

WYROK
z dnia 7 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) „Hewlett-Packard Polska” Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) KAMSOFIT S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa

przy udziale wykonawcy Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) „Hewlett-Packard Polska” Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) KAMSOFIT S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) „Hewlett-Packard Polska” Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) KAMSOFIT S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5; 01-748 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „*W celu zawarcia umowy wykonawczej na modyfikację obsługi list wypłatowych, potrąceń, depozytów i zwrotów, wynikająca z bieżącej eksploatacji aplikacji AN, przeniesienie obsługi akcji składkowej, dostosowania raportowania, optymalizacji działania aplikacji BC - na podstawie umów ramowych nr 1036089, 1036091, 1036093 dotyczących modyfikacji i rozbudowy oprogramowania KSI ZUS*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o zapisy umów ramowych łączących zamawiającego z trzema wykonawcami (konsorcjum: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. i KAMSOFT S.A., Asseco oraz Capgemini), którzy złożyli oferty w postępowaniu (umowy ramowe nr 1036089, 1036091, 1036093 dotyczące modyfikacji i rozbudowy oprogramowania KSI ZUS).

Zamawiający dnia 6 czerwca 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 16 czerwca 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (Lider Konsorcjum) oraz KAMSOFT S.A., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegających na:

- 1) Braku rzeczywistej i szczegółowej oceny wyjaśnień wykonawcy Asseco Poland S.A. (dalej „wykonawca Asseco” lub „Asseco”), które stanowiły odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 2014-06-04 wzywające Asseco do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Asseco ceny oraz sposobu, w jaki elementy te wpłynęły na cenę oferty;
- 2) Wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Asseco pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać przez zamawiającego odrzucona (zaniechanie odrzucenia oferty Asseco) bądź też wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a także zaniechaniu czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) Odmowie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień Asseco, które stanowiły odpowiedź na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w pkt 1 powyżej, a które zostały niezasadnie utajnione przez Asseco mimo, że nie stanowiły jego tajemnicy przedsiębiorstwa.

W kontekście tego zarzutu odwołujący z ostrożności zarzucił również zamawiającemu, iż zaniechał on wystąpienia do wykonawcy Asseco o wykazanie zasadności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazanych wyżej dokumentów.

Odwołujący wskazał, iż dokonał czynności wniesienia odwołania w terminie albowiem:

- a) termin do wniesienia odwołania wobec czynności opisanych w pkt 1 oraz 2 powyżej upływa w dniu 2014-06-16, gdyż zamawiający doręczył odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 2014-06-06;
- b) termin do wniesienia odwołania wobec czynności opisanej w pkt 3 powyżej upływa w dniu 2014-06-20, gdyż zamawiający poinformował odwołującego o odmowie udostępnienia dokumentu w dniu 2014-06-10.

Odwołujący zarzucił, iż skarżone czynności zamawiającego naruszają następujące przepisy pzp:

1. Czynność opisana w pkt 1 narusza treść art. 90 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pzp, a także art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp;
2. Czynność opisana w pkt 2 narusza treść art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw, z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 t.j. z późn. zm., zwana dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”) oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, ewentualnie art. 90 ust. 2 pzp (przesłanki odrzucenia oferty Asseco) oraz art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp (przesłanka wykluczenia Asseco), a także narusza 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp;
3. Czynność opisana w pkt 3 narusza treść art. 8 ust. 1-3 pzp oraz art. 96. ust. 3 pzp, a w zakresie związanym z zaniechaniem wezwania Asseco do wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa narusza treść art. 26 ust. 4 pzp oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 8 ust 3 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) W przypadku uwzględnienia zarzutu opisanego w punktach 1 oraz 1 nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Asseco, jako oferty najkorzystniejszej,
 - b) unieważnienia czynności uznania wyjaśnień złożonych przez Asseco w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako potwierdzających, że oferta Asseco nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający dokona ponownej oceny wyjaśnień złożonych przez Asseco dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
 - d) odrzucenia oferty Asseco, z uwagi na to, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - e) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) W przypadku uwzględnienia zarzutu opisanego w punktach 2 oraz 2 nakazanie zamawiającemu:
- a) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Asseco, jako oferty najkorzystniejszej,
 - b) unieważnienia czynności uznania wyjaśnień złożonych przez Asseco w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako potwierdzających, że oferta Asseco nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - d) odrzucenia oferty złożonej przez Asseco bądź wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,
 - e) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;
- 3) W przypadku uwzględnienia zarzutu opisanego w punktach 3 oraz 3 nakazanie zamawiającemu odtajnienia dokumentów złożonych przez Asseco wskazanych w pkt 3 wraz z ich przekazaniem odwołującemu lub ewentualnie o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień i ich zweryfikowania;
- 4) Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania;

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie dowodu:

- z zeznań świadka Pana A. W. - Dyrektora Pionu Ubezpieczeń Społecznych w Asseco Poland S.A. (wezwanie na adres Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów) na okoliczność ustalenia przyczyn odmiennej wyceny punktu funkcyjnego CFP (w szczególności wskazania czynników skutkujących obniżeniem ceny) w niniejszym postępowaniu w relacji do ofert złożonych przez Asseco we wcześniej prowadzonych postępowaniach dotyczących zawarcia umowy wykonawczej,

- z informacji udzielonej przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (oświadczenia ZUS) dotyczącego tego ile zamówień szczegółowych (projektów/zadań szczegółowych) wykonało Asseco Poland S.A. w ramach obowiązywania umowy z dnia 2010-10-08 o nr 6016/0/993200/1/2010 wiążącej Asseco z zamawiającym w latach od 2010 do 2013, jakie były nazwy tych projektów, jaką ilością punktów funkcyjnych charakteryzowały się poszczególne projekty wraz z podaniem ceny punktu funkcyjnego, który stanowił podstawę

wynagrodzenia Asseco Poland S.A. w związku z realizacją danego projektu/zadania/zamówienia szczegółowego - na okoliczność ustalenia ceny punktu funkcyjnego (uwzględniającej ewentualne rabaty i upusty), jaką posługiwało się Asseco w trakcie wykonywania usług rozwojowych wobec systemu informatycznego KSI ZUS w okresie obowiązywania umowy o nr 6016/0/993200/1/2010 - w związku z tym wnioskiem dowodowym odwołujący wniósł o to, aby Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała zamawiającego do udzielenia odpowiedzi na postawione wyżej pytanie;

- z dokumentu o nazwie „Uzgodnienie projektowe Modyfikacja 1028 - Modyfikacja obsługi list wypłatowych, potrąceń, depozytów i zwrotów, wynikająca z bieżącej eksploatacji aplikacji AN. Przeniesienie obsługi akcji składkowej" wraz z załącznikiem w postaci stanowiska Asseco do zastrzeżeń zgłoszonych przez ZUS (wersja 1.2 dokumentu z dnia 2013-10-29), który to dokument opracowany został przez Asseco pod koniec obowiązywania umowy nr 6016/0/993200/1/2010 łączącej Zamawiającego i Asseco na okoliczność ustalenia, iż spółka Asseco wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem niniejszego postępowania lub posługiwała się w celu sporządzenia oferty w niniejszym postępowaniu osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a w szczególności że powołany wyżej dokument opracowany przez Asseco w dacie 2013-10-29 stanowił podstawę opracowania dokumentacji przetargowej obowiązującej w niniejszym postępowaniu - w związku z tym wnioskiem dowodowym odwołujący wniósł o to, aby Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała zamawiającego, aby ten przedstawił na rozprawie ww. dokument.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ w ww. postępowaniu złożone zostały 3 oferty, to jest oferta Asseco, oferta Capgemini Polska Sp. z o.o. (dalej „Capgemini”) oraz oferta odwołującego. Zamawiający, pismem z dnia 2014-06-06 poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako oferta najkorzystniejsza wybrana została oferta Asseco, a oferta odwołującego sklasyfikowana została na drugiej pozycji. Oferta złożona przez Asseco zawierała najniższą cenę. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dokonał wykluczenia żadnego z wykonawców ani też nie odrzucił żadnej z ofert. Tym samym zaskarżenie ww. czynności zamawiającego jest zasadne albowiem odwołujący zidentyfikował błędy zamawiającego w ocenie oferty Asseco, które skutkować będą koniecznością jej powtórnej oceny a następnie jej odrzuceniem lub też wykluczeniem Asseco. Uwzględnienie odwołania skutkować będzie zatem wyborem oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Nadto odmowa udostępnienia odwołującemu niezasadnie utajnionych dokumentów złożonych przez Asseco utrudnia odwołującemu weryfikację czynności zamawiającego bądź też zweryfikowania, czy Asseco nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania (przesłanka

wykluczenia opisana w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp). Reasumując uwzględnienie niniejszego odwołania skutkować będzie wyborem oferty odwołującego bądź, co najmniej zwiększy szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Zamawiający, pismem z dnia 30 czerwca 2014 roku (na posiedzeniu) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie miał prawnego obowiązku stosowania w toku postępowania żadnego z przepisów ustawy Pzp, którego naruszenie zarzucił zamawiającemu odwołujący, tym samym w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, względnie o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż przyjęcie przez zamawiającego w toku postępowania rozwiązań proceduralnych analogicznych do tych, które ustawodawca przewidział dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp nie oznacza automatycznie po stronie odwołującego uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI ustawy Pzp oraz stosowania do oceny działań zamawiającego wzorców kontroli, przewidzianych w doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dla przepisów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania. W ocenie zamawiającego czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania podlegają kognicji Krajowej Izby Odwoławczej jedynie w zakresie, który wynika wprost z treści przepisów ustawy Pzp. Kognicji Krajowej Izby Odwoławczej podlegałoby badanie naruszenia przez zamawiającego art. 101 oraz innych przepisów, wskazanych w jego treści, których odpowiednie stosowanie nakazuje zamawiającemu ustawodawca. W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wnosi o odrzucenie odwołania, ponieważ w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniu. Przesłanka niniejsza określa *sui generis* niedopuszczalność drogi sądowej przed Krajową Izbą Odwoławczą. Skład orzekający może rozstrzygnąć spór jedynie w sprawach, w których jest właściwy w świetle przepisów ustawy, a zatem jedynie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 2 pkt 13. Jeżeli dana procedura zmierzająca do zawarcia umowy nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, skład orzekający nie jest kompetentny do udzielania ochrony prawnej uczestnikom takiej procedury. Odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia któregośkolwiek z przepisów wskazanych w art. 101 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że zasadnicza część zarzutów odwołującego odnosi się do kwestii ustalenia, czy oferta złożona w postępowaniu przez Asseco stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, stypizowany w art. 15

