

Sygn. akt: **KIO 2814/14**

**KIO 2819/14**

**WYROK**

**z dnia 20 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2014 r. przez:

**A. wykonawcę ITC S.A., ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa (KIO 2814/14)**

**B. wykonawcę Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (KIO 2819/14)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

przy udziale **wykonawcy Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2814/14 i KIO 2819/14 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołania
2. kosztami postępowania obciąża: **wykonawcę ITC S.A., ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa oraz wykonawcę Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę ITC S.A., ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa i wykonawcę Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** tytułem należnych wpisów od odwołań.

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

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 2814/14  
KIO 2819/14

### Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup usług informatycznych w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania infrastruktury i podsystemów ARMiR w celu zapewnienia technicznej sprawności eksploatacyjnej (ZUMA III)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 5 sierpnia 2014 r. pod nr 2014/S 148-266379.

W postępowaniu tym w dniu 29 grudnia 2014 r. wykonawcy ITC S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący ITC”) oraz wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący Comarch”) złożyli odwołania (odpowiednio: KIO 2814/14 i KIO 2819/14) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopie odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu została przekazana wykonawcom w dniu 19 grudnia 2014 r.

Zamawiający kopię odwołań wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowań odwoławczych przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 31 grudnia 2014 r. W tej samej dacie do Prezesa Izby wpłynęły dwa zgłoszenia przystąpienia do obydwu postępowań odwoławczych złożone po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Asseco S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Przystępujący Asseco”). Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowań odwoławczych.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniami skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 16 stycznia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący ITC w sprawie KIO 2814/14 zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3, poprzez błędną ocenę złożonych wyjaśnień w zakresie ceny i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie ponownego zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, podczas gdy z wykładni literalnej powyższego przepisu, a także z wykładni celowościowej i prounijnej, dokonywanej w świetle art. 55 ust. 1 dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) wynika, że w sytuacji, w której pomimo już złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, okoliczność czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nadal budzi wątpliwości, należy zwrócić się do wykonawcy o udzielenie dalszych wyjaśnień w tej kwestii;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów.

W związku z powyższym Odwołujący ITC wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego ITC;
2. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego ITC i ewentualne wezwanie Odwołującego ITC do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie ceny oferty;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego ITC jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący ITC wskazał, że został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie ceny złożonej oferty i w odpowiedzi

na powyższe pismem z dnia 28 listopada 2014 r. udzielił wyjaśnienia w tym zakresie oraz przedstawił uproszczoną kalkulację wykazującą planowane osiągnięcie przez Odwołującego ITC zysku z realizacji projektu. Zamawiający tymczasem poinformował go o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, iż na podstawie złożonych wyjaśnień ocenił, iż oferta Odwołującego ITC zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według Odwołującego ITC ocena jego wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa i doprowadziła Zamawiającego do błędnych wniosków, co do charakteru zaoferowanej ceny, co z kolei doprowadziło do nieprawidłowego odrzucenia jego oferty. Jego zdaniem wnioski wyprowadzone przez Zamawiającego są w tym zakresie nieuprawnione i nie odpowiadają standardom należytej staranności wymaganej od Zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.

Odwołujący ITC podkreślił, że skierowane do niego przez Zamawiającego wezwanie miało bardzo ogólną treść i ograniczało się w zasadzie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Jeśli jednak, jak wynikałoby to z uzasadnienia odrzucenia oferty, Zamawiający wymagał podania przez Odwołującego ITC określonych informacji, co do sposobu ustalenia ceny oferty, według Odwołującego ITC, Zamawiający żądanie takie powinien był wyrazić w wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że Zamawiający nie może oczekiwać, iż wykonawca przewidzi sposób szacowania ceny przedmiotu zamówienia, jaki na własne potrzeby ustalił Zamawiający, szczególnie jeśli informacje te nie były udostępnione wykonawcom w treści SIWZ ani wymagane w ofercie. Na poparcie tych twierdzeń powołał się na orzecznictwo (Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 13 marca 2012 r.; sygn. akt XII Ga 73/12 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1526/11).

Odwołujący ITC podniósł, iż złożył wyjaśnienia, które w jego ocenie w sposób dostateczny wykazywały rzetelność i realny charakter zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. Podkreślił, że wskazał dostępne czynniki wpływające korzystnie na możliwość zaoferowania ceny konkurencyjnej w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również przedstawił kalkulację kosztów ceny oferty, uwzględniając ryzyka związane z realizacją zamówienia oraz uzasadniony ekonomicznie poziom marży, a wobec braku doprecyzowania zakresu wyjaśnień oczekiwanych przez Zamawiającego, Odwołujący ITC przedstawił czynniki i informacje, które w jego ocenie były istotne i wystarczające dla wykazania, iż zaoferowana za przedmiot zamówienia cena nie ma charakteru rażąco niskiego. W jego ocenie zatem nie można czynić Odwołującemu ITC zarzutu, iż nie odniósł się do tych aspektów lub nie podał informacji, co do których Zamawiający nie wskazał, iż oczekuje ich przedstawienia. Podkreślił też, iż jeśli udzielone

przez Odwołującego ITC wyjaśnienia wymagały - w ocenie Zamawiającego - uzupełnienia o określone konkretne informacje lub nie były dla niego zrozumiałe, to nie świadczy to jeszcze o tym, iż cena oferty w istocie jest rażąco niska. Wobec ogólnikowej treści wezwania, fakt nie podania informacji na poziomie szczegółowości, który Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, jego zdaniem, nie prowadzi, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, do wniosku, iż Odwołujący ITC nie uwzględnił jakichkolwiek kosztów realizacji zamówienia i zaoferował cenę rażąco niską. W jego ocenie nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający ponownie lub nawet kilkakrotnie wezwał Odwołującego ITC do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co do zaoferowanej ceny, zgodnie ze stanowiskiem coraz szerzej wyrażanym i potwierdzonym orzecznictwem KIO i sądów oraz poglądem podzielanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Na poparcie swoich twierdzeń przywołał orzecznictwo (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10, wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 586/14) oraz stanowisko prezentowane w Informatorze UZP nr 11/2013 opinii pt. *„Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. Tym samym też w jego ocenie czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego ITC należy uznać, co najmniej, za przedwczesną.

Odwołujący ITC oświadczył, iż złożona przez niego oferta, a w szczególności zaoferowana cena, uwzględnia zakres obowiązków, usług i czynności koniecznych do wykonania w ramach kontraktu w reżimie zapewniającym utrzymanie wymaganego SLA, a przyjęte przez Odwołującego ITC stawki i sposób wynagradzania inżynierów mają charakter rynkowy i odzwierciedlający ich zaangażowanie w realizację projektu oraz przyjęty przez Odwołującego ITC sposób zatrudnienia.

W jego ocenie nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego, iż oszacowana przez Odwołującego ITC liczba osób przeznaczonych do realizacji zamówienia jest niewystarczająca, przez co Odwołujący ITC nie uwzględnił wszystkich kosztów wykonania usługi. Wskazał w tym zakresie, że Zamawiający nie zdeterminował w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), ile osób wykonawcy mają przeznaczyć do realizacji usługi. Wymagał jedynie (zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 ppkt l. c)), aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem zespołem zdolnym do realizacji zamówienia, w tym m.in. osobami posiadającymi określone w SIWZ kwalifikacje (certyfikaty), przy czym, Zamawiający dopuścił wykazywanie przez wykonawcę spełniania warunku poprzez wykazanie tej samej osoby w więcej niż jednej roli (jednak nie więcej niż 3), w przypadku posiadania przez jedną osobę kilku wymaganych certyfikatów. Powyższe oznacza to, że Zamawiający pozostawił w gestii wykonawców określenie liczby osób, które zostaną dedykowane do realizacji usługi. Wskazał, że wymagania minimalne Zamawiającego ograniczały się do obowiązku wykazania

co najmniej 5 różnych osób, o ile łącznie posiadały one wszystkie wymagane certyfikaty. Odwołujący ITC podkreślił, że w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż do realizacji umowy zostanie dedykowany zespół składający się ze wskazanej w wyjaśnieniach liczby osób, przekraczającej wymagania minimalne określone przez Zamawiającego w SIWZ. Wobec nie określenia warunku minimalnej liczby osób wymaganej do realizacji umowy, bezpodstawne jest na obecnym etapie kwestionowanie sposobu realizacji zamówienia przewidzianego przez Odwołującego ITC i określanie nowych wymagań, co do liczby osób, które należało przewidzieć dla realizacji zamówienia. W jego ocenie przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ITC rozważania Zamawiającego, co do liczby osób i trybu pracy inżynierów dedykowanych do wykonywania umowy, stanowią jedynie własną ocenę Zamawiającego, zaprezentowaną Odwołującemu ITC dopiero w informacji o wyniku postępowania. Podkreślił, że skoro Zamawiający pozostawił wykonawcom znaczną swobodę, co do sposobu realizacji zamówienia i wykorzystywanych w tym celu zasobów kadrowych, nie jest dopuszczalne obecnie podnoszenie, iż przyjęcie przez Odwołującego ITC innego sposobu wyceny usługi niż szacunki Zamawiającego przesądza o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego ITC. Jego zdaniem Zamawiający nie jest również uprawniony do narzucania Odwołującemu ITC określonej przez siebie metodyki ustalania i kwalifikacji kosztów oraz wyceny oferty. Wbrew temu, co wynikać może z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego ITC, jego zdaniem, nie istnieje jeden, standardowy sposób szacowania kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazał, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, wykonawcy w granicach określonych przepisami prawa, dysponują swobodą w ustalaniu metodyki wyceny realizowanych projektów oraz przyjmują własną strategię i sposób kwalifikacji kosztów, które należy uwzględnić i przypisać jako koszty wykonania danej usługi. W szczególności, przyjęta przez Odwołującego ITC strategia kosztowa m.in. w zakresie sposobu realizacji i przypisania kosztów usługi wprowadzania Zmian, została wskazana w złożonych przez niego wyjaśnieniach i jej niezrozumienie, czy też przyjmowanie przez Zamawiającego odmiennego sposobu ustalania kosztów świadczenia wykonywanych usług, nie stanowi dowodu na rażąco niski charakter ceny zaoferowanej przez Odwołującego ITC.

Podkreślił, że Zamawiający w szczególności, w zakresie wynagrodzenia za realizację Zmian (usługa rozliczana kosztorysowo, za roboczogodzinę), nie posiadał informacji wystarczających dla podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ITC. Wskazał, że przyjęty przez Odwołującego ITC sposób realizacji tej usługi został określony w złożonych wyjaśnieniach, a jego pochodną jest przyjęcie stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę na poziomie określonym w wyjaśnieniach, co przewyższa ponoszone koszty i gwarantuje uzyskanie nawet dodatkowego zysku z realizacji zamówienia, nieuwzględnionego w tabeli

zawartej w wyjaśnieniach ceny Odwołującego ITC. Podkreślił też, iż złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty wraz z kalkulacją, miały na celu wykazanie, iż zaofferowana cena gwarantuje pokrycie kosztów realizacji zamówienia ponoszonych przez Odwołującego ITC, nie zaś przedstawienie szczegółowego sposobu realizacji zamówienia. Ich charakter jest zatem uproszczony w stopniu, który wobec braku precyzji wezwania, Odwołujący ITC uznał za wystarczający i adekwatnie wykazujący rentowność projektu. Jego zdaniem, jeśli Zamawiający nie wskazał, iż wymaga podania konkretnych przyjętych przez Odwołującego ITC wartości lub np. określenia zespołu inżynierów dedykowanych do realizacji danej usługi, nie może obecnie czynić z tego powodu zarzutu wobec Odwołującego ITC, a tym bardziej wnioskować na tej podstawie o nieuwzględnieniu danego kosztu w cenie oferty.

