźnego sprecyzowania w SIWZ co do wymagania zaoferowania w ofercie oprogramowania realizującego Centrum Certyfikacji.

Część zaoferowanych urządzeń została uznana przez biegłego za spełniająca postawione w SIWZ wymagania wskazane w WYM.OPZ.ITS.124.01, WYM.OPZ.ITS. 125.03, WYM.OPZ.ITS.126.03, WYM.OPZ.ITS.126.05, WYM.OPZ.ITS.126.07, WYM.OPZ.ITS.128.01, WYM.OPZ.ITS.128.02, WYM.OPZ.ITS.128.03, WYM.OPZ.ITS.128.04.

Co do spełniania wymagań w pozostałej części biegły zwrócił uwagę na fakt, że rozstrzygnięcie co do spełnienia lub nie tych wymagań nie jest możliwe, gdyż zależy ono od ostatecznej konfiguracji sprzętowej i programowej dostarczonego sprzętu. Część wymagań

może zostać spełniona dopiero w trakcie realizacji zamówienia i ocena ich spełnienia na tym etapie, przy aktualnym sformułowaniu zamówienia, jest irrelevantna - chodzi tu o wszelkiego typu szczegółowe wymagania konfiguracyjne, takie jak np. zapewnienie redundancji urządzeń / ich komponentów, wyposażenie w wymaganą w OPZ ilość kart pamięci,, procesory o odpowiedniej wydajności, itd./

Konkludując powyższe uwagi i ustalenia, zdaniem biegłego brak jest w zakresie wymagań dotyczących sprzętu wskazanych w tezie dowodowej, przesłanek do twierdzenia, iż nie są one spełnione.

Izba biorąc pod uwagę stanowisko biegłego w sprawie, w tym również wykazane w tym zakresie wątpliwości, dokonując analizy złożonych przez odwołującego dowodów mających potwierdzać zgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ, uznała iż wobec zaistniałych wątpliwości w tym zakresie, a także braku jednoznacznego wykazania niezgodności treści złożonej oferty z wymaganiami SIWZ, postanowiła uwzględnić zarzut niezasadności odrzucenia oferty Comarch Polska S.A. Uwzględnienie tego zarzutu powoduje uwzględnienie złożonego odwołania.

W zakresie pozostałych zarzutów, tj. zarzutu naruszenia przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie podania Odwołującemu uzasadnienia odrzucenia jego własnej oferty, Izba stwierdza, że Zamawiający w sposób przekonujący wykazał iż Odwołujący miał możliwość zapoznania się z pełną treścią stanowiska Zamawiającego w tej kwestii. Otóż pismem z dnia 26 października 2012 r. Zamawiający zaprosił przedstawicieli Odwołującego celem umożliwienia wglądu do dokumentacji w przedmiocie szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jak również w celu zapoznania się z opinią Doradcy Technicznego Infovide-Matrix SA w tym zakresie. Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. W takich okolicznościach trudno zarzucać Zamawiającemu naruszenie wskazanych w tym zarzucie przepisów ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto Technologies, pomimo iż treść oferty Unizeto Technologies nie odpowiada treści SIWZ, Izba opierając się w szczególności na ustaleniach biegłego uznała, że oferta wykonawcy Unizeto w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego Comarch Polska jest zgodna z treścią SIWZ, (str 23 – 26 opinii). Izba biorąc pod uwagę całość zgromadzonego w tej sprawie materiału nie znalazła podstaw do zakwestionowania ustaleń biegłego w tym zakresie, dlatego też zarzut ten Izba uznaje za niezasadny.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto Technologies z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewniesienie wadium, Izba w toku postępowania ustaliła, że gwarancja bankowa zabezpiecza w sposób prawidłowy ewentualne roszczenia

Zamawiającego w stosunku do wykonawcy Unizeto.

Zdaniem Izby zgodzić się należy, ze stanowiskiem Zamawiającego, że gwarancji bankowej przedłożonej przez Unizeto Technologies nie można przypisać cech niezgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Stwierdzenie „w okresie ważności oferty” nie kreuje ograniczenia odpowiedzialności gwaranta ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej może mieć miejsce w okresie ważności tej oferty. Tym samym brak jest podstaw aby zwrot „będąc poinformowanym o wyborze oferty w okresie ważności” w jakikolwiek sposób zawężył uprawnienia- możliwości Zamawiającego do zaspokojenia się z gwarancji. Tym samym zarzut ten Izba uznaje za niezasadny.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Unizeto Technologies jako niejawnych części oferty Unizeto Technologies, Izba uznaje ten zarzut za wniesiony po terminie.

W sposób niewątpliwy ustalono, że fakt zastrzeżenia niektórych części treści oferty Unizeto znany był wykonawcom w dniu otwarcia ofert. Ponadto w dniu 23 sierpnia 2012r. wykonawca Unizeto w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia o powodach utajnienia części jego oferty. Zamawiający na wniosek Odwołującego wyznaczył termin od którego będzie możliwe zapoznanie się z treścią oferty Unizeto tj od 28 sierpnia 2012r. /pismo Zamawiającego z 26 sierpnia 2012r./ i od tej daty wykonawca mógł zapoznać się z treścią złożonych ofert. W piśmie Zamawiającego z ww. daty była również zawarta informacja, że w ofercie Unizeto pewna jej część stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym dla Odwołującego od dnia 28 sierpnia 2012r. biegł termin na złożenie środka ochrony prawnej co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego też podnoszenie dopiero na obecnym etapie postępowania zarzutu w tym zakresie należy uznać za spóźnione.