ust. 1 pkt 1 w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odrzucenie odwołania przez Krajową izbę Odwoławczą w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, które wydaje się w świetle przytoczonych argumentów prawnych konieczne i słuszne, nie oznacza przecież, że odwołujący zostaje pozbawiony możliwości udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Będzie to możliwe w przypadku wystąpienia z powództwem do właściwego sądu cywilnego. Analiza poglądów doktryny i orzecznictwa sądów powszechnych pozwala stwierdzić, że czyny nieuczciwej konkurencji mają charakter czynów niedozwolonych. Ocena, czy określone działanie przedsiębiorcy wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, podlega kognicji sądów powszechnych w trybie cywilnego postępowania procesowego.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej fakt wykorzystania przez zamawiającego procedury opisanej przepisami działu III rozdziału 1 art. od 99 do 101 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dotyczącej umów ramowych), nie przesądza o wyłączeniu możliwości zastosowania środków ochrony prawnej przez wykonawców na czynności czy też zaniechania zamawiającego w postępowaniu. Wskazać bowiem należy, iż ustawodawca, w zakresie umowy ramowej, wyłączył stosowanie jedynie przepisów art. 26 oraz 169 ust. 2 (art. 101 ust. 4 ustawy Pzp). W zakresie przepisów art. art. 68 ust. 1 oraz art. 45 i 46, art. 60 ust. 2, art. 64 ust. 1 i 3 oraz art. 92 (art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) ustawodawca wskazał, że przepisy stosuje się odpowiednio. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego jest błędne, gdyż wykonawca stawiający zarzuty zamawiającemu, ma możliwość do ich podnoszenia w pełnym zakresie, gdyż dyspozycja wynikająca w przepisie art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakazuje jedynie zamawiającemu odpowiednie zastosowanie podanych tam przepisów. Powyższe nie oznacza bowiem o całkowitym wyłączeniu pozostałych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, spod rygorów zaskarżenia. Analogicznie skoro ustawodawca przewidział możliwość odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to kognicja Izby nie wyklucza możliwości stwierdzenia czy doszło do powyższego naruszenia, tj. wydania orzeczenia w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji. Niemniej stronom przysługuje prawo do podnoszenia stosownych zarzutów w trybie i w zakresie przewidzianym w procedurze cywilnej przed sądami powszechnymi właściwymi do rozpoznawania tego typu spraw.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek dowodowy z zeznań świadka pana A. W. wskazując, iż dowód ten byłby *de facto* przeprowadzony na okoliczności, które zostały już zamawiającemu przedstawione w wyjaśnieniach w trybie art. 90 i prowadziłoby to do obejścia tego przepisu i do pozyskania informacji, które zostały już zamawiającemu przekazane, a zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. W zakresie wniosków dowodowych zgłoszonych w pkt f i g odwołania Izba postanowiła oddalić wnioski stwierdzając, że są one zbędne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W niniejszym Postępowaniu Wykonawca Asseco zaoferował niekorespondującą całkowicie z wcześniej stosowanymi cenami, za jeden punkt funkcyjny, kwotę 8250 zł brutto. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że niniejsze Postępowanie, tak jak i wszystkie wcześniejsze postępowania prowadzone na podstawie umowy ramowej z dnia 2013-11-08 oraz usługi rozwoju wykonywane na podstawie umowy nr 6016/0/993200/1/2010 zostały zwymiarowane za pomocą obiektywnego narzędzia w postaci punktu funkcyjnego oddającego obraz zobiektywizowanej pracochętności i za pomocą tego samego narzędzia zostały przez Asseco wycenione w skrajnie odmienny sposób. Jeżeli zestawimy cenę zaoferowaną przez Asseco za jeden punkt funkcyjny w niniejszym Postępowaniu z cenami zaoferowanymi w postępowaniach TZ/271/6/14 (nowe kody tytułów ubezpieczenia) i w TZ/370/1/14 (OFE) okaże się, że relacja ta wynosi 0,5445. Asseco zamierza zatem wykonać przedmiot zamówienia za niemalże połowę dotychczas stosowanej ceny. Relacja będzie jeszcze dalej idąca w przypadku zestawienia ceny zaoferowanej w niniejszym Postępowaniu za jeden punkt funkcyjny z ceną jego punktu wynikającą z umowy nr 6016/0/993200/1/2010. Natomiast Wykonawca Capgemini wycenił w niniejszym Postępowaniu jeden punkt funkcyjny

na kwotę 11 248,92 zł brutto, a Odwołujący wycenił jeden punkt funkcyjny na kwotę 10 822,77 zł brutto. W niniejszym Postępowaniu ceny ofert złożonych przez Odwołującego oraz Capgemini są zbliżone, co do rzędu wartości, natomiast w niewytłumaczalny sposób od tych cen odbiega oferta złożona przez Wykonawcę Asseco. Punktem odniesienia dla ceny złożonej przez Asseco w niniejszym Postępowaniu powinna być nie tylko cena zadeklarowana przez Odwołującego, ale również cena trzeciego wykonawcy Capgemini. Powyższe prowadzi do wniosku, że Asseco w niniejszym Postępowaniu posługuje się ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co więcej stanowiącą nawet czyn nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu.

Reasumując krótki opis stanu faktycznego:

- a) W okresie od 2010-10-11 do 2013-12-10 Wykonawca Asseco działając na rynku modyfikacji oprogramowania KSI ZUS, którego ramy prawne wyznaczała umowa nr 6016/0/993200/1/2010 świadczył usługi według ceny jednego punktu funkcyjnego w kwocie 15 250 zł brutto (była to stawka podstawowa określona w tej umowie, natomiast do szczegółowego określenia wysokości stawki zmierza wniosek dowodowy opisany w lit. F petitum odwołania;
- b) W umowie ramowej z dnia 2013-11-08 Wykonawca Asseco wycenił jeden punkt funkcyjny na kwotę 15 150 zł brutto;
- c) Od początku wykonywania umów ramowych nr 1036089, 1036091, 1036093 Wykonawca Asseco zawarł dwie umowy wykonawcze, w których zaoferował wykonanie zamówienia każdorazowo za cenę 15 150 zł brutto za jeden punkt funkcyjny;
- d) W niniejszym Postępowaniu Asseco złożyło ofertę, w której zadeklarowało wykonanie zamówienia za cenę 8250 zł brutto za jeden punkt funkcyjny.

Kwestie związane z zarzutami i wnioskami opisanymi w pkt 1.1.A petitum odwołania.

Na wstępie poniższej argumentacji dotyczącej zarzutu opisanego w pkt 1.1.A powyżej Odwołujący zwraca uwagę, iż ten zarzut podnoszony jest niejako z ostrożności procesowej. Odwołujący nie ma pełnego wglądu do całej korespondencji pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą Asseco z uwagi na zastrzeżenie odpowiedzi Wykonawcy Asseco tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej zgodnie z aktualnym stanem wiedzy Odwołującego zarzut ten jest skuteczny i zasadny. Interes prawny Odwołującego wymaga, aby czynności Zamawiającego zostały zweryfikowane przez KIO. W świetle art. 90 ust. 1 pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Natomiast art. 90 ust. 2 pzp precyzuje, iż Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne

dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zarówno przepisy pzp, jak i ustawodawstwo Unii Europejskiej - np. art. 55 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) - nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Niemniej pojęcie rażąco niskiej ceny było przedmiotem wypowiedzi doktryny, orzecznictwa, czy też opinii prawnych. Warto wskazać na opinię Prezesa UZP, który w odpowiedzi na interpelację poselską nr 1034 w sprawie interpretacji pojęcia "rażąco niskiej ceny" sformułowanego w ustawie Prawo zamówień publicznych stwierdził w opinii z dnia 2012-02-15: „Mając na względzie cel art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną; nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną ceny wyraźnie niższej od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”. W opinii tej stwierdzono również, iż: „...kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty”. Zwrot ten użyty został w kontekście niecelowości formułowania twierdzeń o rażąco niskiej cenie w kontekście samego arytmetycznego zakwalifikowania ceny poniżej pewnego poziomu. Taka sytuacja automatycznego arytmetycznego zakwalifikowania ceny poniżej pewnego poziomu nie występuje w niniejszym Postępowaniu. W niniejszym Postępowaniu cena jednego CFP jest pochodną nie tyle szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, co pochodną samodzielnej decyzji Wykonawcy, W dodatku w przypadku Wykonawcy Asseco znany jest historyczny kontekst cen stosowanych przez tego Wykonawcę w czasie trwania współpracy z Zamawiającym. Znane są również ceny stosowane przez Asseco w dwóch postępowaniach prowadzonych na podstawie aktualnych umów ramowych (postępowania dotyczące OFE i nowych kodów ubezpieczenia). W niniejszym Postępowaniu konkretnym punktem odniesienia jest historia cen za jeden punkt funkcyjny, jaką Wykonawca Asseco stosował na przestrzeni od 2010 r. do chwili obecnej. Zamawiający w celu prawidłowego wykonania dyspozycji przepisów art. 90 ust. 1 i ust. 2 pzp powinien był zadać Zamawiającemu szczegółowe pytania dotyczące sposobu kalkulacji ceny w niniejszym Postępowaniu w kontekście znanych Zamawiającemu cen stosowanych w postępowaniach poprzedzających niniejsze Postępowanie. Zamawiający zna ceny stosowane przez Asseco w analogicznych postępowaniach, które miały miejsce na przestrzeni od 2010 r. Nadto zna stawki wynagrodzeń specjalistów Asseco. Skoro w niniejszym Postępowaniu Wykonawca