Odwołujący ITC zwrócił też uwagę na znaczny margines marży wykazanej w złożonych wyjaśnieniach i z ostrożnością przedstawionej kalkulacji, ujmującej i szacującej określone ryzyka, które mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Załączona do wyjaśnień kalkulacja jego zdaniem potwierdza, iż Odwołujący ITC wszechstronnie i starannie uwzględnił wszelkie koszty związane ze świadczeniem usługi na rzecz Zamawiającego, zaś osiągnięta marża, pozostawia istotny margines bezpieczeństwa, w przypadku wystąpienia okoliczności generujących dodatkowe, nieuwjęte wprost w kalkulacji koszty.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący ITC odniósł się do oszacowanej przez Zamawiającego liczby roboczogodzin (wartość przyjęta jako 73 644 godzin w formularzu cenowym dla potrzeb porównania ceny całkowitej ofert), i wskazał, że niezależnie od liczby godzin Zmian oszacowanej przez Odwołującego ITC, podkreślił, iż w odpowiedzi na pytanie nr 4 do SIWZ, gdzie Zamawiający wyjaśnił, iż: *„liczba Roboczogodzin została oszacowana zgodnie z planowanymi potrzebami Zamawiającego w okresie trwania umowy. Na tym etapie postępowania Zamawiający nie dysponuje szczegółowymi informacjami na temat zmian wraz z ich pracochłonnością i terminem realizacji. (...) Przy czym Zamawiający zastrzega sobie prawo nie zamówienia żadnych z powyższych prac a wykaz należy traktować jedynie informacyjnie”*. Z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi zdaniem Odwołującego ITC wynika, iż na etapie tworzenia SIWZ nie był on w stanie oszacować w sposób jednoznaczny i wiążący dla wykonawców liczby roboczogodzin wymaganych dla Zmian ani nawet ich minimalnej ilości, zatem podaną wartość ponad 73 tysięcy roboczogodzin należy traktować jedynie jako orientacyjną i służącą ustaleniu oraz porównaniu cen ofertowych, nie jest natomiast uprawnione traktowanie na obecnym etapie wskazanej w formularzu ofertowym ilości roboczogodzin jako liczby wiążącej dla ustalania przez wykonawców kosztów realizacji zamówienia. Podkreślił, iż zgodnie ze wzorem umowy § 6 ust. 6 pkt 1, wynagrodzenie



z tytułu Zmian ma charakter kosztorysowy (rozliczane w roboczogodzinach za faktycznie przepracowany czas dokonywania Zmian).

W ocenie Odwołującego ITC Zamawiający w celu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego ITC, odbiega od interpretacji postanowień SIWZ wyrażonej na etapie przygotowywania ofert i nadaje charakter kategoriowy wymaganom, które początkowo miały charakter referencyjny i pozostawiały w gestii wykonawców dobranie odpowiednio sposobu realizacji usługi oraz oszacowanie jej parametrów, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia i dostosowany do aktualizujących się dopiero na etapie realizacji umowy potrzeb Zamawiającego. Wskazał też, iż z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego ITC wynika, iż Zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone przez Odwołującego ITC nie uwzględnił udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie 184 do SIWZ: *„Zgodnie z SIWZ załącznik nr 8 Umowa par 2 pkt 9 „Usługi świadczone będą przez Usługodawcę w Lokalizacjach Usługobiorcy przez 24 godziny 7 dni w tygodniu. Wykaz Lokalizacji Usługobiorcy stanowi Załącznik nr 3 do Umowy.” Czy interpretacja tego, że usługi świadczone będą zdalnie, a na miejscu u Usługobiorcy w uzgodnionych z Usługobiorcą przypadkach jest prawidłowa, czy też Usługobiorca oczekuje fizycznej obecności pracowników Usługodawcy w Lokalizacjach wymienionych w załączniku nr 3 do Umowy?”* wskazano, że: *„Zamawiający wyjaśnia, że w większości przypadków Usługi będą świadczone zdalnie, Zamawiający oczekuje gotowości do świadczenia usług również na miejscu w lokalizacjach Usługodawcy o ile będzie taka potrzeba, np. podczas asysty przy pracach serwisowych i wówczas szczegóły będą ustalane podczas realizacji Umowy przez Administratorów Usługi Kierowników Utrzymania.”*

W ocenie Odwołującego ITC Zamawiający błędnie wskazuje, iż posiadane przez Odwołującego ITC doświadczenie nie wpływa na zaoferowaną cenę. Jego zdaniem Zamawiający pomija fakt, iż to właśnie doświadczenie w zakresie świadczenia usług informatycznych, wraz z posiadanymi zasobami kadrowymi, pozwalają na właściwe oszacowanie pracochłonności usługi i zapewnienie wymaganego SLA. Podkreślił też, że posługuje się biegle następującymi metodykami zarządzania projektami: ITIL v 3, PRINCE2, PMBOK oraz Serum. Efektywność wykorzystania zasobów ludzkich corocznie weryfikowana jest u niego także przez zewnętrznych audytorów LL-C w zakresie zarządzania usługami informatycznymi, które Odwołujący ITC świadczy 24 x 7, pod kątem zgodności z międzynarodową normą ISO/IEC 20000:2011 (ostatni audyt nadzoru odbył się w dniu 02.09.2014 r.). Odwołujący ITC świadczy usługi zgodnie ze standardami ISO/IEC 27000:2005 w zakresie bezpieczeństwa informacji oraz zarządzania procesami oraz ISO/IEC 9001:2008 w zakresie zarządzania jakością, a także specjalizuje się i prowadzi szereg projektów związanych z optymalizacją kosztów typu COST SAFE©. Odwołujący ITC wskazał

również, iż obecnie świadczy dla Zamawiającego usługi w tych lokalizacjach, które objęte są przedmiotem zamówienia, z wymaganym SLA 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu (24 x 7) w ramach umowy na serwis pogwarancyjny sprzętu sieciowego i serwerowego w 323 lokalizacjach oraz centrali umowa nr 21/DI/2013/2610 z 1 czerwca 2013 r. oraz posiada potwierdzenie należytej realizacji tychże usług. Wskazał też, że w 87% wykonywanych umów na rynku polskim realizuje usługi w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania infrastruktury i podsystemów w celu zapewnienia technicznej sprawności eksploatacyjnej Klientów w trybie 24 x 7.

Odwołujący ITC na marginesie, odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, iż jego zdaniem za wyjątkiem jego samego, a także wykonawców dotychczas świadczących dla Zamawiającego usługi objęte przedmiotowym postępowaniem, inne podmioty w tym Odwołujący ITC, nie posiadają dostatecznej wiedzy na temat szczególnej budowy czy złożoności systemów objętych przedmiotowym zamówieniem, stwierdził, że mogą one prowadzić do wniosków, iż Zamawiający sporządził SIWZ i prowadzi postępowanie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że jeśli Zamawiający posiadał informacje istotne dla sporządzenia oferty i co więcej, posiadał świadomość, iż informacje takie posiadają poza nim jedynie wykonawcy dotychczas świadczący przedmiotową usługę, zobowiązany był udostępnić je pozostałym potencjalnym wykonawcom poprzez zgodne z przepisami ustawy Pzp, tj. jasne i wyczerpujące, opisanie przedmiotu zamówienia. Choćby z tego względu, argumentacja Zamawiającego i wynikające z niej wnioski, co do poziomu zaoferowanej przez Odwołującego ITC ceny oferty, w ocenie Odwołującego ITC, nie zasługują na uwzględnienie. W jego ocenie podnoszone przez Zamawiającego okoliczności są niespójne z odpowiedzią udzieloną przez niego na pytanie nr 6 do SIWZ, gdzie Zamawiający zastrzegł, iż: „obecnie realizowana umowa i jej zakres nie jest identyczny w stosunku do nowej umowy ZUMA III”.

Odwołujący ITC podkreślił też, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, występowanie różnicy, nawet znacznej, pomiędzy wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, a ceną oferty, nie stanowi dowodu na rażąco niski charakter zaoferowanej ceny; nie jest takim dowodem również sam fakt złożenia przez wykonawcę oferty tańszej niż oferty konkurencyjne w tym samym postępowaniu. Wskazał też, że nie zawsze szacowana przez Zamawiającego wartość rzeczywiście odpowiada cenom rynkowym przedmiotu zamówienia, jak również, zaoferowanie ceny niższej niż cena innego wykonawcy nie przesądza, iż cena ta jest rażąco niska, należy bowiem uwzględnić właściwe danemu wykonawcy, obiektywne okoliczności umożliwiające obniżenie kosztów realizacji zamówienia lub też możliwość przeszacowania kosztów realizacji zamówienia przez

niektórych wykonawców, w tym również wykonawcę dotychczas świadczącego usługi. Podkreślił, że w szczególności, znaczące różnice w cenach złożonych ofert mogą być związane ze specyfiką samego przedmiotu zamówienia, co ma też miejsce w niniejszym postępowaniu, którego przedmiotem są usługi o nieokreślonej przez Zamawiającego pracochłonności. Koszty świadczenia usług informatycznych w znacznej mierze zależą od kwalifikacji osób zaangażowanych w realizację zamówienia oraz wydajności i organizacji pracy zespołu świadczącego usługę, jak również od przyjętego przez wykonawców poziomu marży. W ten sposób, różnice w posiadanym przez wykonawców doświadczeniu i *know-how*, przekładają się istotnie na ponoszone przez nich koszty osobowe, a tym samym również na cenę złożonych w postępowaniu ofert. Zauważył, że w złożonych w postępowaniu ofertach widoczna jest wyraźna rozpiętość zaoferowanych cen, zarówno w zakresie ceny łącznej oferty, jak i wyceny poszczególnych usług, co uzasadnia twierdzenie, iż różnica w cenach złożonych w niniejszym postępowaniu stanowi typowy wyraz rynkowej walki konkurencyjnej - działanie takie jest dozwolone i zgodne z prawem. Podkreślił, iż w zakresie wyceny poszczególnych usług, cena ryczałtowa zaoferowana przez Odwołującego ITC nie zawsze była najniższą z zaoferowanych w zakresie stawki za roboczogodzinę; jeden z wykonawców wycenił ten element na poziomie niższym niż stawka Odwołującego ITC, tj. na poziomie 10,00 zł. Podsumowując Odwołujący ITC wskazał, że cena zaoferowana przez Odwołującego ITC pokrywa wszystkie koszty niezbędne do należytego zrealizowania zamówienia opisanego w SIWZ oraz uwzględnia godziwy zysk, a wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień było ogólne, lakoniczne i nie wskazywało, jakie konkretnie elementy ceny Odwołujący ITC ma wyjaśnić, zaś złożone przez Odwołującego ITC wyjaśnienia wykazały pokrycie kosztów i uzyskanie godziwego zysku. Podkreślił też, że wymagania Zamawiającego dotyczące ilości osób wchodzących w skład Zespołu pojawiły się na etapie oceny ofert, a nie wynikają z warunków udziału w postępowaniu ani wymagań określonych w SIWZ, a zespół osób dedykowany przez Odwołującego ITC do realizacji zamówienia pozwala na należyte zrealizowanie zamówienia. Zauważył też, że wątpliwości Zamawiającego dotyczące dodatkowej ilości osób zaangażowanych w realizację zamówienia, przyjętej stawki za roboczogodzinę oraz doświadczenia Odwołującego ITC mogły być rozwiane przez wezwanie Odwołującego ITC do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie - Zamawiający zaniechał tej czynności, co doprowadziło do wadliwej oceny złożonych wyjaśnień. Podniósł też, że przyjęty przez Odwołującego ITC sposób realizacji zamówienia w szczególności, co do ilości osób zaangażowanych w realizację zamówienia oraz stawki za roboczogodzinę wynika z rzeczywistych kosztów, jakie Odwołujący ITC będzie ponosił przy realizacji zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący ITC podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy. Jako dowody w sprawie złożył:

- w części jawnej rozprawy:

- ✓ dokumenty dotyczące realizacji przez Odwołującego ITC na rzecz Zamawiającego zamówień z realizacji serwisu pogwarancyjnego wraz z potwierdzeniem należytego wykonywania tych usług dla wykazania zdolności realizacji przez Odwołującego ITC zamówień o podobnej skali co niniejsze zamówienie objęte przedmiotem odwołania oraz
- ✓ sporządzone przez siebie w oparciu o oferty złożone w postępowaniu zestawienie tabelaryczne na okoliczność wykazania, że wycena niektórych usług objętych przedmiotem zamówienia dokonana była przez niektórych wykonawców na niższym poziomie niż wycena Odwołującego ITC

- w części niejawnej rozprawy;

- ✓ opinie dwóch osób w tym biegłego sądowego wraz z notami biograficznymi i CV na okoliczność wykazania, iż jego cena ofertowa jest realna, zaś przewidziana przez niego liczba specjalistów jest wystarczająca dla świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający odnosząc się do stanowiska Odwołującego ITC złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślił, że z uwagi na znaczne dysproporcje między szacunkową wartością zamówienia, cenami oferowanymi przez innych wykonawców oraz ceną zaoferowaną przez Odwołującego ITC zobowiązany by wystąpić do Odwołującego ITC z wezwaniem o złożenie wyjaśnień w sprawie zaoferowania ceny rażąco niskiej. Jego zdaniem nieuzasadniony jest zarzut Odwołującego ITC odnośnie ogólnikowości wezwania. Podkreślił, że żaden przepis ustawy Pzp, poza pośrednim wskazaniem w art. 90 ust. 2 kryteriów oceny, nie zawiera obowiązku określonego formułowania żądania wyjaśnień. Powołał się na orzeczenie KIO w sprawie KIO 404/14.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego ITC wskazał, że przyjął następujące założenia:

- 1) czy Odwołujący wykonywać będzie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (przykładowo zgodnie z odpowiednimi wymogami jakościowymi, terminowymi i innymi);

- 2) czy dane zamówienie zrealizowane będzie zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym także prawa miejscowego (np. określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp, przepisami określającymi sposób postępowania z odpadami itp.);
- 3) czy Odwołujący wykona daną usługę zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, tj. np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych i czasowych z zachowaniem określonych standardów i nie do zaakceptowania są tego rodzaju oszczędności wykonawcy, jakie zamierza on poczynić poprzez obniżenie kosztów powstających w wyniku konieczności przestrzegania wymogów SIWZ, wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej (powołał się na wyrok KIO 1287/14).

Oceniając wyjaśnienia złożone przez Odwołującego ITC Zamawiający podkreślił, że nie zachodzą w tym przypadku żadne obiektywne, zindywidualizowane czynniki po stronie Odwołującego ITC pozwalające na zaoferowanie tak niskiej ceny. Podkreślił przy tym, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie ściśle określonej specjalistycznej usługi o określonych parametrach, wykonywanej w określony sposób. Wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ poza precyzyjnie określonym zakresem ciągłych usług Utrzymaniowych (reżim 24/7), Zamawiający wymagał wyceny 73.644 roboczogodzin pracy, wskazując jednocześnie, że jest to ilość szacunkowa i mogąca ulec zmianie, jak również jej obszar merytoryczny może być różny. Wskazał, że przyjęcie przez Zamawiającego wskazanej liczby roboczogodzin, choć szacunkowe to realnie odpowiada ono jego potrzebom zidentyfikowanym na okres obowiązywania umowy na co wskazywała odpowiedź na pytanie nr 4 do SIWZ. Jego zdaniem tak duża ilość roboczogodzin ma bardzo duży wpływ na wartość oferty oraz powoduje, że wykonawca musiałby dedykować do wykonania usługi odpowiedniej wielkości zespół osób. W ocenie Zamawiającego prawidłowa realizacja umowy w zakresie usług Utrzymania (8 usług świadczonych w lokalizacjach Zamawiającego przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu) oraz realizacja dodatkowych usług Zmian zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy wymaga zaangażowania przez wykonawcę co najmniej 20 inżynierów w wymiarze dobowym. Powyższe wynika z założenia prawidłowością realizacji umowy zgodnie z wymogami SIWZ, tj. zakresem obowiązków, zakresem usług i czynnościami bieżącymi koniecznymi do wykonania w ramach kontraktu w reżimie SLA w nim wskazanym. Podkreślił, że skalę prac wykonywanych w ramach zamówienia obrazuje umowa wraz z załącznikami opisującymi przedmiot zamówienia oraz odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców w toku postępowania, udzielone przez Zamawiającego. Wskazał też na konieczność posiadania przez wykonawcę dodatkowego zespołu (zasobów) stworzonego na potrzeby wykonania usługi realizacji Zmian, których pracochłonność Zamawiający oszacował na 73 644 roboczogodzin, co w skali całej umowy wskazuje

na konieczność realizacji co najmniej 67 roboczogodzin dziennie, a dane te wynikają wprost z obliczeń matematycznych. Tymczasem Odwołujący ITC założył do realizacji zamówienia, że zaangażuje zespół 13 osób. Jednocześnie też wskazano, że osoby te w miarę możliwości będą wykonywały prace związane z realizacją Zmian rozliczanych za pomocą roboczogodzin. Zdaniem Zamawiającego to Odwołujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, jak zamierza wykonać umowę przy udziale 13 osób, mimo iż był do tego zobowiązany z uwagi na ciążący na nim obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powołał się na zapytanie do SIWZ zadane przez innego wykonawcę (nr 116) z którego wywodzi, że inni wykonawcy liczyli się z tym, że wykonywanie usługi Zmiany wiąże się z utrzymaniem przez cały okres trwania umowy dodatkowego zespołu osób, a tym samym wpływa na wartość oferty. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego ITC wskazują na brak możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ z uwagi na nie uwzględnienie w wycenie kosztów wynagrodzenia osób odpowiedzialnych za wykonywanie usług Zmiany, a potwierdza to wskazanie, że 13 osób realizujących usługi Utrzymania będzie dodatkowo realizowało usługi Zmiany wraz z innymi osobami zatrudnionymi przez Odwołującego ITC, pracującymi nad innymi projektami. Powyższe jego zdaniem jest niewiarygodne. Jego zdaniem Odwołujący ITC powinien uwzględnić przy kalkulacji oferty także usługę Zmiany w odniesieniu do wskazanej przez Zamawiającego ilości roboczogodzin, jak uczynili to inni wykonawcy. Wskazana przez Zamawiającego liczba roboczogodzin powinna być jego zdaniem punktem wyjścia do kalkulacji ceny oferty. Zamawiający podniósł, że Odwołujący ITC nie określił zasobu (zespołu inżynierów), który będzie mógł wykonywać usługę realizacji Zmian, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że nie uwzględnił on ich w kosztach oferty. Co prawda Odwołujący ITC nadmienił, że posiada inne osoby, które będą wykonywały prace związane z realizacją usług Zmiany, jednak będą one realizowane przez te osoby „jeśli zajdzie taka potrzeba”. Podkreślił jednak, że potrzeba ta została przez niego określona w SIWZ w postaci wyceny 73 644 roboczogodzin dających w okresie trwania umowy 67 roboczogodzin dziennie. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący ITC nie uwzględnił jednak wynagrodzenia tych osób lub jego części. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO w sprawie KIO 2911/12.

Zamawiający podkreślił, że niezależnie od przyjętej przez wykonawcę metody ustalenia i kwalifikacji kosztów i wyceny oferty pewne zasady ogólne w tym zakresie zawsze obowiązują. Przekazanie wyjaśnień zawierających podstawowy i poważny metodologiczny błąd w zakresie kalkulacji ceny i zasad obowiązujących w zarządzaniu projektami w postaci uwzględnienia wszystkich kosztów, powoduje, że niezależnie od wybranej metody wyjaśnienia te nie pozwoliły na uznanie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołując się do argumentu Odwołującego ITC co do jego doświadczenia we wdrożeniach podobnych systemów Zamawiający podkreślił, że za wyjątkiem Zamawiającego oraz wykonawców dotychczas świadczących dla Zamawiającego usługi objęte przedmiotowym zamówieniem, inne podmioty, w tym Odwołujący ITC, nie posiadają dostatecznej wiedzy na temat szczególnej budowy czy złożoności systemów objętych przedmiotowym zamówieniem, a tylko taka wiedza może stanowić podstawę do obniżenia kosztów realizacji zamówienia. Doświadczenie zdobyte przez Odwołującego ITC przy realizacji innych systemów może być co najwyżej pomocne w świadczeniu usług objętych zamówieniem, lecz nie może być czynnikiem obiektywnie uzasadniającym redukcję kosztów do poziomu ceny zaoferowanej w złożonej ofercie. Wykazywanie szczegółowo doświadczenia dopiero w odwołaniu jest - zdaniem Zamawiającego – spóźnione, bowiem nie znalazło się w samych wyjaśnieniach wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego wykazywane w wyjaśnieniach Odwołującego ITC czynniki nie stanowią obiektywnych czynników, o jakich mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Jego zdaniem każdy z wykonawców mógłby powoływać się na te same czynniki, gdyż Odwołujący nie wykazał, iż wskazane przez niego czynniki są związane ściśle z nim i prowadzoną przez niego działalnością. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający powołał się na orzecznictwo (wyroki KIO w sprawie: KIO 327/14, KIO 1524/08, KIO 2014/10, KIO 1100/14 i wyrok SO w Warszawie w sprawie IV Ca 1299/09 oraz uchwała KIO w sprawie KIO/KU 40/14).