W zakresie kolejnego zarzutu tego wykonawcy podniósł on zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comp, pomimo iż treść oferty Comp nie odpowiada treści SIWZ

Na wstępie rozpatrywania tego zarzutu wskazać należy, że na rozprawie Odwołujący Comarch dokonał sprecyzowania treści tego zarzutu wskazując, że zarzucana niezgodność dotyczy elementu definicji oprogramowania standardowego komercyjnego w zakresie dostępności usług wdrożeniowych i szkoleniowych dla danego oprogramowania.

Przystępujący COMP kwestionując stanowisko Odwołującego złożył pismo procesowe wraz z załącznikami na potwierdzenie, iż zaoferowane oprogramowanie spełnia wymagania oprogramowania standardowego komercyjnego. Wskazał między innymi na fakt, że Odwołujący przywołuje informacje ze stron internetowych i ogłoszeń o zamówieniach które na etap składania ofert były już danymi nieaktualnymi.

Izba nie znalazła również w argumentacji Odwołującego podstaw, do zakwestionowania stanowiska Zamawiającego, który stwierdził iż oferowane przez wykonawcę COMP S.A. produkty są produktami dobrze znanymi na krajowym rynku IT, a ich wykorzystanie nie budziło wątpliwości ani Zamawiającego, ani Doradcy Technicznego w przedmiocie zgodności z treścią SIWZ.

Niezrozumiale wg niego są również twierdzenia Odwołującego wskazujące, iż oprogramowanie oferowane przez Comp S.A. przedstawione w ofercie w zakresie specyfikacji sprzętu i oprogramowania systemowego dla Podsystemu Szyna Usług wraz z listą licencji wypełniających łącznie wymagania zamieszczone w załącznikach nr 3, 6, i 7 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, którego jest producentem (Slash SMS, Kryptomail) oraz oprogramowanie firmy Enigma SOI (Slash A3, Centaur) nie spełnia wymagań oprogramowania standardowego-komercyjnego. Powyższa teza jest całkowicie pozbawiona podstaw faktycznych, bowiem sam Odwołujący wskazuje, iż posiada wiedzę na temat proponowanego przez Comp S.A. oprogramowania. Stąd uzasadnione wątpliwości budzą twierdzenia Odwołującego o braku gotowości Comp S.A. do sprzedaży oprogramowania na dzień składania ofert, gdyż w takim wypadku zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający nie posiadaliby żadnych informacji w tym przedmiocie (o tym produkcie). Natomiast przedstawione przez Odwołującego dokumenty, w szczególności wydruki ze stron internetowych- w większości już nieaktualnych, w żadnej mierze nie mogą stanowić dowodu na zaprzeczenie podnoszonych przez Zamawiającego okoliczności.

Przystępujący przedstawił dowody w postaci oświadczeń spółek (KA-NA sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie, Internetium sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PHU Eproma sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), z których każda oświadczyła, że świadczy usługi szkoleniowe i wdrożeniowe w zakresie oprogramowania Centaur, Kryptomail, Slash A3, Slash SMS. Odwołujący nie był w stanie podważyć tych dowodów. Odwołujący złożył na rozprawie wydruki 4 ogłoszeń o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolej ręki Comp Safe Support S.A. z siedzibą w Warszawie (pierwsze) lub Enigmie Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. (pozostałe trzy): w grudniu 2007 r. – przez Komendę Główną Policji na rozszerzenie oprogramowania Centrum Certyfikacji Centaur CCK oraz Centaur DAT; w listopadzie 2010 r. – przez Agencję Rynku Rolnego na przedłużenie opieki serwisowej oprogramowanie Centaur, z wprowadzeniem zmian w istniejącej funkcjonalności oprogramowania; również w listopadzie 2010 r. – przez Narodowy Bank Polski na dostawę licencji (upgrade) oprogramowania kryptograficznego NBP-HEART z wersji 3.1 i 3.3 do wersji 3.8; we wrześniu 2009 r. we wrześniu 2011 r. przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych na aktualizację oprogramowania KryptoMail C do najnowszej dostępnej wersji. W ocenie Izby dowody te, jak również stanowisko Odwołującego akcentujące, że podstawą udzielenia tych zamówień był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a lub b Pzp, to jest że nastąpiło to z przyczyn

technicznych lub związanych z ochroną wyłącznych praw autorskich, nie odnosi się do meritum zarzutu dotyczącego braku zewnętrznych podmiotów, które mogą świadczyć usługi szkoleniowe. W zakresie usług wdrożeniowych Zamawiający i Przystępujący wykazali zaś, że powyższe ogłoszenia, pomimo pewnych podobieństw nazw, dotyczą szczególnego oprogramowania, lub też stan rzeczy w zakresie wyłączności na wdrożenie oprogramowania objętego ofertą uległ od tego czasu zmianie i może być ono wdrażane przez konkurujących ze sobą wykonawców

Tym samym ustalenia Izby w tym zakresie nie potwierdzają zasadności podniesionego zarzutu, który tym samym nie może zostać uwzględniony.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

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

Izba biorąc pod uwagę fakt, iż stanowisko Zamawiającego co do zasadności odrzucenia ofert wykonawców zostało potwierdzone tylko w części, a także fakt, że postępowanie w siedmiu ww. sprawach zostały połączone do jednego postępowania, Izba postanowiła zasądzić Zamawiającemu zwrot kosztów pełnomocnika w wysokości 1200,00 zł od każdego z odwołujących, których odwołania zostały oddalone. Również biorąc pod uwagę fakt, że tylko jeden z zarzutów podniesionych przez Odwołującego Comarch Polska SA został uwzględniony Iza przyznała Odwołującemu zwrot kosztu pełnomocnika w wysokości 1600,00 zł.

Przewodniczący

Członkowie

.....