Asseco zaoferował wykonanie zamówienia za połowę ceny stosowane w analogicznych sytuacjach na przestrzeni ostatnich czterech lat, to powstaje zasadne pytanie o czynniki obiektywne, które umożliwiły temu Wykonawcy tak korzystne skalkulowanie ceny. Pytanie to dotyczy również celów, jakimi kierował się Wykonawca Asseco, a w szczególności, czy nie kierował się chęcią zablokowania dostępu do rynku właściwego pozostałym działającym na nim (przynajmniej jeszcze do chwili obecnej) Wykonawcom. W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z cytowanych wyżej przepisów, było przeprowadzenie rzetelnych wyjaśnień z Wykonawcą Asseco. Tylko poprzez przeprowadzenie rzetelnych wyjaśnień Zamawiający jest w stanie rozwiązać wątpliwości dotyczące ceny zaoferowanej w niniejszym Postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego było szczegółowe wyjaśnienie z jakich obiektywnych powodów, pomimo posługiwania się w Postępowaniu obiektywnym narzędziem jakim jest metoda COSMIC, Wykonawca Asseco na przestrzeni krótkiego okresu czasu kalkuluje ceny różniące się od siebie o niemal połowę. Zamawiający ograniczył się do wysłania do Wykonawcy Asseco w dniu 2014-06-04 ogólnego pisma (znak 993200/271/IN-323/2014) w zasadzie cytującego treść przepisu ustalając termin udzielenia wyjaśnień na dzień 2014-06-06. Następnie na prośbę Asseco Zamawiający wydłużył czas na złożenie wyjaśnień do dnia 2014-06-10, po czym procedurę badania rażąco niskiej ceny Zamawiający zakończył już w dniu 2014-06-06, to jest w tym samym dniu w którym uzyskał od Wykonawcy Asseco wyjaśnienia. W ocenie Odwołującego terminy dokonania powyższych czynności przez Zamawiającego i Wykonawcę Asseco nie dawały możliwości rzetelnej i obiektywnej oceny wyjaśnień złożonych przez Asseco, w tym wyjaśnienia jakie obiektywne przyczyny spowodowały zmianę wartości jednego CFP w kontekście wcześniej złożonych ofert. Nie sposób dopatrzeć się w postępowaniu Zamawiającego dążenia do ustalenia, czy w niniejszym Postępowaniu zachowane zostały zasady uczciwej konkurencji, a dokładnie czy nie zostały one naruszone poprzez skalkulowanie przez Wykonawcę Asseco ceny, jako rażąco niskiej. Zamawiający nie zestawiał również ceny zaproponowanej przez Asseco z cenami zaoferowanymi przez Odwołującego oraz Capgemini. Natomiast w orzecznictwie stwierdzono, że: „Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia ale także jego specyfika i charakter oraz ceny ofert konkurencyjnych” (tak np. w wyroku KIO z dnia 2009-02-06, sygn. KIO 109/09, LexPolonica nr 2065105, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2009/6 poz. 3). Powyższe prowadzi do wniosku, iż zasadnym jest wnioskowanie o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego zbadania, czy cena zaoferowana za jeden punkt funkcyjny, w niniejszym Postępowaniu, przez Asseco nie jest przypadkiem ceną rażąco niską. Zaznaczyć bowiem trzeba, że celem powyższych przepisów jest nie tylko umożliwienie zamawiającemu uzyskania informacji pozwalających na ocenę czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, ale także zdyscyplinowanie wykonawców do udzielenia rzeczowych i kompletnych

wyjaśnień. Dyscyplinowaniu wykonawcy poproszonego do złożenia wyjaśnień służy przede wszystkim art. 90 ust 3 pzp, w ramach którego brak udzielenia wyjaśnień stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty. Zgodnie z przytoczonymi w dalszej części odwołania wyrokami sądów i Krajowej Izby Odwoławczej zbyt ogólne i nieprecyzyjne wyjaśnienia należy traktować tak samo jak nieudzielenie wyjaśnień. Tym samym, jeśli za orzecznictwem sądów i Krajowej Izby Odwoławczej przyjmujemy, iż niedokładne, niejasne i ogólne wyjaśnienia traktujemy tak samo jakby w ogóle nie zostały złożone, to wówczas nieprawidłowe jest stanowisko prezentowane w niektórych publikacjach, wskazujące na możliwość wielokrotnego wzywania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby bowiem, że nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy który co prawda składa wyjaśnienia ale czyni to w sposób ogólny. Tym samym Zamawiający w trakcie ponownego badania oferty Asseco pod kątem rażąco niskiej ceny powinien wziąć pod uwagę jedynie wyjaśnienia złożone przez Asseco przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej. Dodatkowo wskazać należy, że termin w jakim Asseco złożyło wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wskazuje, iż wykonawca ten udzielając wyjaśnień albo skorzystał ze stosowanych w swojej spółce ogólnych wzorów wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, które nie odnoszą się do zakresu i specyfiki przedmiotowego Postępowania, albo też udzielił wyjaśnień w sposób ogólny. W obu przypadkach działanie takie należy, zgodnie z orzecznictwem sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, uznać za niewystarczające i skutkujące odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w związku z art. 90 ust. 3 pzp. Odwołujący wskazuje, iż cena podana w ofercie Asseco, złożonej w niniejszym Postępowaniu, ma charakter ceny rażąco niskiej. Dowodem na to twierdzenie jest:

- a) fakt, iż Asseco wskazało cenę o blisko połowę niższą od ceny wskazanej w umowie ramowej;
- b) fakt, iż Asseco wskazało cenę o blisko połowę niższą od cen podanych w ofertach złożonych w postępowaniach TZ/271/6/14 (nowe kody tytułów ubezpieczenia) i w TZ/370/1/14 (OFE);
- c) fakt, iż Asseco wskazało cenę o blisko połowę niższą od cen stosowanych na podstawie umowy nr 6016/0/993200/1/2010;
- d) fakt, iż Asseco wskazało cenę nie korespondującą z rzędem wartości ceny zaoferowanej przez Odwołującego (różnica pomiędzy ceną Asseco, a ceną Odwołującego wynosi 23,78%, jak i Capgemini (różnica pomiędzy ceną Asseco, a ceną Capgemini wynosi 26,66%);
- e) fakt, iż do określenia ceny wykorzystywane są dane o złożoności oprogramowania będące wynikiem zastosowania obiektywnej metodyki COSMIC (Wykonawcy wskazują cenę za punkt funkcyjny, który stanowi miarę złożoności oprogramowania).

Rażąco niska cena Asseco powinna być rozpatrywana w dwóch aspektach, to jest w aspekcie:

- a) rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp);*
- b) rażąco niskiej ceny stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).*

Odnosząc się do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazać należy na następujące kwestie. Cena zaoferowana przez Asseco w niniejszym Postępowaniu jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Realia rynkowe, w tym stosowane stawki, informatyzacji ZUS zostały opisane powyżej. W szczególności Asseco złożyło już dwie oferty w postępowaniach na umowy wykonawcze prowadzone po zawarciu umów ramowych 1036089, 1036091, 1036093. Uwzględniając udokumentowane stawki Asseco i stosowane przez Asseco konsekwentnie, na przestrzeni ostatnich kilku lat, ceny punktu funkcyjnego stwierdzić należy, że Asseco nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia niniejszego Postępowania bez pokrycia jego kosztów z przychodów z innych źródeł. Rynkowa wartość zamówienia z niniejszego Postępowania określona została przez Zamawiającego w sensie oszacowania złożoności oprogramowania (określenie przewidywanej liczby CFP), a w zakresie ceny za jednostkę złożoności oprogramowania określona została przez samych wykonawców, którzy złożyli oferty na umowy ramowe. Na rynku właściwym usług rozwojowych KSI ZUS maksymalny pułap rynkowej wartości zamówienia określiły kwoty za jeden CFP wpisane do umów ramowych. Skalkulowanie ceny na poziomie połowy tej kwoty musi być uznane za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do rażąco niskiej ceny, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazać należy na następujące kwestie. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, W pkt 1 ww, przepisu doprecyzowano, że utrudnianie dostępu do rynku następuje w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W niniejszym Postępowaniu przepis ten jest o tyle istotny, iż - jak wskazano wyżej odnośnie zarysu stanu faktycznego sprawy - umowy ramowe stworzyły rynek właściwy usług rozwojowych KSI ZUS. Rynek ten, jak pisano wyżej, ma zdefiniowany horyzont czasowy, wartość, podmioty, które mogą na nim działać. Możliwość działania na tym rynku wiąże się jednak z koniecznością wykonywania szeregu zobowiązań wynikających z umowy ramowej. Wśród najbardziej kosztochłonnych zobowiązań należy wymienić konieczność utrzymywania zespołów specjalistów oraz konieczność posiadania technologii wymaganych w produkcji oprogramowania KSI ZUS. Umowa ramowa oczywiście nie

generuje żadnych przychodów. Żaden z wykonawców nie będzie w stanie ponieść kosztów związanych z wykonywaniem umowy ramowej o ile nie będzie w stanie uzyskać przychodów z umów wykonawczych. Świadomość tego ma Wykonawca Asseco, w którego interesie jest ograniczenie pozostałym dwóm wykonawcom, za wszelką cenę, dostępu do realizacji umów wykonawczych. Taka praktyka Wykonawcy Asseco z czasem może odnieść skutek w postaci konieczności redukcji powyższych kosztów przez pozostałych Wykonawców, a co za tym idzie bardziej biernego uczestnictwa w umowie ramowej z Zamawiającym, co z kolei znacząco może ograniczyć możliwości uczestniczenia tych wykonawców w kolejnych postępowaniach prowadzonych w ramach umowy ramowej. Cenę zaoferowaną w niniejszym Postępowaniu postrzegać należy, jako cenę dumpingową, zmierzającą do zablokowania wejścia innych wykonawców, aniżeli Asseco, na rynek właściwy. Działania Asseco naruszają również art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, aby mówić o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji muszą kumulatywnie wystąpić następujące przesłanki tj., oceniane działanie musi być podjęte w związku z działalnością gospodarczą (w przedmiotowej sprawie działanie jest wynikiem działalności gospodarczej Asseco). Ponadto czyn musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami (w przedmiotowej sprawie działanie Asseco uznać należy za skrajnie naganne i sprzeczne z dobrymi praktykami rynkowymi). Dodatkowo, działanie musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta (w przedmiotowej sprawie bezsprzecznie doszło do naruszenia interesów pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ponieważ ograniczono im możliwość uzyskania zamówienia). Odnosząc się do żądania odrzucenia oferty Wykonawcy Asseco z Postępowania z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 pzp wskazać należy na następujące kwestie. Odwołujący nie zna treści wyjaśnień Asseco stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego dotyczące wątpliwości zastosowania w ofercie Asseco rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Asseco nie zostały udostępnione Odwołującemu z uwagi na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy. Przepis art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących podejrzenia o stosowanie rażąco niskiej ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na utajnienie treści wyjaśnień przez Asseco Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować poprawności czynności Zamawiającego polegającej na tym, że zaniechał on odrzucenia oferty Asseco pomimo, iż być może wyjaśnienia te wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej weryfikacji tej może dokonać Krajowa Izba Odwoławcza dlatego też z ostrożności Odwołujący podnosi ten