Co do zarzutu nie skorzystania przez Zamawiającego z procedury dalszych wyjaśnień ceny ofertowej Odwołującego ITC, Zamawiający wskazał, że ewentualne skorzystanie z tej procedury następuje tylko wobec dalszych wątpliwości Zamawiającego i jest uprawnieniem Zamawiającego, a nie obowiązkiem. Na poparcie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo (KIO 1287/14, KIO 404/14, KIO 2096/12, KIO 798/14 oraz SO w Warszawie V Ca 459/06).

Zamawiający także odniósł się do stanowiska Odwołującego ITC, wskazując, że brak jest jakiegokolwiek sprzeczności pomiędzy odpowiedzią na zapytanie do SIWZ nr 6, a stanowiskiem Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ITC w zakresie doświadczenia tego wykonawcy.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący Asseco poparł stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Swoje stanowisko podtrzymał w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy oraz w toku rozprawy.

Wskazał tam m.in., że procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, patrząc na literalne brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ma charakter jednorazowy, a gdyby Zamawiający zwrócił się ponownie do Odwołującego ITC o dodatkowe wyjaśnienia, doprowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż w niniejszym postępowaniu wezwanie skierowane było do trzech wykonawców o tej samej treści, którym Zamawiający wyznaczył jednakowy czas na udzielenie wyjaśnień. Przystępujący Asseco wskazywał też, że wykładnia celowościowa i prounijna wskazanego przepisu nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, bowiem Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego ITC z tego powodu, że jego wyjaśnienia była niewystarczające, tylko dlatego, że wyjaśnienia potwierdzały, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę; tym samym ponowne wyjaśniania nie zmieniałyby decyzji Zamawiającego. Podkreślił też, że to na wykonawcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny spoczywa obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta została tak skalkulowana, że zawiera wszystkie elementy cenotwórcze i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i profesjonalny wykonawca powinien mieć taką wiedzę, otrzymując wezwanie do wyjaśnień skierowane do niego w oparciu o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podniósł, że orzecznictwo przywołane przez Odwołującego ITC dotyczy innego stanu faktycznego niż w przedmiotowej sprawie.

Przystępujący Asseco wskazał na charakter usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia oraz ich zakres i sposób realizacji. Podzielił on stanowisko Zamawiającego, iż przy tak skomplikowanym stopniu i wielkości środowiska informatycznego Zamawiającego i wymogach związanych z realizacją usług objętych przedmiotem zamówienia koniecznym było zapewnienie odpowiedniego ilościowo i merytorycznie zespołu osób w celu obsługi ponad 1600 przeciętnie zgłaszanych przez pracowników Zamawiającego incydentów na miesiąc. Jego zdaniem dla wyceny należało wziąć pod uwagę minimalną ilość osób po dwie osoby na każdą usługę (8 usług) plus jedna osoba na zmianie nocnej, tj. łącznie minimum 20 osób. Przystępujący Asseco przedstawił też w oparciu o swoje doświadczenie i poziom kompetencji określony w jego firmie, a także według klasyfikacji względem „rynkowego benchmarku” firmy MERCER dla poszczególnych specjalistów wymaganych do realizacji usług Utrzymania zestawienie wymaganych kompetencji inżynierów zespołu Utrzymującego, przyjmując, że każdą wykazaną usługę Utrzymania realizuje inżynier skalsyfikowany na poziomie Przystępującego jako Starszy Specjalista ds. Technologii oraz inżynier na stanowisku Specjalista ds. Technologii. Powyższe według niego pozwoliło na wyliczenie rynkowych kosztów świadczenia takich usług. Dla tego wyliczenia przyjęto optymalizację kosztów (zmniejszenie kosztów poprzez wykorzystanie zasobów zdalnych, spoza Warszawy i pracujących na umowy cywilnoprawne). Według tych danych średni koszt miesięczny samego zespołu inżynierów realizujących usługi Utrzymania musi – jego



zdaniem - sięgać ponad 320 tys. zł netto miesięcznie (ok. 4000 tys. zł brutto), co w okresie obowiązywania umowy daje ponad 14 mln. zł brutto, a w te koszty nie są wliczone m.in. koszty ryzyka, obsługi administracyjno-prawnej i zysku.

Przystępujący Asseco wskazał też na konieczność wyliczenia w ramach niniejszego zamówienia wyceny usług Zmiany. Wskazał, że przyjęta przez Zamawiającego w SIWZ ilość godzin w tym zakresie oznacza, że w każdym miesiącu będzie to obciążenie ok. 2 tys. godzin miesięcznie, a Zmiany te będą o dwojakim charakterze: trudniejsze (wymagającego doświadczonego zespołu) i rutynowe (wykonywane w ramach określonego schematu). Do wyliczenia kosztów świadczenia usług Zmiany Przystępujący Asseco przyjął założenie, że w ramach zespołu Utrzymaniowego zespół ten przy właściwej organizacji pracy jest w stanie zrealizować około 500 roboczogodzin Zmian (mniej niż 2 godziny dziennie) i założono, że 18 000 godzin może być zrealizowanych przez wskazany zespół w trakcie realizacji całego zamówienia, bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Pozostałe do realizacji 55 644 godzin według niego będą realizowane przez dodatkowe zespoły wymagające zatrudnienia dodatkowych specjalistów. Zespół realizujący usługi Zmiany to trzy grupy osób: ekspertów dziedzinowych, według kwalifikacji wymaganych dla zespołu Utrzymania, zespół wsparcia według 48 poziomu kompetencji MERCER i analogicznie zespół techników. Dla realizacji pozostałej ilości godzin na świadczenie usług Zmiany (55 644) przy założeniu równomiernego ich miesięcznego rozłożenia konieczna jest realizacja 1 545 roboczogodzin, tj. blisko 200 roboczodni miesięcznie. Aby była możliwa realizacja takiej ilości godzin zdaniem Asseco potrzebne jest obsadzenie 10 etatów. Przy przyjęciu elementów racjonalizacji kosztów jak wyżej Przystępujący Asseco wskazał, że najmniejszy koszt z tego tytułu to ok. 3,1 mln zł netto (ok. 3,8 mln zł brutto). Przy tak oszacowanych kosztach pracy inżynierów i techników Przystępujący Asseco wskazał na koszty na poziomie około 18 mln zł brutto. Wskazał też na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów realizacji umowy, tj. kosztów kierownika Projektu, kosztów obsługi operatorskiej (24h), kosztów Helpdesku, kosztów Standby i kosztów okresu przejściowego i przygotowania (weryfikacji) procedur, które kształtują się na poziomie ok. 10-15% kosztów. Przystępujący wykazywał też zasadność przyjęcia dla sporządzonej przez siebie wyceny raportów MERCER, a nie GUS.

Przystępujący Asseco wskazał też na okoliczność zaniżania kwalifikacji osób przeznaczanych do realizacji zamówienia w innych umowach o udzielenie zamówienia publicznego realizowanych przez Odwołującego ITC oraz ITC Culture S.A. Podkreślił, że ITC aktualnie boryka się z problemami związanymi z realizacją umów o zamówienie publiczne, których przyczyną jest rażące zaniżanie cen ofertowych, nie uwzględniając przy ich wycenie istotnych elementów cenotwórczych, jak wynagrodzenie osób zdolnych do wykonania zamówienia na poziomie adekwatnym do wymagań zarówno jakościowych, jak i ilościowych.

Na tego rodzaju problemy wskazał, przywołując: umowę nr MSP/B/2-00/2013 zawartą z Ministerstwem Skarbu Państwa z dnia 4 stycznia 2013 r., umowę nr 0491/2010 z dnia 29 grudnia 2010 r. zawartą z Ministerstwem Infrastruktury i Rozwoju, umowę nr 21/DI/2013/2610 z dnia 27 maja 2013 r. zawartą z Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, umowę nr 2014/0347/NFK z dnia 2 września 2014 r. zawartą z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz związane z ich realizacją dokumenty.

W toku rozprawy Przystępujący Asseco dodatkowo złożył do akt sprawy sporządzoną przez siebie analizę (wycenę) kosztów związanych z realizacją usług Utrzymania i usług Zmiany wraz z raportem firmy MERCER dla wykazania, że optymalne wynagrodzenie z tytułu realizacji usług Utrzymania w niniejszym postępowaniu to poziom ok. 14 mln zł brutto zaś usług Zmiany – około 4 mln zł brutto, co stanowi łączne koszty osobowe z tytułu realizacji niniejszego zamówienia na poziomie około 18 mln zł brutto.

Odwołujący Comarch w sprawie KIO 2819/14 wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a polegającej na wyborze oferty Przystępującego Asseco, pomimo że Zamawiający zaniechał odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez Przystępującego Asseco jako niejawnych części oferty tego wykonawcy przez co uniemożliwił Odwołującemu Comarch zbadanie oferty Przystępującego Asseco i wykazanie że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez Przystępującego Asseco jako niejawnych części oferty tego wykonawcy (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj.:
  - wykaz głównych usług wraz z dowodami poświadczającymi należyte wykonanie usług zał. 6,
  - zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia,
  - KRS podmiotu używającego,
  - oświadczenie - wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia zał. 7

oraz zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez Przystępującego Asseco jako niejawnych wyjaśnień

i ewentualnych uzupełnień treści oferty oraz wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa; pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez wykonawcę DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*DahliaMatic*”), jako niejawnych części oferty DahliaMatic (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj.:

- wykaz głównych usług wraz z dowodami poświadczającymi należyte wykonanie usług,
- zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, osób (w przypadku polegania na zasobach innego podmiotu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) wraz z dokumentami formalnymi tych podmiotów,
- wykazu osób

oraz zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez DahliaMatic jako niejawnych wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty oraz wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa; pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Comparex*”), jako niejawnych części oferty Comparex (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj.:

- wykaz głównych usług wraz z dowodami poświadczającymi należyte wykonanie usług,
- zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, osób (w przypadku polegania na zasobach innego podmiotu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) wraz z dokumentami formalnymi tych podmiotów,
- wykazu osób

oraz zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez Comparex jako niejawnych wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty oraz wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa; pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych

dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „HP”), jako niejawnych części oferty HP (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj.:

- wykaz głównych usług wraz z dowodami poświadczającymi należyte wykonanie usług,
- zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, osób (w przypadku polegania na zasobach innego podmiotu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) wraz z dokumentami formalnymi tych podmiotów,
- wykazu osób,

oraz zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez HP jako niejawnych wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty oraz wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

6. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego Comarch jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący Comarch nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, poprzez to, iż Zamawiający zaniechał odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia mu zastrzeżonych przez wykonawców: Przystępującego Asseco, DahliaMatic, Comparex i HP jako niejawnych części ich ofert przez co uniemożliwił mu zbadanie ofert tych wykonawców i wykazanie, że wykonawcy ci ten powinni zostać wykluczeni z przedmiotowego postępowania, a ich oferta powinny zostać odrzucone.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia

Odwołującemu zastrzeżonych przez Przystępującego Asseco, wykonawcę DahliaMatic, Comparex, HP jako niejawnych części ofert tych wykonawców;