zarzut. Zarzut ten ściśle wiąże się z innymi podstawami odrzucenia wskazanymi w niniejszym odwołaniu. Odnosząc się do żądania wykluczenia Wykonawcy Asseco z Postępowania wskazać należy na następujące kwestie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1 pzp, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Niniejsze Postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy wykonawczej na modyfikację obsługi list wypłatowych, potrąceń, depozytów i zwrotów, wynikająca z bieżącej eksploatacji aplikacji AN, przeniesienie obsługi akcji składkowej, dostosowania raportowania, optymalizacji działania aplikacji BC, tym samym wykonawca, który uczestniczył w przygotowywaniu powyższego Postępowania, w tym w opracowywaniu dokumentacji stanowiącej podstawę do opisu przedmiotu powyższego zamówienia, powinien podlegać wykluczeniu na podstawie wskazanego powyżej art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp. Powyższe ustalenie jest o tyle istotne, że pod koniec obowiązywania umowy nr 6016/0/993200/1/2010, zawartej pomiędzy Zamawiającym a Asseco, opracowany został pomiędzy tymi podmiotami dokument pod nazwą „Uzgodnienie projektowe Modyfikacja 1028 - Modyfikacja obsługi list wypłatowych, potrąceń, depozytów i zwrotów, wynikająca z bieżącej eksploatacji aplikacji AN. Przeniesienie obsługi akcji składkowej”. Załącznikiem do tego dokumentu było stanowisko Asseco do zastrzeżeń zgłoszonych przez ZUS. Dokument ten (wersja 1.2) opracowany został w dacie 2013-10-29 i stanowił następnie podstawę dla przygotowania niniejszego Postępowania (w tym opracowania dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia). Tym samym wykonawca Asseco jako podmiot uczestniczący w przygotowaniu przedmiotowego Postępowania powinien w ocenie Odwołujących podlegać wykluczeniu z Postępowania na podstawie wspomnianego art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp. Co więcej wskazany stan faktyczny potwierdza, że wykonawca Asseco z wyprzedzeniem przed pozostałymi wykonawcami, to jest Capgemini i Odwołującym posiadał wiedzę, która wyposażała go w niedopuszczalną przewagę konkurencyjną. Nie budzi wątpliwości, że ta okoliczność utrudnia uczciwą konkurencję w niniejszym Postępowaniu. Fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp jest jawność prowadzonego postępowania, która może ulegać ograniczeniu wyłącznie w nielicznych przypadkach, które powinny być wykładane w sposób ścisły. Mimo, że obowiązujące przepisy przewidują wyjątek od powyższej zasady jawności, jakim jest możliwość zastrzeżenia w toku postępowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa danego uczestnika postępowania, to za całkowicie niedopuszczalną należy uznać praktykę polegającą na wykorzystywaniu instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia

innym uczestnikom postępowania skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz zweryfikowania poprawności wyboru dokonanego przez Zamawiającego. W oparciu o art. 5 kodeksu cywilnego takie zachowanie powinno być kwalifikowane jako nadużycie prawa podmiotowego przysługującego uczestnikowi postępowania i jako takie nie znajdować ochrony. Podkreślenia wymaga także fakt, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, w świetle którego zastrzeżenie pewnych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać, jedynie do uniemożliwienia weryfikacji - przez konkurencyjnych Wykonawców - poprawności tego, co przedstawia w toku postępowania Wykonawca zastrzegający tę informację (np. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10). Brak udostępnienia Odwołującemu dokumentu w postaci wyjaśnień Wykonawcy Asseco Poland S.A., które stanowiły odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 2014-06-04 (znak: 993200/271/IN-323/2014) uniemożliwia Odwołującemu weryfikację czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej. Zastrzeżenie powyższych wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest tym bardziej niezrozumiałe, iż znana jest cena punktu funkcyjnego zaoferowanego przez Asseco w przedmiotowym postępowaniu, znana jest metodyka określania złożoności oprogramowania określająca ilość punktów funkcyjnych CFP, wreszcie znane są stawki specjalistów stosowane przez Asseco. Stawki te zostały ujawnione w umowie nr 6016/0/993200/1/2010 zawartej uprzednio z Zamawiającym i nie powinny znacząco zmienić się po zawarciu przez Asseco umowy ramowej nr 1036089 (co zresztą wynika z posługiwania się przez Asseco w dwóch pierwszych postępowaniach, o zawarcie umowy wykonawczej, ceną CFP na poziomie 15150 zł brutto). Powyższe wskazuje, że zastrzeżenie tajemnicy dokonane przez Asseco w odniesieniu do złożonych wyjaśnień miało na celu wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom zweryfikowanie czynności Zamawiającego. Odwołujący nie posiada wiedzy, czy Zamawiający zweryfikował zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych w petitum odwołania dokumentów złożonych przez Wykonawcę Asseco. W przypadku, gdy Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności zasadnym jest żądanie zobowiązania go do zweryfikowania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przypomina, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 304/00, gdzie wskazano, iż informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje się jako taką informację, która łącznie spełnia trzy przesłanki, tj.: informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny

przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Podkreślenia wymaga także fakt, iż przedmiotem zastrzeżenia, o którym mowa w art. 8 ust. 3 pzp mogą być wyłącznie konkretne informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego też względu, nawet w przypadku ustalenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż wyjaśnienia złożone przez Asseco zawierały jakieś informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zasadnym byłoby ograniczenie dostępu do tego dokumentu wyłącznie w zakresie tych informacji, a nie rozciągania pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa na cały dokument. Tym samym w ocenie Odwoływających zasadnym w powyższym przypadku byłoby przynajmniej częściowe udostępnienie tego dokumentu Odwoływającym, z wyłączeniem tych jego części, które ewentualnie są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodatkowo zaznaczyć należy, iż dokonanie przez Asseco zastrzeżenia całości wyjaśnień, które stanowiły odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 2014-06-04, a także późniejsze potwierdzenie przez Zamawiającego, iż zastrzeżenie to uznał za skuteczne (o czym świadczy fakt, iż wskazanego dokumentu nie udostępnił Odwoływającym na ich wezwanie) doprowadziło do sytuacji, w której Odwoływający nie mając dostępu do informacji zawartych w tych wyjaśnieniach mają ograniczone możliwości dowodzenia zarzutów postawionych w niniejszym odwołaniu. W związku z powyższym w ocenie Odwoływających ciężar dowodu zarówno w zakresie zasadności uznania przez Zamawiającego wyjaśnień Asseco za wystarczające, jak również w zakresie uznania za skuteczne zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien leżeć po stronie Zamawiającego oraz Asseco, o ile podmiot ten przystąpi do przedmiotowego postępowania. Powyższy wniosek wypływa z faktu, że to Zamawiający w oparciu o sobie tylko znane czynniki uznał wyjaśnienia złożone przez Asseco za wystarczające, a także z faktu, że to Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Asseco w odniesieniu do wyjaśnień za skuteczne, gdyż odmówił udostępnienia Odwoływającym tego dokumentu. Rynek właściwy, do którego odnosi się niniejsze odwołanie, to jest rynek usług dotyczących modyfikacji i rozwoju KSI ZUS, jest rynkiem poddanym kilkunastoletniemu monopolowi jednego z wykonawców. Wykonywanie usług na tym rynku wiąże się z ponoszeniem wyżej opisanych kosztów. Wykonywanie usług na tym rynku wiąże się również z koniecznością poznania specyfiki skomplikowanego systemu informatycznego, którego dokumentacja w poszczególnych częściach systemu nie jest kompletna. Podkreślenia wymaga, iż pomimo ponad półrocznego obowiązywania umów ramowych Zamawiającemu nie udało się osiągnąć skutku w postaci dywersyfikacji dostawców usług rozwojowych KSI ZUS. Samo podpisanie umów ramowych nie stanowi dywersyfikacji. Odwoływający zamierzając realizować umowę w niniejszym Postępowaniu zmuszony jest wnieść niniejsze odwołanie. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokładanie szczególnej staranności w zakresie zapewnienia równej

konkurencji pomiędzy potencjalnymi trzema wykonawcami. Obowiązek ten wynika z treści art. 7 pzp. Dokładając staranności w zakresie zapewnienia równowagi konkurencyjnej Zamawiający powinien uwzględniać to, że jeden z wykonawców, to jest Asseco posiada niejako przewagę nad pozostałymi wykonawcami.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie do naruszeń przepisów ustawy Pzp, wskazanych przez Odwołującego w Zarzucie I.

Zarzut zasługuje na oddalenie w całości. Zamawiający w dniu 05 czerwca 2014 roku wezwał Asseco do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyznaczając termin na dzień 06 czerwca 2014, a następnie na wniosek Asseco przedłużył ten termin do dnia 10 czerwca 2014. Pismo zawierające wyjaśnienia wpłynęło do Zamawiającego 06 czerwca 2014. Pismo zawierało szczegółową analizę czynników cenotwórczych oraz pozacenowych, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. W szczególności należy zwrócić uwagę na rozpisanie przez Asseco szczegółowych szacunki pracochłonnościowe poszczególnych zadań z uwzględnieniem wszystkich prac niezbędnych do wykonania zamówienia. Wykonawca także przedstawił koszty, ryzyka oraz zysk jaki uzyska w wyniku uzyskania zamówienia. W związku z powyższym, Komisja przetargowa Zamawiającego uznała, że informacje zawarte w wyjaśnieniach firmy Asseco posiadają wartość gospodarczą, co do których Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Właściwe postępowanie Zamawiającego potwierdza bogate orzecznictwo KIO w tym zakresie, w szczególności wart jest przywołania wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r. (Sygn. akt: KIO 772/13). Zamawiający dokonał rzeczywistej i szczegółowej oceny wyjaśnień Asseco. Nadmienić należy, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 459/06) postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Lektura wyjaśnień nie pozostawiła żadnych wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe. Wyjaśnienia złożone przez Asseco realizują zatem obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny oferty. Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, że wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Asseco jest ceną rażąco niską. Wprawdzie nie można oczekiwać od Odwołującego, że podejmie skuteczną polemikę z wyjaśnieniami Asseco dotyczącymi ceny oferty złożonej w Postępowaniu ze względu na zastrzeżenie tych wyjaśnień jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale podkreślić należy, że Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby wykazania, obiektywnych w jego ocenie, kosztów realizacji tego konkretnego zamówienia. Mógłby to zrobić wskazując chociażby szacowaną przez siebie koszty- i pracochłonność tego samego zamówienia. Poprzestał jednak na porównywaniu cen zawartych w innych umowach zawieranych przez Zamawiającego i Asseco w wyniku innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z ogólnym rozkładem ciężaru dowodu to na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Nawet przyjmując odwrócony ciężar dowodu, o którym mowa w wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2875/13, Zamawiający wykonał wszystkie niezbędne czynności związane z badaniem wyjaśnień Asseco w zakresie stwierdzenia, czy cena oferty Asseco nie jest rażąco niska. Jeśli wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to odwołujący w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska, powinien powołać dowody przeciwne do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a te nie są mu znane. W tej sytuacji, obarczenie odwołującego wyłącznym ciężarem dowodu nakładałaby na

wykonawcę obowiązków procesowy w zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem - jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty. Pogląd ten został wyrażony w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, 2221/13).". Zamawiający informuje, że po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Asseco stwierdził, że w treści wyjaśnień Asseco powołane zostały czynniki pozwalające na racjonalizację i obniżenie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia - oszczędność metody wykonania zamówienia, przewidywane rozwiązania techniczne i organizacyjne. Wykonawca Asseco podał również kalkulację finansową swojej oferty. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego są możliwe do oceny z zastosowaniem obiektywnych kryteriów wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia złożone przez Asseco realizują obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny, a tym bardziej stwierdzenia, że jest to cena rażąco niska. Zamawiający nie jest jednak upoważniony do ujawniania szczegółów kalkulacji ceny oferty przeprowadzonej przez Asseco i aktywność procesową w tym zakresie pozostawia Przystępującemu.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie do naruszeń przepisów ustawy Pzp, wskazanych przez Odwołującego w Zarzucie II.

Zarzut zasługuje na oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego nie nastąpiły żadne okoliczności, które uprawniałyby Zamawiającego do odrzucenia oferty Asseco w trybie art. Dokonana ocena wyjaśnień nie potwierdziła, że oferta Asseco zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 15 ust. pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. zaoferowana cena jest ceną poniżej kosztów, wskazaną w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku / Postępowania. Nietrafiony jest argument Odwołującego dotyczący stawek za punkt funkcyjny (dalej CFP) stosowanych dotychczas przez Asseco. Ceny za CFP są ustalane przez Wykonawców indywidualnie dla każdej umowy wykonawczej z zastrzeżeniem, że nie mogą one być wyższe niż cena za jeden CFP zawarta w Umowie ramowej. Zatem to do każdego z Wykonawców Umowy ramowej należy dokonanie prawidłowej kalkulacji CFP w zależności od stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia Umowy wykonawczej, prężności oraz innych czynników cenotwórczych. Jak słusznie zauważył Odwołujący Wykonawcy każdorazowo dokonują wyceny w kontekście zobiektywizowanych reguł rządzących metodologią COSMIC, dzięki której Zamawiający ma możliwość zachowania równowagi konkurencyjnej w postępowaniach na Umowy wykonawcze. Za przykład można podać obecnie trwające postępowanie na modyfikację, której celem jest dostosowanie oprogramowania KSI ZUS do zmian wynikających z projektu ustawy o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz zmianie niektórych innych ustaw (Druk Sejmowy nr 2094 z dnia 22.01.2014 r.), w którym to najniższa zaoferowana cena za jeden CFP wynosi 7.380,00 złotych brutto, a więc również znacznie odbiega od ceny zawartej w Umowie ramowej. Nie można porównywać ceny zaoferowanej w Postępowaniu do cen oferowanych przy realizacji pozostałych Umów wykonawczych, a tym bardziej do cen, które obowiązywały Asseco w latach 2010-2013 na mocy umowy zawartej w wyniku postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki. Faktem jest, że wartość jednego punktu funkcyjnego dla każdego zlecenia wynosiła, zgodnie z zapisami zawartej umowy, 15.375,00 złotych, jednak Asseco udzielało Zamawiającemu różnego rodzaju upustów. Rzeczywista uśredniona cena za jeden CFP w okresie obowiązywania poprzedniej umowy wyniosła ok. 7.000,00 złotych, a więc była niższa niż oferowana w niniejszym Postępowaniu (dowód - Materiał przekazany Odwołującemu w dniu

23 czerwca 2014 r.). Zamawiający nie zgadza się z poglądem Odwołującego, iż w chwili obecnej Asseco jest monopolistą na rynku usług modyfikacji KSI. Dzięki zawartej Umowie ramowej, Zamawiający ma możliwość dywersyfikacji usług na różnych Wykonawców. Odwołujący miał możliwość złożenia wiążącej, być może korzystniejszej, oferty zarówno w postępowaniu TZ/271/6/14 (wyodrębnienie nowych kodów tytułów ubezpieczenia), jak i TZ/271/1/14 (zmiany wynikające z OFE). Zamawiającemu nie są znane przyczyny, dla których Odwołujący nie przystąpił do ww. postępowań, a w związku z tym nie można spekulować jaka byłaby cena za CFP w przypadku złożenia ofert przez pozostałych Wykonawców Umowy ramowej. Faktem jest jedynie, że w ww. postępowaniach na zawarcie Umów wykonawczych (sprawy o znakach: TZ/271/1/14 oraz TZ/271/6/14), firma Asseco złożyła oferty z ceną maksymalną określoną w Umowie ramowej, tj. 15.150,00 zł za jeden CFP. W przypadku gdyby Odwołujący także złożył oferty w tych postępowaniach z ceną maksymalną, tj. 14.732,94 zł za jeden CFP, to można założyć, iż to z nim Zamawiający zawarłby Umowy wykonawcze. Jednocześnie Zamawiający pragnie nadmienić, że w niniejszym Postępowaniu, jak również postępowaniu prowadzonym obecnie przez Zamawiającego na modyfikację, której celem jest dostosowanie oprogramowania KSI ZUS do zmian wynikających z projektu ustawy o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz zmianie niektórych innych ustaw (Druk Sejmowy nr 2094 z dnia 22.01.2014 r.) - złożone zostały trzy oferty. W przypadku postępowania związanego ze zmianami w KRS oferta Asseco jest najdroższa. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu także brak wykluczenia Wykonawcy Asseco na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Natomiast zgodnie z przyjętym w doktrynie stanowiskiem, wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 następuje w sytuacji, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:

1) wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności;

2) zachodzi bezpośredni związek pomiędzy wykonywaniem przez wykonawcę bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania a czynnością sporządzenia samej oferty (istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne a czynnością sporządzenia oferty);

3) udział tych wykonawców w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję. Z samego udziału wykonawcy w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania, nawet w sposób pośredni (np. opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego) nie wynika, że wykonawca taki ma przewagę nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. To, czy wykonawca, realizując bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługując się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, był w uprzywilejowanej sytuacji, zależy od okoliczności występujących na etapie przygotowania postępowania. Dla ustalenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji istotne znaczenie ma zakres informacji uzyskanych przez wykonawcę, który zrealizował bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a także stopień trudności przygotowania oferty (zob. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2011 r., KIO 1108/11). „Element bezpośredniości odnosi się bowiem nie do udziału we wszczętym przez

Zamawiającego postępowaniu, ale do czynności przygotowawczych, wstępnych, które nie muszą mieć charakteru sformalizowanego i nie zawsze prowadzą do takiego wszczęcia. O zaistnieniu tej przesłanki decyduje natomiast bezpośrednio, to jest bez wprowadzania istotnych zmian, faktyczne wykorzystanie przez zamawiającego rezultatów prac wykonawcy w toku przygotowywania postępowania, a więc powiązania natury faktycznej. Nie jest natomiast konieczne, aby tego typu powiązania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą miały źródło w jakimkolwiek stosunku prawnym bezpośrednio ich łączącym przed wszczęciem postępowania. Na takie rozumienie przesłanki bezpośredniego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania wskazują również orzeczenia przywołane w odwołaniu" (wyrok KIO z dnia 14 lipca 2011 r., KIO 1406/11).

W wyrokach KIO: z dnia 1 października 2008 r., KIO/UZP 986/08; z dnia 28 maja 2008 r., KIO/UZP 456/08, KIO/UZP 457/08, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że na gruncie prawa zamówień publicznych nie ma podstaw, aby sankcję wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 stosować również wówczas, gdy określone czynności wykonywały podmioty powiązane czy to kapitałowo, czy to osobowo z wykonawcą, a użycie przez ustawodawcę określenia „bezpośrednio” w art. 24 ust. 2 pkt 1 wskazuje na konieczność istnienia ścisłego związku pomiędzy wykonywaniem czynności przygotowawczych w postępowaniu a samym wykonawcą. Fakt wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia może, lecz nie musi utrudniać konkurencji. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 może więc nastąpić w sytuacji, gdy wykonawca mógł wpłynąć na treść opisu przedmiotu zamówienia, określenie jego wartości, warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków i w związku z tym jest on w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany, o ile taki wykonawca, dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania, może wpłynąć na jego wyniki, przy czym uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a rezultat jego prac musi zostać wykorzystany przez zamawiającego, bez istotnej ingerencji (zob. wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1303/08).

Wykonawca Asseco w ramach poprzedniej umowy (nr 6016/0/993200/1/2010) na rozwój KSI rozpoczął prace nad przygotowaniem Uzgodnienia projektowego Modyfikacji 1028, jednakże do końca obowiązywania umowy prace nie zostały zakończone oraz dokument nie został przyjęty przez strony. Opracowany dokument w wersji z dn. 29.10.2013 był ostatnią wersją Uzgodnienia projektowego do którego Wykonawca Asseco miał dostęp. W trakcie realizacji Umów ramowych na modyfikację i rozwój KS! ZUS, na posiedzeniu Komitetu Sterującego w dniu 16.12.2013, Wykonawcy zostali poinformowani o rozpoczętych pracach nad zmianami (Modyfikacjami) KSI ZUS wraz z podaniem wstępnych terminów realizacji. Wśród wymienionych modyfikacji, była także modyfikacja objęta przedmiotowym Postępowaniem. Od dnia 12.02.2014 r. wszyscy Wykonawcy otrzymali dostęp do Repozytorium danych, w którym m.in. jest zamieszczone Uzgodnienie projektowe dla Modyfikacji 1028, Wersja 1.2. z dn. 29.10.2013. Od tego momentu wszyscy Wykonawcy mieli jednakowy dostęp do takiej samej dokumentacji systemu KSI.