- 3) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego Asseco jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Zamawiający zaniechał odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Comarch zastrzeżonych przez Przystępującego Asseco jako niejawnych części oferty tego wykonawcy przez co uniemożliwił Odwołującemu Comarch zbadanie oferty Przystępującego Asseco i wykazanie, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym Odwołujący Comarch wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Przystępującego Asseco jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu, aby odtajnił (ujawnił) zastrzeżone przez Przystępującego Asseco, wykonawcę DahliaMatic, Comparex i HP;
4. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego Comarch jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący Comarch wskazał na dyspozycje przepisów ustawy Pzp wskazujące na zasadę jawności postępowania jej ograniczenia i zasady udostępniania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), a także na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego Comarch dokonane przez ww. wykonawców zastrzeżenia w ich ofertach jako tajemnicy przedsiębiorstwa było bezpodstawne, gdyż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05) Odwołujący Comarch podkreślił, że Zamawiający powinien był odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zdaniem Odwołującego Comarch wszystkie zastrzeżone przez wykonawców: Asseco, DahliaMatic, Comparex i HP informacje nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mówi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności stwierdził bezpodstawność zastrzeżenia w ofertach wykazów zamówienia wraz z dowodami czy zostały należycie wykonane, jak i wszelkich wyjaśnień/uzupełnień w tym zakresie. Jego zdaniem nie można uznać za zasadne utajnienie informacji dotyczących zamówień publicznych, jak i zamówień dla podmiotów prywatnych i bez znaczenia jest to czy powoływanie na takie zamówienia jest skutkiem korzystania z zasobu

podmiotu trzeciego w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Podkreślił, że fakt, iż informacje na temat określonych informacji są dostępne publicznie, wskazuje na brak możliwości objęcia ich zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku zamówień dla podmiotów prywatnych jego zdaniem tajemnicą mogłyby być tylko nazwy tych podmiotów, o ile informacje na temat tych zamówień w ogóle spełniają warunki uznania za tajemnicę (przykładowo czy nie są dostępne w Internecie). W przypadku więc zamówień dla podmiotów prywatnych i wykazania, że nie są to informacje publicznie dostępne, Odwołujący Comarch domaga się odtajnienia wszystkich informacji z wyłączeniem nazw odbiorców takich „prywatnych” zamówień.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący Comarch powołał się na orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO 2240/14, KIO 322/11 i KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11 oraz KIO 2079/10, KIO 2040/10, KIO 1745/13).

W ocenie Odwołującego Comarch z orzecznictwa KIO wynika również bezzasadność utajnienia wykazu osób (zwłaszcza w zakresie wymaganych certyfikatów), który jest przedstawiany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien być dokumentem jawnym. Bezzasadne, zdaniem Odwołującego Comarch, jest również utajnienie zobowiązań do udostępnienia zasobów - fakt współpracy i rodzaje zasobów powinny być informacjami jawnymi skoro chodzi o postępowanie o zamówienie publiczne. Także bezzasadne jego zdaniem jest utajnienie dokumentów formalnych dotyczących podmiotów udostępniających zasoby i przywołał tutaj dokument odpisu z właściwego rejestru i powołując się na wyrok SN z 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67) wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, rejestr jest jawny, a przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskiwać w zwykłej i dozwolonej drodze.

Odwołujący Comarch podkreślił, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a także, że poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia mu zastrzeżonych przez ww. wykonawców (tj. wykonawcy wybranego oraz wykonawców, których oferty uplasowały się w rankingu ofert wyżej niż oferta Odwołującego) jako niejawnych części ich ofert, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W jego ocenie gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp i odtajnił (ujawnił), jak i udostępnił mu ww. dokumenty, Odwołujący Comarch, dokonując analizy ww. dokumentów mógłby zweryfikować czy ww. wykonawcy faktycznie wykazali spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby nie naruszenie Zamawiającego Odwołujący Comarch miałby możliwość zbadania prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny

spełniania warunków udziału przez wyżej wskazanych wykonawców i Odwołujący Comarch byłby wówczas w stanie wykazać, że wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z przedmiotowego postępowania, a ich oferty powinny zostać uznane za odrzucone, co zwiększyłoby szansę Odwołującego Comarch na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jego zdaniem Zamawiający doprowadził do sytuacji, że oferta Odwołującego Comarch może nie zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a Odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia i nie osiągnąć korzyści (zysku), które zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w sprawie i wniósł o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego związanych z wniesieniem wpisu od odwołania.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując, że zarzuty podnoszone w odwołaniu są spóźnione. Powołał się na art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp i wskazał, że zarzuty dotyczące zaniechania, w tym zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wnoszą się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć, wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Podniósł, że obowiązujące przepisy nie zobowiązują zamawiającego do informowania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji. W jego ocenie wykonawca, zachowując należyłą staranność, informację o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź alternatywnie – o ile jest to uzasadnione okolicznościami – w najbliższym terminie po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty, czy ofert. Podkreślił, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący Comarch zwrócił się do Zamawiającego w dniu 3 listopada 2014 r. o wgląd do ofert. W dniu 1 listopada 2014 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu Comarch do wglądu oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z wyłączeniem informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jego zdaniem Odwołujący Comarch mógł zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców i w ten sposób zweryfikować poprawność czynności związanej z oceną przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w dniu 13 listopada 2014 r., zatem termin na wniesienie odwołania w tej sprawie upływał mu w dniu 23 listopada 2014 r.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania wskazał na obowiązujące przepisy ustawy Pzp dotyczące zasady jawności postępowania, udostępniania dokumentacji postępowania oraz ograniczenia zasady jawności. Podkreślił, że odwołanie powinno być oddalone w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 179 ust. 1. Podkreślił, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi podstawę oddalenia odwołania w całości, w sytuacji gdy wobec żadnego z zarzucanych naruszeń nie da się przypisać jednoczesnego spełnienia przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Wskazał też na art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie Zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, a także zwięźle przytoczenie zarzutów i żądań oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazał, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący Comarch nie może przypisać Zamawiającemu zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu niejawnych części ofert innych wykonawców bowiem Odwołujący Comarch nie wystąpił z wnioskiem o odtajnienie i udostępnienie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący Asseco w toku rozprawy poparł stanowisko Zamawiającego, wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania, a następnie o jego oddalenie. Podkreślił, że Odwołujący nie wykazał zasadności stawianych Zamawiającemu zarzutów, a to na nim spoczywa ciężar dowodowy w tym zakresie. Podniósł też, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji objętych w jego ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa zawarł w wyjaśnianych z dnia 28 listopada 2014 r. złożonych Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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



Izba oddaliła złożony w tym zakresie wniosek Zamawiającego i Przystępującego Asseco o odrzucenie odwołania wykonawcy Comarch (KIO 2819/14) z uwagi na niedotrzymanie terminu na jego złożenie.

Izba uznała, że odwołanie dotyczy zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego związanej z udostępnieniem przez Zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu. W przypadku wnoszenia odwołania dotyczącego zaniechania dokonania określonej czynności, do której zobowiązują Zamawiającego przepisy ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania rozpoczyna swój bieg od momentu, w którym wykonawca powziął lub - przy zachowaniu należytej staranności - mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Izba uznała, że Odwołujący Comarch mógł powziąć wiadomość o okoliczności nie odtajnienia przez Zamawiającego kwestionowanych ofert po zakończeniu, w sposób pewny, procedury badania i oceny ofert przez Zamawiającego w tym zakresie (zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). O zakończeniu dokonania tych czynności Zamawiający w sposób formalny nie ma obowiązku - w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp - informowania odrębnie wykonawców; z takiej możliwości Zamawiający też nie skorzystał samodzielnie, z własnej inicjatywy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dopiero zatem informacja o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu stanowiła dla Odwołującego Comarch uzasadnioną podstawę do powzięcia wiedzy o ostatecznym zakończeniu procesu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w kwestionowanych ofertach.

W ocenie Izby nie można uznać za wystarczającą podstawę do powzięcia takiej informacji przez Odwołującego Comarch w oparciu o udostępnienie mu w dniu 13 listopada 2014 r. ofert kwestionowanych wykonawców na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 5 listopada 2014 r., w którym poinformował on Odwołującego Comarch o udostępnieniu mu w dniu 13 listopada 2014 r. ofert wykonawców bez zastrzeżonych w nich informacji, które stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający po udostępnieniu Odwołującemu Comarch wskazanych ofert w dniu 13 listopada 2014 r. pismami z dnia 21 listopada 2014 r. wezwał tych wykonawców o wyjaśnienie przyczyn, dla których w swoich ofertach określone informacje wykonawcy ci zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zatem po udostępnieniu Odwołującemu Comarch ofert kwestionowanych wykonawców dokonywał jeszcze czynności badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w tych ofertach, zatem ewentualne odwołanie wniesione na nieodtajnienie (zaniechanie) przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji po dacie 13 listopada 2014 r. byłoby przedwcześnie.

Izba uznała również, że istnieje formalnoprawna podstawa zaskarżenia zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego kwestionowanych ofert, nawet pomimo braku formalnego wniosku Odwołującego Comarch po wyborze oferty najkorzystniejszej o udostępnienie mu przez Zamawiającego złożonych ofert w pełnym zakresie, z uwagi przede wszystkim na fakt, iż – jak ustaliła Izba – Zamawiający faktycznie w toku czynności badania i oceny ofert nie dokonał odtajnienia żadnej z kwestionowanych ofert w zakresie utajnienia przez poszczególnych wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, uznając w tym zakresie za wystarczające wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do rozpoczęcia biegu terminu na złożenie odwołania na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa określonych informacji od upływu terminu składania ofert. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wykonawcy wobec niezgodnych z prawem czynności i zaniechań czynności Zamawiającego. W przypadku nie udostępnienia ofert w postępowaniu na zasadzie jawności postępowania otwarcie ofert nie stanowi ani materialnej czynności związanej z powyższym, ani jego zaniechania. Samo zaś złożenie oferty przez wykonawcę z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega zaskarżeniu w trybie odwoławczym. Dopiero sytuacja, w której zamawiający nie udostępnia zgodnie z zasadą jawności postępowania części dokumentacji z tego postępowania (także złożonych ofert) po zakończonym badaniu i ocenie ofert w tym zakresie, może stanowić podstawę do wszczęcia procedury odwoławczej. Jeśli takiej wyraźnej odmowy udostępnienia ofert po stronie zamawiającego brak, zdaniem Izby termin na zaskarżenie tego zaniechania zamawiającego (nieudostępnienia zastrzeżonych w ofertach informacji) rozpoczyna swój bieg dopiero od formalnego zakończenia czynności badania i oceny ofert – od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wtedy dopiero mamy pewność, iż procedura weryfikacji złożonych ofert również pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa się zakończyła.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpień do obydwu postępowań odwoławczych, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione. Z tych też względów, w ocenie Izby, Przystępujący uzyskał status uczestnika postępowań odwoławczych.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia obydwu odwołań, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona.