Reasumując:

1) Wykonawca Asseco nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z niniejszym Postępowaniem, ani nie posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Uzgodnienie projektowe opracowane przez Asseco w ramach poprzedniej umowy jest diametralnie różnym do Uzgodnienie projektowego w ramach niniejszego Postępowania.

2) Wykonawca Asseco nie miał przewagi nad pozostałymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Wszyscy wykonawcy zostali poinformowani o pracach nad przedmiotową

modyfikacją oraz otrzymali dostęp do Repozytorium (dokumentacji) z odpowiednio dużym wyprzedzeniem.

3) Zamawiający samodzielnie opracował nowe Uzgodnienie projektowe, na podstawie którego, zostało wszczęte Postępowanie, w związku z tym żaden z wykonawców nie był w uprzywilejowanej sytuacji. Informacje zawarte w Uzgodnieniu Projektowym opracowanym przez Asseco stanowiły tylko ok. 1/3 zakresu modyfikacji, przy czym każdy z wykonawców posiadał do nich dostęp do lutego 2014 r.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie do naruszeń przepisów ustawy Pzp, wskazanych przez Odwołującego w Zarzucie III.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w całości. Pismo, o które wnioskował Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, zostało w sposób prawidłowy zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec tego Zamawiający nie miał prawa do udostępnienia rzeczono pisma Odwołującemu, ani innemu podmiotowi czy osobie fizycznej. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, zaś załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione.⁷ Zgodnie z opinią prawną UZP zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak słusznie zauważył Odwołujący, zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Należy zwrócić uwagę, że Asseco nie zastrzegło w swojej ofercie ani ceny oferty ani ceny CFP, jak również żadnego z elementów, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, a których Wykonawca w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzec nie może. Dokument, w którym zastrzeżono informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, złożony został dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dokument ten nie stanowił elementu oferty w chwili jej złożenia, prawidłowym momentem zastrzeżenia było zatem dokonanie tej czynności z chwilą złożenia wyjaśnień przez Asseco. Zgodnie z orzecznictwem KIO (m.in. sygn. KIO 6/10, 2728/10, 228/11, 908/13), utajnieniu mogą podlegać informacje dotyczące sposobu budowania ceny oraz metod jej kalkulacji. Konstruowanie ceny oferty opiera się bowiem na elementach ściśle związanych z funkcjonowaniem Asseco jako przedsiębiorcy na rynku, takich jak: stosowana marża, warunki współpracy z dostawcami czy sposób wykonywania oferowanych usług. Informacje te mają z pewnością istotną wartość gospodarczą. Informacje zawarte w piśmie Asseco stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji złożonej oferty - nie były to zatem informacje powszechnie dostępne. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazując bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na uzyskanie wyniku zaprezentowanego w złożonej ofercie. Działanie takie doprowadzić miało wykonawcę do

uzyskania zamówienia publicznego i skutecznego konkurowania na danym rynku. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę mogą być więc uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż "(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (wyrok SO w Krakowie z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Po dokonaniu analizy pisma Asseco zawierającego wyjaśnienia dotyczące składników kształtujących cenę oferty, Zamawiający pozytywnie przesądził, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i spełnione zostały przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego chybiony jest również zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dokument Asseco - wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 - nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1, a więc art. 26 ust. 4 nie ma w tym przypadku zastosowania. Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 101 ust. do zamówień, których przedmiot jest objęty umową ramową, nie stosuje się przepisów art. 26 oraz art. 169 ust. 2 ustawy Pzp, zatem Zamawiający nie mógł naruszyć przepisów art. 26 ust. 4, skoro ustawodawca zakazał stosowania art. 26 ustawy Pzp w całości. Jednakże, z ostrożności procesowej, Zamawiający pragnie nadmienić, że nie ma obowiązku żądania wyjaśnień każdego dokumentu złożonego w Postępowaniu. Jak już wielokrotnie podkreślano, zastrzeżenie dokumentu Asseco jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie budziło i nadal nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co do jego prawidłowości.

Przystępujący podniósł, iż zarzut nienależytej oceny wyjaśnień złożonych przez Asseco w trybie art 90 Ustawy PZP, zarzut złożenia oferty zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz uzasadnienie zarzutu nienależytej oceny wyjaśnień złożonych przez Asseco praktycznie w całości opiera się na domniemaniach i spekulacjach czynionych przez Odwołującego, w tym co do treści złożonych przez Asseco wyjaśnień. Na dodatek są to spekulacje i domniemania zupełnie chybione. Zarówno historia realizacji przez Asseco wcześniejszych umów na rzecz ZUS, jak i oferty składane przez Asseco w ramach obecnej umowy ramowej wyraźnie dowodzą, że wyceny Asseco są przygotowywane wyjątkowo rzetelnie i każdorazowo indywidualnie uwzględniają szereg uwarunkowań związanych z realizacją danego zlecenia. Uwarunkowania te wynikają m.in. ze skali zadania, terminu jego realizacji, charakteru i obszaru merytorycznego, którego dotyczy oraz dodatkowych ryzyk związanych z należyłą realizacją zamówienia np. związanych z niedostatecznie precyzyjnym określeniem wymagań. Kalkulacje Asseco uwzględniają także przygotowaną przez Zamawiającego wycenę w punktach funkcyjnych, z której, zgodnie z zapisami realizowanej umowy ramowej, wynika maksymalna wartość wynagrodzenia Wykonawcy. Wycena ta zdaniem Przystępującego czasem rzeczywiście oddaje kosztocłonność projektu, a czasem jest ona zaniżona. Odpowiednia ocena określonej przez Zamawiającego wyceny w punktach CFP przekłada się także na cenę za jeden punkt funkcyjny. Asseco wskazuje też, że zaoferowana przez Asseco cena za jeden CFP w żaden sposób nie jest zaniżona w stosunku do cen za 1 CFP oferowanych na rynku. Otóż sama firma Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w innym

postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (zakończonym w 2014 roku) oferował cenę za punkt funkcyjny 2.950,77 zł brutto [2.399 zł netto), co jest najlepszym dowodem, że cena za punkt funkcyjny może bardzo się różnić w zależności od kontekstu danego zadania. Przystępujący zwraca też uwagę, że Odwoływający nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich tez. Ograniczył się jedynie do stwierdzeń, że cena jest „nierynkowa, niższa niż stosowana dotychczas przez Asseco” czy też „oderwana od realiów rynkowych”. To Odwoływający musi udowodnić, że cena oferty Asseco jest rażąco niska. Zdaniem Przystępującego dowodów takich nie przedstawiono, a nawet nie próbowano ich przedstawić. W szczególności Odwoływający nie wykazał, że oferowane przez Asseco usługi są oferowane poniżej kosztów ich wytworzenia czy też zakupienia. Odwoływający stara się zbudować zarzut nawet na fakcie, że Przystępujący złożył wyjaśnienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego [!]. Faktem jest, że Asseco wystąpiło o wydłużenie terminu, a Zamawiający do wniosku się przychylił. Jednakże Przystępujący dołożył wszelkich starań, aby możliwe było złożenie wyjaśnień w pierwotnie wyznaczonym terminie. Wniosek o przedłużenie terminu złożony był wyłącznie z ostrożności procesowej, ze względu na okoliczność, iż osoba w głównej mierze odpowiedzialna za wycenę oferty przebywała na delegacji i nie było wiadome, czy będzie w stanie przygotować wyjaśnienia. Jednakże Przystępujący dochował najwyższej staranności i przedmiotowe wyjaśnienia złożył w bardzo krótkim terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W tym miejscu Asseco chce wskazać - w odpowiedzi na zarzuty odwołania - że złożone wyjaśnienia są konkretne i szczegółowe, odnoszą się do tego konkretnego przedmiotu zamówienia i jego ceny. Sporządzenie takich wyjaśnień w jeden dzień wynika po prostu z profesjonalizmu Przystępującego, jak i z okoliczności, że zaoferowana cena była ceną przemyślaną, wynikającą z konkretnych obliczeń i założeń. Stąd też opisanie w zaledwie jeden dzień w wyjaśnieniach, jakie elementy miały wpływ na wysokość ceny i ich wpływ na cenę nie jest rzeczą ani niemożliwą, ani nawet bardzo trudną. Odnosząc się zaś do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wskazanych w odwołaniu odnośnie treści i zakresu wyjaśnień Przystępujący wskazuje, że orzeczenia te nie mają zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż wyjaśnienia Asseco z całą pewnością nie są ani ogólnikowe, ani zdawkowe. Wręcz przeciwnie - wyjaśnienia te są bardzo szczegółowe. Konkretnie odnoszą się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia oraz wyraźnie wskazują, w jaki sposób oszacowana została zaoferowana cena.

Odwoływający czynu nieuczciwej konkurencji zdaje się upatrywać w fakcie rzekomego ograniczania przez Przystępującego „możliwości uczestniczenia tych wykonawców w kolejnych postępowaniach prowadzonych w ramach umowy ramowej”, wskazując, że Asseco jest obecnie „monopolistą na rynku usług modyfikacji KSI” oraz że to Asseco zawarło z Zamawiającym dwie poprzednie umowy wykonawcze zawarte w ramach umowy ramowej. Odwoływający zdaje się jednak zapominać o oczywistym i bardzo ważnym fakcie. Przyczyna powyższej sytuacji faktycznej jest bardzo prosta. W poprzednio prowadzonych przez ZUS postępowaniach na zawarcie umowy wykonawczej zaproszenie do składania ofert zostało przez ZUS wysłane do wszystkich 3 podmiotów - tj.: Asseco, Odwoływającego i CapGemini, ale za każdym razem została złożona tylko jedna oferta - a mianowicie oferta Asseco. Tym samym jedynym podmiotem, któremu Odwoływający może postawić zarzut „zmonopolizowania rynku usług modyfikacji KSI” jest sam Odwoływający. Skoro nie składał nawet ofert, to trudno, aby obecnie mógł podnosić skutecznie zarzut „ograniczenia rynku”. Skutkiem powyższego powinno być pominięcie wywodów w zakresie konieczności ponoszenia kosztów umowy ramowej czy też biernego uczestnictwa Odwoływającego w umowie ramowej z Zamawiającym. Asseco wskazuje ponadto, że Odwoływający nie wskazał na czym miałyby właściwie polegać czyni nieuczciwej konkurencji - tj. nie wskazał, które działanie Asseco miałyby być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz, które to dobre obyczaje albo przepisy prawa miałyby być naruszone.