Odwołujący ITC ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu ofertę z najniższą ceną, przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert ustalonym przez Zamawiającego w SIWZ i kwestionuje czynność odrzucenia jego oferty w postępowaniu

Zatem w wystarczający sposób wykazał się on możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Odwołujący Comarch zdaniem Izby również wykazał interes we wniesieniu odwołania kwestionując zaniechania udostępniania mu sklasyfikowanych w rankingu oceny ofert powyżej oferty Odwołującego Comarch ofert wykonawców, co uniemożliwiało mu weryfikację tych ofert i wykonawców pod kątem oceny spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu, a ponadto w efekcie uniemożliwiło wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zatem Odwołujący Comarch w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, który powołując się na dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykazywał na brak podstaw do rozpoznania niniejszego odwołania. Przy takim założeniu zarzuty dotyczące nieudostępniania wykonawcom zgodnie z zasadą jawności postępowania dokumentacji z postępowania nie zasługiwałyby w ogóle na ochronę w ramach środków ochrony prawnej. Uznanie, że wykonawca nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w trybie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąc przesłankę materialnoprawną wniesienia odwołania, skutkowałoby oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów w nim podnoszonych. Taka ocena zarzutów związanych z naruszeniem jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, prowadząca do ograniczenia wnoszenia środków ochrony prawnej co do każdej czynności czy zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, byłaby zdaniem Izby nieuprawniona i prowadząca do naruszeń w zakresie prawa europejskiego.

Izba, rozpoznając odwołania w granicach zarzutów w nich podniesionych, uznała, że podlegają one oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego oraz na jego stronie internetowej w dniu 31 lipca 2014 r. Ogłoszenie następnie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 5 sierpnia 2014 r.

Zamawiający w SIWZ (Rozdział XIII) określił kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu.

Zamawiający szacunkową wartość przedmiotu zamówienia ustalił na kwotę: 48 518 302,00 zł netto, co stanowi równowartość 11 483 893,70 euro, przewidując w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę: 16 172 767,00 zł (tj. 3 827 964,57 zł euro). Na otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę: 39 785 008,05 zł brutto na sfinansowanie nie4njszego zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 31 października 2014 r., do Zamawiającego wpłynęło 9 ofert w tym postępowaniu:

- 1) PROXIMUS S.A. z siedzibą w Katowicach z ceną: 32 499 680,76 zł brutto
- 2) DAHLIAMATIC z ceną: 26 952 117,93 zł brutto
- 3) Przystępującego Asseco z ceną: 20 872 239,76 zł brutto
- 4) Comparex z ceną: 27 554 706,00 zł brutto,
- 5) Odwołującego Comarch z ceną: 28 645 366,68 zł brutto
- 6) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną: 40 335 764,02 zł brutto
- 7) HP z ceną: 21 929 123,88 zł brutto
- 8) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Kapsch Sp. z o.o. i Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną: 36 185 164,64 zł brutto
- 9) Odwołującego ITC z ceną: 9 931 723,56 zł brutto.

W toku czynności badania i oceny ofert pismem z dnia 3 listopada 2014 r. Odwołujący Comarch zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający pismem z dnia 5 listopada 2014 r. wyznaczył

Odwołującemu Comarch termin na udostępnienie mu w dniu 13 listopada 2014 r. ofert złożonych w postępowaniu z wyłączeniem informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismami z dnia 21 listopada 2014 r. zwrócił się do wykonawców: Przystępującego Asseco, Dahliamatic, Comparex, HP i Odwołującego ITC o wyjaśnienie podstaw zastrzeżenia w ich ofertach jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. W tym samym piśmie Zamawiający zwrócił się także do Odwołującego ITC w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy. W dniu 28 listopada 2014 r. wszyscy wskazani wykonawcy, a w dniu 27 listopada 2014 r. Dahliamatic złożyli Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia.

Zamawiający w dniu 19 grudnia 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego Asseco oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferty Odwołującego ITC.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołania dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

#### **Odwołanie o sygn. akt: KIO 2814/14**

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego ITC z powodu rażąco niskiej ceny i naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba, dokonując oceny wskazanego zarzutu, stwierdziła w pierwszej kolejności, że żądanie wyjaśnień od Odwołującego ITC w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp było jak

najbardziej uzasadnione z racji znaczącej rozbieżności jaka zaistniała pomiędzy wartością szacunkową przedmiotu zamówienia, ustaloną przez Zamawiającego zgodnie z art. 32 ustawy Pzp w kwocie netto, z pominięciem wartości zamówień uzupełniających, które nie stanowią przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego i następne – dla porównywalności tej wartości – powiększoną o należną kwotę podatku VAT (23%) (39 785 008,05 zł brutto), a wartością oferty Odwołującego ITC (9 931 723,56 zł brutto). Zasadnicza rozbieżność poziomu ceny ofertowej Odwołującego ITC istniała również w odniesieniu do innych ofert złożonych w postępowaniu (ceny innych ofert złożonych w postępowaniu kształtowały się na poziomie od ponad 20 i 30 mln zł brutto do kwoty ponad 40 mln zł brutto). Czynność ta zresztą nie była przedmiotem zarzutów odwołania, niemniej jednak Izba, odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w oparciu o regulacje ustawy Pzp dotyczące rażąco niskiej ceny w brzmieniu obowiązującym sprzed wejścia w życie nowelizacji tych regulacji w dniu 19 października 2014 r., winna także rozstrzygnąć kwestię dotyczącą samego podejrzenia rażąco niskiej ceny. Powyższe jest uzasadnione w szczególności, iż Odwołujący ITC w swoim odwołaniu wskazywał na okoliczność, iż nie zawsze szacowana przez Zamawiającego wartość rzeczywiście odpowiada cenom rynkowym przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę znaczącą rozbieżność istniejącą w ofercie Odwołującego w stosunku do podstawowych wyznaczników oceny, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

- wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT (w niniejszym postępowaniu taka sama wartość została także wskazana przez Zamawiającego jako kwota na sfinansowanie zamówienia, choć standardowo może to być kwota inna wynikająca z aktualnego budżetu zamawiającego),
- wartości ofert złożonych w danym postępowaniu stanowiące wyznacznik rynku określonego rodzaju zamówień

i ewentualnie – w przypadku nieporównywalności ofert złożonych w danym postępowaniu –

- rozeznania cen funkcjonujących na rynku danego rodzaju produktów, wykonywanych usług, bądź robót budowlanych,

w ocenie Izby w pełni uzasadnionym było skierowanie przez Zamawiającego do Odwołującego ITC wezwania do wyjaśnienia, czy jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wycena usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia została dokonana przez samego Zamawiającego w sposób rynkowy, gdyż większość ofert złożonych w postępowaniu - przy łącznej ilości dziewięciu ofert – była wartościowo zbliżona do wartości ustalonej przez Zamawiającego. Jedynie oferta Odwołującego ITC w sposób znaczący odbiegała wartościowo od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu i wartości przedmiotu

zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Tym samym zatem w tym przypadku powstało po stronie Zamawiającego uzasadnione przypuszczenie, że zaoferowana przez Odwołującego ITC cena jest poniżej kosztów świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, a zatem jest nierealna i nierzeczywista oraz stwarza realne zagrożenie niewykonania zamówienia publicznego przez tego wykonawcę lub jego nienależytego wykonania. Odwołujący ITC w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach powinien wykazać – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - określone obiektywne dla niego czynniki, które pozwoliły mu w uzasadniony sposób na obniżenie swojej ceny ofertowej aż do poziomu ok. 9 mln zł brutto, podczas gdy wartość zamówienia kształtowała się na poziomie ok. 40 mln zł brutto. Izba, dokonując oceny wyjaśnień Odwołującego ITC, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wyjaśnienia te potwierdzają jedynie, że cena ofertowa tego wykonawcy nie pozwala na realizację zamówienia bez poniesienia strat przez tego wykonawcę, nawet kosztem nienależytego wykonania w przyszłości niniejszego zamówienia.

W dalszej kolejności Izba odnosiła się argumentu formalnego podniesionego przez Odwołującego ITC o tym, iż wezwanie skierowane do niego przez Zamawiającego miało charakter ogólny i nie wskazywało na podanie określonych informacji co do sposobu ustalenia ceny ofertowej. W ocenie Izby profesjonalista jakim niewątpliwie jest Odwołujący ITC, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne wedle procedur przewidzianych w ustawie Pzp, co zresztą Odwołujący ITC wykazywał w ramach postępowania dowodowego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To wykonawca też ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę i z jakich metod korzystał oraz jakie szczególne czynniki zastosował, które wpłynęły czy to na wycenę całej ceny ofertowej, czy też na wycenę poszczególnych cen jednostkowych, czy częściowych zamówienia, co w efekcie miało wpływ na ostateczną cenę ofertową. W przedmiotowej sprawie Odwołujący ITC miał dodatkowo szczególną sytuację, którą mógł już zaobserwować w trakcie otwarcia ofert, a mianowicie, iż jego cena ofertowa faktycznie znacząco odbiega od cen ofertowych pozostałych 8 wykonawców. W tej sprawie Zamawiający, kierując wezwanie do Odwołującego ITC wskazał także w wystarczający sposób na swoje uzasadnione wątpliwości w tej mierze, a wykonawca mając świadomość charakteru wynagrodzenia przyjętego do wykonania w niniejszym postępowaniu, zakresu i rodzaju usług objętych przedmiotem zamówienia, zastosowanej przez siebie metody

kalkulacji ceny ofertowej, a wreszcie znając obowiązujące w tej mierze przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku – dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretacje wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż ich ogólnikowy charakter czy też brak przedstawienia szczególnych właściwych jemu okoliczności mających wpływ na obniżenie ceny ofertowej będzie wpływał na uznanie jego ceny ofertowej za nierealną.

Sama treść udzielonych przez Odwołującego ITC wyjaśnień, w ocenie Izby, nie uzasadnia w sposób obiektywny okoliczności, które pozwalałyby bez szkody dla realizacji zamówienia na obniżenie ceny ofertowej do poziomu zaproponowanego w ofercie Odwołującego ITC. Treść udzielonych wyjaśnień, z racji objęcia ich przez Odwołującego ITC zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być ujawniona przez Izbę, stąd też odniesienie się do ich treści w uzasadnieniu niniejszego wyroku ma charakter na tyle ogólny, na ile możliwe było odniesieniu się do ich treści w ramach jawnego wyroku Izby i jego uzasadnienia. W tym zakresie stwierdzić należało, że Odwołujący ITC w swoich wyjaśnieniach podał przede wszystkim argumenty i okoliczności, które mogą być właściwe dla podmiotów (firm) funkcjonujących na rynku firm informatycznych, które świadczą usługi także na rzecz podmiotów publicznych (udzielających zamówień w trybie ustawy Pzp). Nie są to więc okoliczności właściwe wyłącznie dla Odwołującego ITC, ale również dla pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, lecz na poziomie znacząco wyższym niż oferta Odwołującego ITC. Z tych też względów okoliczności te jako takie nie uzasadniają zaniżenia wyceny ofertowej Odwołującego ITC.

Zasadnicza kwestia, która legła w efekcie u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego ITC z powodu rażąco niskiej ceny, tj. zbyt mała wielkość zasobów osobowych przeznaczonych do realizacji niniejszego zamówienia i tym samym niewłaściwa wycena tych zasobów, także była przedmiotem wyjaśnień udzielanych przez Odwołującego ITC. Wyjaśnienia w tym zakresie, w ocenie Izby, są niespójne i wskazują na nieprawidłową wycenę w ofercie tego najistotniejszego elementu kosztowego oferty i tym samym potwierdzają, że Odwołujący ITC przyjął nierealną cenę dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Podkreślenia wymaga, że usługa objęta przedmiotem zamówienia opiera się na zasadniczym koszcie związanym z jej realizacją - mianowicie koszcie osobowym. Aby konkretne usługi wchodzące w zakres tego zamówienia, opisane bardzo dokładnie przez Zamawiającego w SIWZ, mogły być prawidłowo realizowane, każdy wykonawca deklarujący chęć ich wykonania powinien przewidzieć w swojej kalkulacji ofertowej koszt określonej ilości osób (zespołu osobowego), które będą świadczyć te usługi. Usługi związane z zarządzaniem, administrowaniem i monitorowaniem oraz bieżącą obsługą



Utrzymania infrastruktury informatycznej i podsystemów funkcjonujących u Zamawiającego, także w zakresie dokonywania zmian wymagań realizacji poszczególnych usług Utrzymania, zmiana infrastruktury, czy też lokalizacji, gdzie mają być świadczone usługi podstawowe, dokumentacji i procedur z nimi związanych, które mogą nastąpić w toku realizacji zamówienia o nieprzeciętnej skali tego zamówienia i konieczność ich wykonywania w określonych reżimach, w tym reżimie czasowym, wskazują na konieczny i poważny nakład pracy osobowej jako istotę realizacji całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tym zakresie w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie narzucił wykonawcom konkretnej ilości osób, która jest niezbędna do prawidłowej realizacji zamówienia. Tu należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego ITC, że w ramach opisu sposobu wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia SIWZ konkretnych wymogów co do wymaganej ilości osób nie zawierała. Niewątpliwie najistotniejszym wyznacznikiem, który w tym zakresie należało przyjąć był wymóg opisany w warunkach udziału w postępowaniu (Rozdział IV pkt 1 ppkt 1 lit. c) SIWZ) w ramach potencjału osobowego, gdzie Zamawiający określił szczegółowe wymagania dotyczące zespołu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, które miały posiadać określone kwalifikacje (certyfikaty). Były to wymagania, jeśli chodzi o poziom jakościowy niezbędny do wykonania zamówienia, bardzo wysokie, zważywszy na rodzaj certyfikatów wymaganych od tych osób, co również wskazuje na szczególny charakter usług, które mają być realizowane w ramach przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę szczególne postanowienia SIWZ w tym zakresie, w tym uwagę, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się tą samą osobą dla realizacji kilku ról, nie więcej jednak niż 3 ról, w sytuacji gdyby ta osoba mogła wykazać się posiadaniem kilku wymaganych certyfikatów, można było uznać, że Zamawiający wymagał maksymalnie 5 osób w ramach wskazanego warunku potencjału osobowego. Odwołujący ITC, wskazywał w odwołaniu, że skoro wykazał w swoich wyjaśnieniach, iż przyjął do realizacji przedmiotu zamówienia większą ilość osób nie przewidzianą przez Zamawiającego w SIWZ, należycie wycenił swoją ofertę. Izba nie zgodziła się z tym twierdzeniem, bowiem liczba osób wysokokwalifikowanych wymaganych przez Zamawiającego od wykonawców w ramach opisu warunków udziału w postępowaniu może być co najwyżej punktem wyjścia do oceny ogólnej liczby osób, które będą musiały być skierowane do pracy nad realizacją usług objętych przedmiotem zamówienia, w taki sposób, aby usługi te mogły być realizowane należycie. Opis warunków udziału w postępowaniu to minimalne wymagania związane z realizacją zamówienia, które Zamawiający określa w SIWZ w celu potencjalnej weryfikacji podmiotowych możliwości wykonania konkretnego zamówienia przez wykonawców. Taki charakter mają właśnie warunki udziału w postępowaniu. Wskazane w opisie warunku osoby, które Zamawiający weryfikuje w postępowaniu dla stwierdzenia, czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia

publicznego ma w ogóle możliwości do realizacji zamówienia, zgodnie z wolą Zamawiającego wyrażoną w SIWZ, powinny faktycznie będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe nie oznacza jednak, że są to wymogi pełne dla możliwości prawidłowego wykonania całego zamówienia. Istotne są w tym względzie szczegóły związane z zakresem, charakterem i sposobem realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia. Jeszcze raz zgodzić należy się z Odwołującym ITC, że wymóg posiadania co najmniej 20 inżynierów dla realizacji Usług Utrzymania stanowiących trzon przedmiotu zamówienia nigdzie wprost w postanowieniach SIWZ nie pojawił się. Jednak biorąc pod uwagę wszystkie inne wymogi SIWZ związane z realizacją tych usług, a przede wszystkim ilość tych usług świadczonych dla konkretnych lokalizacji określonych w SIWZ i wymagany reżim ich świadczenia, w tym przede wszystkim reżim czasowy (usługi Utrzymania mają być świadczone przez 7 dni w tygodniu przez 24 godziny na dobę), a zwłaszcza mając na uwadze przywoływany wcześniej niespotykany efekt skali tego zamówienia, słusznym wydaje się założenie Zamawiającego, iż dla prawidłowej realizacji zamówienia należało przyjąć ilość minimum 20 inżynierów. Założenie to ma uzasadnienie z wymogach dotyczących świadczenia usług Utrzymania i mogło być uwzględnione przez wykonawców w swoich ofertach. Wobec braku konkretnego, wyrażonego wprost w postanowieniach SIWZ takiego wymogu, można sobie także wyobrazić, że wykonawcy przyjmują dla wyceny swoich ofert także inne, alternatywne założenia w tym zakresie, inną metodę kalkulacyjną, uwzględniającą przewidziany przez wykonawcę sposób realizacji przedmiotu zamówienia, który jednocześnie zapewniałby wypełnienie wymogów jakościowych i czasowych związanych z jego realizacją i w efekcie zapewniałby prawidłową realizację tego zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę sposób kalkulacji wynagrodzenia ofertowego Odwołującego ITC ukazany przez niego w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny, taka alternatywna i szczególna metoda kalkulacyjna i tym samym sposób wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia, nie były przewidziane przez tego wykonawcę. Z tych też względów należało wziąć pod uwagę konieczność wyceny pracy określonego zespołu osób, które fizycznie będą w stanie realizować usługi Utrzymania stanowiące trzon przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący ITC zważywszy na wskazane powyżej okoliczności nie wykazał, że dokonał wyceny pracy takiej ilości osób, która na minimalnym poziomie będzie w stanie prawidłowo realizować zamówienie, biorąc pod uwagę szczególnie charakter wymogów dotyczących świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia opisanym przez Zamawiającego w SIWZ w niniejszym postępowaniu. Jak wskazano Odwołujący ITC nie przedstawił też w swoich wyjaśnieniach żadnego alternatywnego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia i kalkulacji ceny ofertowej, który mógłby usprawiedliwiać brak wyceny pracy zespołu

osobowego na wskazanym poziomie i dawać gwarancje prawidłowego wykonywania usług Utrzymania.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że przedmiot zamówienia, oprócz świadczenia usług Utrzymania, zawierał także realizację usług Zmiany, które wykonawcy również powinni uwzględnić w swojej wycenie przedmiotu zamówienia. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego ITC, że ten zakres nie powinien stanowić wyceny ceny ofertowej z uwagi na to, że usługi te mogą być zlecane wykonawcom w toku realizacji przedmiotu zamówienia, ale nie muszą. Odwołujący ITC powoływał się w tym zakresie przede wszystkim na odpowiedź na zapytanie nr 4 do SIWZ. W ocenie Izby, mając na względzie przede wszystkim treść formularza ofertowego, gdzie Zamawiający wprost przewidział, iż w ramach ceny ofertowej wykonawcy mają obowiązek wycenić określoną ilość roboczogodzin (73 644) i określając na czym świadczenie tych usług Zmian miałyby polegać (choćby definicja zawarta w § 1 projektu umowy), a także oczekując wyceny odrębnie wynagrodzenia jednostkowego – 1 roboczogodziny świadczenia tego typu usług i podania łącznie wyceny pełnej ilości roboczogodzin związanych z realizacją usług Zmiany, usługi te podlegały wycenie w ramach ceny ofertowej i wycena ta winna mieć charakter realny. To, że Zamawiający w odpowiedzi na wskazane zapytanie do SIWZ wskazał, że zastrzega sobie prawo nie zamówienia żadnej z powyższych prac oznacza tylko prawo Zamawiającego do nie zlecenia pełnej ilości usług Zmiany. Powyższe powinno być wycenione przez wykonawców w ramach ryzyka swojej wyceny ofertowej, jednak nie oznacza, że wyłącza obowiązek wyceny konkretnej ilości roboczogodzin określonej przez Zamawiającego w formularzu ofertowym. Obowiązek wyceny tej konkretnej ilości roboczogodzin oznacza także w konsekwencji konieczność realnej wyceny przez wykonawcę pracy zespołu ludzkiego, który - niezależnie od świadczenia usług Utrzymania - będzie w stanie należycie wykonywać usługi Zmiany. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego ITC nie gwarantują, zdaniem Izby, prawidłowego wykonywania tych usług także objętych przedmiotem zamówienia, a tym samym wskazują na nierealność dokonanej przez tego wykonawcę wyceny ofertowej. Okoliczność, iż jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego dokonał wyceny ceny jednostkowej za 1 roboczogodzinę usług Zmiany na poziomie niższym niż w ofercie Odwołującego ITC nie ma - zdaniem Izby - żadnego znaczenia, w szczególności, że łączna cena ofertowa tego wykonawcy (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Kapsch Sp. z o.o. i Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie) znacząco przekraczała wartość łącznej oferty Odwołującego ITC (36 185 164,64 zł brutto, podczas gdy oferta Odwołującego ITC miała wartość: 9 931 723,56 zł brutto). Z tych też względów przedłożone przez Odwołującego ITC jako dowód w sprawie zestawienie cen ofertowych złożonych

w postępowaniu z wyszczególnieniem cen jednostkowych, także nie ma znaczenia. Podkreślić bowiem należy, że cena jednostkowa przy generalnym ryczałtowym charakterze wynagrodzenia umownego nie ma co do zasady samodzielnie znaczenia dla ustalenia czy cena ofertowa ma realny charakter. W zakresie wyceny ofertowej w niniejszym postępowaniu wykonawcy mieli pewną swobodę w sposobie ujęcia swojej kalkulacji cenowej i przyjęcia najbardziej optymalnej dla każdego z wykonawców metody. Wykonawca, co do którego powstało uzasadnione podejrzenie, że jego cena ofertowa jest nierealna, powinien kompleksowo wyjaśnić Zamawiającemu przyjęty przez siebie sposób kalkulacji jego ceny ofertowej i uzasadnić obiektywnymi czynnikami zasadność obniżenia jego ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe Izba dokonywała oceny wszystkich okoliczności związanych z wyceną usług Zmiany, przede wszystkim pod kątem wyjaśnień udzielonych w tym zakresie przez Odwołującego ITC. Wyjaśnienia te - w ocenie Izby - nie dają gwarancji na należyte wykonanie przez Odwołującego ITC, także usług Zmiany objętych przedmiotem zamówienia. Także dowody przedłożone w tym zakresie przez Odwołującego ITC, tj. przede wszystkim opinie „biegłych”, które co najwyżej mogą stanowić dowód na potwierdzenie tego, że określone osoby prywatne mają konkretny podgląd dotyczący kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego ITC oraz wybranych postanowień SIWZ z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie podważają w żadnej mierze wskazanych powyżej ustaleń Izby.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego ponownego zwrócenia do niego przez Zamawiającego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji jego ceny ofertowej i naruszenia tym samym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

W ocenie Izby przywołany przepis ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwala Zamawiającemu na skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, w sytuacji gdy jakieś elementy wyjaśnień budzą jego wątpliwości, czy wymagają doprecyzowania. Podkreślić jednak należy, że jest to prawo Zamawiającego, a nie jego obowiązek. Z całą pewnością jednak takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą ani też nie mogą prowadzić do naruszenia zasady

równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Jeśli udzielone wyjaśnienia są jasne, ale nie usprawiedliwiają ustalenia ceny ofertowej wykonawcy na określonym, zaniżonym poziomie, Zamawiający nie powinien mieć takich wątpliwości i - w kontekście zasady, że to wykonawca, do którego Zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnienia ceny ofertowej ma obowiązek wykazać okoliczności, dzięki którym uprawniony był do ustalenia swojej ceny ofertowej na takim a nie innym poziomie - nie ma z pewnością obowiązku kierowania do niego wezwania o złożenie dodatkowych wyjaśnień, które potwierdzałyby jednak te okoliczności. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający miał prawo odrzucić ofertę Odwołującego ITC, uznając, że w złożonych mu wyjaśnieniach wykonawca ten nie przedstawił takich szczególnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny ofertowej, a w konsekwencji wyjaśnienia te potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest nierealna.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołanie Odwołującego ITC nie zasługiwało na uwzględnienie.

#### **Odwołanie o sygn. akt: KIO 2819/14**

Odnosząc się do zarzutów zaniechania odtajnienia określonych elementów ofert czterech wykonawców: Przystępującego Asseco, Dhaliomatic, Comparex i HP zastrzeżonych przez tych wykonawców jako ich tajemnica przedsiębiorstwa i w konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 – 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w części te zarzuty potwierdziły się. Z uwagi jednak na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzone przez Izbę naruszenia nie miały – w ocenie Izby – istotnego wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej i tym samym odwołanie należało oddalić.

Podkreślenia wymaga, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje – zgodnie z zasadą udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp – jawność. Transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym dokumentacji z nim związanej, w tym w szczególności ofert

złożonych przez wykonawców ubiegających się o to zamówienie, jest uzasadniona jego charakterem. Postępowanie to bowiem prowadzone jest przez podmioty publiczne, które gospodarują co do zasady środkami publicznymi. Z tych też względów okoliczności związane z wydatkowaniem środków publicznych i podmiotami ubiegającymi się o udzielenie im takiego zamówienia oraz ich oferty złożone w postępowaniu, powinny podlegać publicznej możliwości weryfikacji, także przez przeciętnego obywatela, który co do zasady łoży określone środki z tytułu odprowadzanych danin publicznych na realizację konkretnych celów publicznych w ramach zamówień publicznych.

Skoro w tym przypadku ustawodawca kwestię jawności postępowania podniósł do rangi zasady udzielania zamówień publicznych, wszelkie wyjątki w tym zakresie należy interpretować ściśle. Takim wyjątkiem od zasady jawności postępowania jest możliwość złożenia w treści oferty przez każdego z wykonawców zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Wyjątek ten został określony w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba na kanwie rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej, a także mając na uwadze dotychczasowe orzecznictwo Izby co do zaniechań podmiotów zamawiających w zakresie udostępnienia części ofert wykonawców, w których dokonano nieuprawnionego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, wyraża pogląd, iż wykonawcy coraz częściej w sposób nieuzasadniony, w szczególności w zamówieniach na świadczenie szeroko pojętych usług informatycznych, nadużywają prawa do zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w swoich ofertach. Takie zachowanie wykonawcy należy wskazywać jako naganne. Wykonawca, dokonując nieuprawnionego zastrzeżenia określonych informacji w treści swoich ofert, które to informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, działa na szkodę systemu zamówień publicznych, realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a także ze skutkiem negatywnym dla siebie samych (ubiegając się o zamówienie może spotkać się z adekwatnym zachowaniem swoich konkurentów, co uniemożliwi realizowanie także jego praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego). Powyższe jest z pewnością skutkiem braku jakichkolwiek formalnych sankcji wobec takiego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikających z tytułu nieuprawnionego zastrzeżenia pewnych informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (choćby takich, jakie funkcjonowały w praktyce udzielania zamówień publicznych przed podjęciem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), odnoszącej się do tajemnicy przedsiębiorstwa; sankcją dla takiego wykonawcy było odrzucenie jego oferty jako sprzecznej z ustawą Pzp). W takich sytuacjach uprawnione i konieczne jest działanie ze strony zamawiającego, który

powinien dokonać weryfikacji takiego zastrzeżenia i zgodnie z treścią przywołanej uchwały Sądu Najwyższego dokonać odtajnienia tych informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią. Czynności weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa realizowane przez zamawiającego w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą mieć charakteru pozornego – nie mogą sprowadzać się li tylko do formalnego skierowania zapytania do wykonawców o uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (mając na względzie dyspozycję art. 8 ust 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji tego przepisu w dniu 19 października 2014 r.). Zamawiający uzyskując ze strony wykonawcy takie wyjaśnienie i uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien dokonać jego pogłębionej analizy, która może - i w wielu przypadkach powinna stać się podstawą czynności odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawców informacji.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – jak zresztą potwierdził to sam Zamawiający w toku rozprawy, podstawą jego decyzji o nieodtajnieniu fragmentów zaskarżonych ofert czterech wykonawców był sam fakt złożenia przez nich wyjaśnień, a nie ich pogłębiona analiza i przekonanie Zamawiającego, że w niektórych przyjemniej przypadkach wyznaczniki tajemnicy przedsiębiorstwa wyartykułowane w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zostały wykazane i wypełnione. Zamawiający w tym zakresie powinien także brać pod uwagę własną wiedzę i rozeznanie co do zastrzeżonych informacji, czy obiektywnie rzecz biorąc nie mogły być one już w jakikolwiek sposób upublicznione. Z pewnością tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią informacje, które związane są z realizacją zamówienia udzielonego w trybie przepisów ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba stwierdziła również taką sytuację, kiedy w ramach wykazu usług przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jeden z wykonawców wykazywał się taką usługą, realizowaną na rzecz samego Zamawiającego i ta informacja była też zastrzeżona przez wykonawcę jako jego tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający zaś nie dokonał odtajnienia tej informacji w ramach czynności badania i oceny ofert do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do konkretnych dokumentów i informacji w treści poszczególnych kwestionowanych ofert, które – zdaniem Izby – nie spełniają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa wskazać należy na wykaz osób w poszczególnych kwestionowanych ofertach w zakresie informacji o kwalifikacjach zawodowych, doświadczeniu i wykształceniu niezbędnym do wykonania zamówienia i zakresu wykonywanych przez te osoby czynności. O ile za tajemnicę przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z racji dość wysokich wymogów co do kwalifikacji wymaganych od zespołu osób

przeznaczonego do realizacji zamówienia oraz szczególny charakter tego rodzaju usług, jak też wynikające z tego tytułu możliwości przejęcia przez konkurencję konkretnych zasobów kadrowych, można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje co do danych osobowych (imienia i nazwiska) osób wskazanych w wykazie osób oraz co do sposobu dysponowania tymi osobami, to już ich szczegółowe kwalifikacje i czynności, które będą te osoby wykonywać przy realizacji zamówienia waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają. Tak więc we wszystkich kwestionowanych ofertach te informacje powinny być odtajnione, za wyjątkiem dodatkowo informacji zawartych w kolumnie dotyczącej kwalifikacji osób w ofercie HP co do podania przez tego wykonawcę, w odrębnych akapitach, szczegółowych informacji na temat kariery zawodowej tych osób oraz w ofercie Przystępującego Asseco informacji co do podania konkretnych nr certyfikatów i źródła ich dostępu, dzięki czemu możliwe byłoby pośrednie pozyskanie informacji co do danych osobowych tych osób. Niewątpliwie też nie spełnia waloru tajemnicy przedsiębiorstwa informacja zawarta w ofercie HP w wykazie usług, gdzie wykonawca ten wykazuje się realizacją konkretnej usługi świadczonej na rzecz Zamawiającego o wartości powyżej 8 000 000 zł. Jak wynikało z ustaleń Izby wedle oświadczeń złożonych w toku rozprawy przez Zamawiającego nie zlecał on wykonywania usług informatycznych o dużych wartościach z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp. Tym samym zatem informacja o tym, że HP wykonywało dla niego konkretną usługę informatyczną za określoną kwotę i w określonym czasie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem jeden z wyznaczników uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - ujawnienie informacji do wiadomości publicznej - nie ziścił się.

Tym samym zatem wskazane przez Izbę informacje podlegały ujawnieniu przez Zamawiającego w toku postępowania, czego faktycznie Zamawiający nie uczynił. Powyższe jednak w ocenie Izby, z uwagi na charakter informacji podlegających ujawnieniu, nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu Izba, rozpoznając obydwa złożone odwołania nie znalazła uzasadnionych podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym nie można uznać, aby wskazany wpływ na wynik postępowania miał istotny charakter.

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego wyboru oferty niekorzystniejszej w postępowaniu poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia oferty Przystępującego Asseco, co według Odwołującego Comarch uniemożliwiło mu weryfikację tej oferty i doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.



Odnosząc się do tego zarzutu Izba uznała, że w żadnej mierze zarzut nie został udowodniony, czy choćby uprawdopodobniony, a to na wykonawcy, który podnosi zarzuty odwołania spoczywa ciężar ich wykazania przed Izbą. Odwołujący swój zarzut opiera jedynie na swoim twierdzeniu, że gdyby oferta Przystępującego Asseco była w całości jawna mógłby przeprowadzić jej weryfikację, która skutkowałaby wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty. Podkreślić należy, że powyższe Odwołujący Comarch opiera jedynie na niczym nie popartym swoim własnym twierdzeniu. Odwołujący Comarch nie uprawdopodobnił chociażby, że istniały obiektywne okoliczności, które mogłyby wskazywać na zaistnienie jakiegokolwiek podstawy do wykluczenia wykonawcy (Przystępującego Asseco) z postępowania, czy odrzucenia jego oferty.

Z tych też względów zarzut odwołania oparty jedynie na gołosłownym twierdzeniu wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanego w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisu ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołanie Odwołującego Comarch nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołujących ITC i Comarch, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisów uiszczonych przez obydwu Odwołujących w łącznej kwocie 30 000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....