Zarzut zaniechania wykluczenia Asseco na podstawie art. 24 ust 2 pkt 1 Ustawy PZP. W pierwszej kolejności należy wskazać, że zarzut ten został podniesiony z naruszeniem terminu określonego w art 182 ust 1 pkt 1 w związku z art. 182 ust 3 pkt 1 Ustawy PZP. Dniem, w którym Odwołujący dowiedział się o wszystkich okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia zarzutu, a jednocześnie dniem, w którym Zamawiający podjął czynność stanowiącą podstawę wniesienia zarzutu jest 20 maja 2014 roku, tj. dzień, w którym Zamawiający przestał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wraz treścią SIWZ. Otóż już w dniu przesłania zaproszenia do składania ofert Odwołujący wiedział o obu okolicznościach, które są podstawą wniesienia przedmiotowego zarzutu: że tworząc dokumentację do przedmiotowego postępowania Zamawiający oparł się na uprzednio przygotowanej przez Asseco dokumentacji projektowej, że Zamawiający zaprosił Asseco do składania ofert - a zatem uznał, że nie zachodzą wobec Asseco przesłanki do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art 24 ust 2 pkt 1 Ustawy PZP. Powyższe okoliczności były znane Odwołującemu uprzednio, przed dniem oceny ofert - co wprost wynika z treści odwołania. A zatem Odwołujący powinien złożyć odwołanie w przedmiotowym zakresie w terminie 10 dni od dnia zaproszenia do składania ofert, a obecne podnoszenie przedmiotowego zarzutu jest po prostu spóźnione. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że czynności, jakich dokonywało Asseco w związku z uprzednią realizacją umowy z Zamawiającym w żadnym przypadku nie realizują znamion określonych w art 24 ust 2 pkt 1) Ustawy PZP. Stan faktyczny przedstawia się bowiem następująco: Umowa między ZUS i Asseco, na którą wskazuje Odwołujący, została zawarta w dniu 8 października 2010 roku. Przedmiot umowy dotyczył modyfikacji i rozbudowy oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych. Cykl wytwórczy każdej z Modyfikacji składał się z dwóch podstawowych, następujących po sobie części: opisanie, w wynikający z umowy sposób, zakresu Modyfikacji i (dokument taki nazwano w umowie Uzgodnieniem Projektowym) wraz z szacowaniem jej złożoności w oparciu o punkty funkcyjne COSMIC, wykonanie Modyfikacji wraz dokumentacją (analityczną, techniczną, dla użytkownika etc). W pierwszym etapie prac nad każdą Modyfikacją wspólny zespół ZUS-Asseco opracowywał dokument Uzgodnienie Projektowe, który w szczególności zawierał specyfikację wymagań. Czas przygotowania takiej specyfikacji wymagań był różny i zależny przede wszystkim od wielkości Modyfikacji, ale także od aktualnych priorytetów rozwoju systemu, określanych każdorazowo przez ZUS. Przykładowo Uzgodnienia Projektowe do Modyfikacji:

- M/1089,
- M/1140,

zostały wykonane w czasie ok 50 dni.

Natomiast Uzgodnienia Projektowe dla Modyfikacji:

- M/1014,
- M/1024,

wytwarzano ponad 600 dni, czyli ponad 20 miesięcy.

Asseco w ramach umowy z ZUS w latach 2010-2013 realizowało 112 Modyfikacji, a tym samym opracowało 112 Uzgodnień Projektowych.

ZUS uruchomił prace nad Modyfikacją 1028 wysyłając do Asseco Zapotrzebowanie na Modyfikację 1028 w dniu 16 listopada 2010 roku. Z uwagi na wyższy priorytet innych zadań prace nad tym Uzgodnieniem Projektowym zawieszono po kilku miesiącach i wznowiono 10 maja 2012 roku. Z uwagi na pilniejszą Modyfikację 1110 prace wstrzymano po raz kolejny, aby ostatecznie wznowić je w połowie roku 2013. Kompletną wersję Uzgodnienia Projektowego Asseco przekazało 9 września 2013, a ZUS potwierdził jego odbiór 4 listopada

2013 roku. Z powyższych dat wynika, że ZUS planował realizację Modyfikacji 1028 w ramach umowy z lat 2010-2013, natomiast inne, pilniejsze zadania spowodowały, że opracowanie Uzgodnienia Projektowego zakończono dopiero w drugiej połowie 2013 roku, a z uwagi na zakończenie umowy niemożliwe było już wykonanie samej Modyfikacji. Od czasu potwierdzenia przez ZUS odbioru Uzgodnienia Projektowego dla Modyfikacji 1028, tj. od 4 listopada 2013 roku, Asseco nie prowadziło żadnych prac związanych z tą Modyfikacją, w szczególności zaś nie miało dostępu do dokumentacji przygotowywanej przez ZUS w ramach przygotowania postępowania. Należy wskazać też, że Zamawiający od listopada 2013 do czasu uruchomienia postępowania istotnie rozszerzył zakres swoich wymagań - wg wstępnych szacunków Przystępującego nawet o połowę w stosunku do zakresu dokumentacji przekazanej przez Asseco we wrześniu 2013 roku. Podkreślenia wymaga, że dla ziszczenia się przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 1 Ustawy PZP, konieczne jest łączne wystąpienie wskazanych w przepisie przesłanek: wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobami dokonującymi takich czynności, bezpośrednie wykorzystanie rezultatu tych prac przez zamawiającego, utrudnienie uczciwej konkurencji, w następstwie udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania.

Jak wynika z powyżej opisanego stanu faktycznego: po pierwsze - Asseco nie wykonywało bynajmniej czynności w zakresie przygotowania prowadzonego postępowania. Według najlepszej wiedzy Przystępującego wszystkie czynności związane z przygotowaniem niniejszego postępowania, w tym także dokumentacja niniejszego postępowania została przygotowana przez Zamawiającego. Prawo zamówień publicznych przez "przygotowanie postępowania" rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust 2 Ustawy PZP zamawiający może powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II "Przygotowanie postępowania" w art. 29 - 38 Ustawy PZP. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający samodzielnie wykonał w/w czynności. Z kolei udział Asseco dotyczył jedynie uprzedniego wykonania Uzgodnienia Projektowego dla Modyfikacji 1028, które w okresie kolejnych 6 miesięcy zostało przez Zamawiającego istotnie zmienione i w takim stopniu rozszerzane, że w ogóle nie sposób mówić o udziale Asseco w przygotowaniu postępowania. Z dniem odbioru Zagadnienia Projektowego Zamawiający nabył całość majątkowych praw autorskich do tego dokumentu. Od dnia odbioru do dnia przestania zaproszenia do składania ofert Zamawiający dokonał szeregu zmian w przedmiotowym dokumencie. Po analizie przekazanego w ramach SIWZ Uzgodnienia projektowego Asseco ocenia, że ZUS wykorzystał jedynie około 40 % wymagań z Uzgodnienia Projektowego dla Modyfikacji 1028, stworzonego przez Asseco. Tym samym - w rozumieniu Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych - jest to z pewnością całkiem nowy utwór, autorstwa Zamawiającego. Nie można zatem mówić o bezpośrednim udziale Asseco w przygotowaniu niniejszego postępowania. Powyższe znajduje potwierdzenie w stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej - przykładowo w wyroku z 29 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 595/13 i KIO 597/13.

Po drugie - nie miało miejsce bezpośrednie wykorzystanie rezultatu prac Asseco przez Zamawiającego. Zamawiający wykorzystał jedynie dokumentację przygotowaną przez Asseco na potrzeby innego postępowania jako punkt wyjścia do stworzenia dokumentacji w niniejszym postępowaniu, jednakże dokumentacja niniejszego postępowania została stworzona przez Zamawiającego i nie doszło do bezpośredniego wykorzystania rezultatów prac Asseco. Po trzecie zaś - nie zrealizowała się też przesłanka utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez udział Asseco w postępowaniu. Asseco nie posiadało w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wiedzy, której nie posiadali inni wykonawcy. Konkurencyjna cena,

jaką Asseco zaoferowało nie jest wynikiem posiadania wiedzy, której nie posiadali inni wykonawcy, ale jej zaoferowanie możliwe było dzięki czynnikom i okolicznościom wskazanym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Podkreślić bowiem należy, że lutym 2014 roku ZUS udostępnił w serwisie dla Wykonawców pełną dokumentację systemu KSI, jaką dysponuje. Ponieważ Uzgodnienia Projektowe są częścią tej dokumentacji, udostępnione zostało także przedmiotowe Uzgodnienie Projektowe dla Modyfikacji 1028 (zarówno w wersji zaakceptowanej, tj. wersji 1.2, jak i poprzednie wersje robocze). Oznacza to, że zarówno Odwołujący, jak i wykonawca CapGemini, mogli bez ograniczeń się z nim zapoznać. Odwołanie opiera się na nieprawdziwych założeniach, że „wykonawca Asseco z wyprzedzeniem przed pozostałymi wykonawcami, to jest Capgemini i Odwołującym, posiadał wiedzę, która wyposażyła go w niedopuszczalną przewagę konkurencyjną”, jak wskazano powyżej Przystępujący wiedzę co do treści SIWZ pozyskał w tym samym momencie, co pozostali uczestnicy postępowania, tj. w dniu przesłania przez Zamawiającego zaproszenia do składania ofert Nie posiadał zatem niedopuszczalnej przewagi konkurencyjnej. Przedmiotowy zarzut odwołania odnosi się bowiem nie tyle do okoliczności związanych z przygotowaniem niniejszego postępowania, ale właściwie wyłącznie do właściwości podmiotowych Przystępującego, które mają swoje źródło w nabyciu doświadczenia wynikającego z realizacji przez Asseco na rzecz Zamawiającego innych umów uzyskanych w trybie zamówień publicznych, Jednakże przepis art 24 ust 2 pkt 1 Ustawy PZP nie upoważnia do eliminacji wykonawców, którzy posiadają określoną wiedzę na skutek realizacji na rzecz Zamawiającego innych zamówień i którzy z tego tytułu posiadają określoną wiedzę, know-how i doświadczenie. Odwołujący próbuje zatem dokonać rozszerzającej wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1) Ustawy PZP, starając się rozszerzyć przesłanki podmiotowe wykluczenia na podmiotowe, indywidualne cechy wykonawcy Asseco. jest faktem powszechnie znanym w środowisku firm informatycznych, że Asseco od lat świadczyła szereg usług na rzecz Zamawiającego. Ale fakt ten nie może spowodować wykluczenia Asseco z postępowań prowadzonych przez Zamawiającego. Na zakaz rozszerzającej wykładni przepisów o wykluczeniu wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 grudnia 2013 roku, sygn. akt KIO 2688/13. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja wszystkich wykonawców była jednakowa. Wykonawcy zadali szereg pytań do SIWZ, a jednocześnie żaden z zaproszonych wykonawców nie kwestionował ani terminu składania ofert, ani terminu realizacji przedmiotu zamówienia, czy też opisu przedmiotu zamówienia. Warto dodać, że zadano aż 172 pytania, a Zamawiający odpowiedział na wszystkie pytania w dniu 23 maja 2014- roku. Tym samym, w trakcie postępowania Zamawiający udzielił wyczerpujących wyjaśnień. Z kolei wykonawcy nie składali wniosków czy też środków ochrony prawnej zmierzających do przesunięcia terminu składania ofert czy też modyfikacji SIWZ. Na zakończenie stanowczo należy podkreślić, że nawet sam udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej podstawy do wykluczenia wykonawcy. Przesłanki art. 24 ust 2 pkt 1 Ustawy PZP ziszczają się dopiero, gdy udział taki prowadzi dodatkowo do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Tymczasem Odwołujący nie wykazał, że do takiego ograniczenia konkurencji w ogóle doszło, w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów na zaistnienie ograniczenia konkurencji. Tym samym zarzut zasługuje na oddalenie. Zarzut odmowy udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Asseco Asseco wskazuje, że złożone w trybie art. 90 Ustawy PZP wyjaśnienia zawierają informacje zarówno techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa jak i inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w szczególności wyjaśnienia te zawierają szczegółowy opis sposobu obliczenia ceny oferty. Podkreślamy też, że informacje te nie zostały nigdzie uprzednio ujawnione do informacji publicznej, zaś osoby sporządzające zarówno ofertę, jak i składane wyjaśnienia zostały zobowiązane do zachowania poufności tych informacji. Ponadto Asseco stosuje u siebie w przedsiębiorstwie następujące procedury, zapewniające zachowanie

poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa czy to własną, czy też partnerów, kontrahentów i klientów:

- *klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi,*
- *System Zarządzania ISO 9001:2008, ISO/IEC 27001:2005, AQAP 2110:2009.*

W związku z powyższym objęcie przedmiotowego dokumentu zastrzeżeniem nieujawniania osobom trzecim było i jest jak najbardziej skuteczne.

Przystępujący podkreśla też, że objęcie wyjaśnień złożonych w trybie art 90 Ustawy PZP tajemnicą przedsiębiorstwa wynika ze specyfiki i stopnia złożoności przedmiotu zamówienia. Otóż przedmiot zamówienia nie obejmuje bynajmniej dostawy sprzętu czy świadczenia prostej usługi - ale obejmuje dużą i skomplikowaną modyfikację największego funkcjonującego w Polsce systemu informatycznego. Stąd też i złożone wyjaśnienia obejmują know-how Przystępującego, przyjęty przez niego schemat realizacji przedmiotu zamówienia. A informacje takie z całą pewnością zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Zarzut dotyczący braku rzeczywistej i szczegółowej oceny wyjaśnień wykonawcy Asseco Poland S.A., które stanowiły odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 2014-06-04 wzywające Asseco do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Asseco ceny oraz sposobu, w jaki elementy te wpłynęły na cenę oferty, naruszający art. 90 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pzp, a także art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp – Izba uznała za bezpodstawny oraz zarzut polegający na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Asseco pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać przez zamawiającego odrzucona (zaniechanie odrzucenia oferty Asseco) bądź też wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a także zaniechaniu czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu – naruszający art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, ewentualnie art. 90 ust. 2 pzp (przesłanki odrzucenia oferty Asseco) oraz art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp (przesłanka wykluczenia Asseco), a także narusza 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp – Izba uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, że zarzut pierwszy odwołujący postawił jedynie z ostrożności procesowej, co wynika bezpośrednio z treści odwołania – str. 9. Niemniej w ocenie Izby zarzut odwołującego oparty jest jedynie na przypuszczeniach i hipotetycznych założeniach. Nie został poparty żadnymi dowodami, które mogłyby świadczyć na korzyść odwołującego. W szczególności odwołujący nie wskazał dlaczego i w jaki sposób zamawiający miałby dokonać nie rzeczywistej i szczegółowej oceny wyjaśnień złożonych przez Asseco. Izba dokonała szczegółowej analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego i doszła do przekonania, że Asseco w sposób charakteryzujący wysoki stopień szczegółowości, z rozłożeniem poszczególnych elementów cenotwórczych (kosztów i zysku wraz z zabezpieczeniem ryzyka) przedstawił zamawiającemu dokładną analizę, która po jednokrotnym zgłębieniu jej treści, w sposób nie budzący wątpliwości pozwala na ustalenie, że Asseco wycenił wszystkie wymagane specyfikacją istotnych warunków zamówienia elementy zamówienia, a zamawiający ocenił te wyjaśnienia w sposób prawidłowy. Wskazać bowiem należy, że Asseco w rozbiciu na poszczególne zadania w ramach określonych modułów podał szacowaną pracochłonność, opisał wyjątkowo korzystne warunki wykonywania zamówienia dostępne dla niego, wskazał metodykę prowadzenia projektu, które to wszystkie ww. elementy tworzyły spójną całość, która nie budzi żadnych wątpliwości, co do możliwości zaoferowania ceny przedstawionej w ofercie. W ocenie Izby podnoszona przez odwołującego argumentacja, co do wyceny przez Asseco wcześniejszych

ofert (w latach poprzednich) na modyfikacje systemów dla ZUS, pozostaje całkowicie bezzasadna, gdyż wskazać należy na okoliczność, iż oceny oferty dokonuje się w zakresie bieżącego postępowania, ustalonego na określonych warunkach. Fakt, że Asseco w poprzednich postępowaniach oferował wyższe ceny nie oznacza, że w przedmiotowym postępowaniu cena inna, niższa, stanowi o uznaniu jej za rażąco niską. Izba zwraca uwagę, iż jak to słusznie podnosił zamawiający i przystępujący Asseco, poprzednie zamówienia charakteryzował wysoki stopień ryzyka związany z nieprzewidywalnymi zmianami legislacyjnymi, co miało wpływ na pracochłonność projektów, jak też drugi istotny element – krótki termin realizacji. Już te dwa elementy w powiązaniu z tym, że żaden inny wykonawca poza Asseco nie składał ofert, świadczyć może o wysokim stopniu profesjonalizmu Asseco, który jako jedyny potrafił sprostać wymaganiom zamawiającego oraz wskazywać może, że inni, pozostali „wykonawcy ramowi” nie byli w stanie oszacować kosztów przedsięwzięć. Wywodzenie, w przedmiotowym postępowaniu, okoliczności negatywnych dla Asseco nie może znaleźć potwierdzenia u Izby, gdyż przedmiotowe postępowanie zostało przygotowane i prowadzone bez obciążenia zwiększonego ryzyka i czasu. Powyższe oznacza, że każdy wykonawca miał prawo do wyceny swojej oferty w sposób pełny i z dużą dozą pewności. Dlatego też cena przedstawiona przez Asseco, jak też wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pozostają z zgodzie z obowiązującymi przepisami i nie mogą stanowić uznania, że jest to cena rażąco niska. Nadto na uwagę zasługuje porównanie ceny Asseco z cenami pozostałych wykonawców, w tym odwołującego, które nie różnią się od siebie w znaczny sposób, który byłby rażąco odmienny. W ocenie Izby doświadczenie Asseco w realizacji podobnych projektów dało przystępującemu naturalną przewagę i zdecydowaną łatwość w kalkulacji ceny ofertowej. Nie oznacza to jednak, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ustawy Pzp, gdyż jest to naturalna sytuacja rynkowa, gdzie kilka podmiotów, specjalizujących się w przedmiocie zamówienia rywalizuje (w tym przypadku tylko ceną) o pozyskanie zamówienia publicznego. Sytuacja odmiennych cen jest zdrowym odzwierciedleniem sytuacji każdego wykonawcy, który poprzez swoje doświadczenie, sytuację finansową, potencjał osobowy, organizację, know-how, kalkuluje cenę swoje oferty, która zawierać musi również zysk. Takie działanie wykonawcy nie narusza zasad uczciwej konkurencji, jak też nie narusza przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo wskazanie przepisów, których rzekomo dopuścił się naruszenia zamawiający nie może stanowić podstawy do uznania zarzutów za zasadne. Wskazywanie przez odwołującego, że takie działanie przystępującego Asseco, tj. zaoferowanie ceny jak ofercie, stanowi utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, w ocenie Izby jest bezpodstawne, albowiem ocena wyjaśnień złożonych przez Asseco w zakresie czy cena nie jest rażąco niska prowadzi do zgoła odmiennych wniosków. Jak to już wcześniej Izba wskazywała, szczegółowe rozpisanie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia i ich dokładna wycena (żadna z pozycji wyceny nie zawiera ceny ujemnej lub zerowej lub zbliżonej do tych wartości) nie powoduje uznania, że złożenie oferty przez Asseco powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego Asseco, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż w ocenie odwołującego Asseco uczestniczył w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, w tym w opracowaniu dokumentacji stanowiącej podstawę do opisu przedmiotowego zamówienia – Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu

sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2.

Jak wynika z brzmienia powyższego przepisu, aby zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to wykonawca taki musiałby wykonywać bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub wykonawca taki posługiwał się w celu sporządzenia swojej oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności przygotowania danego postępowania.

Ustawodawca dopuszcza jednakże wyjątek dopuszczający ww. rozwiązanie jednakże pod rygorem, iż udział tych wykonawców nie utrudni uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca przystępujący Asseco realizując poprzednią umowę wykonawczą z zamawiającym wytworzył materiał ostateczny, tj. „Uzgodnienia Projektowe Modyfikacja 1028”. Dokument ten był wynikiem prac Asseco z zamawiającym w ramach umowy wykonawczej

6016/0/993200/1/2010. Następnie, przedmiotowy dokument, został przez zamawiającego wykorzystany, jako materiał źródłowy do opracowania dokumentacji przedmiotowego postępowania. Biorąc powyższe okoliczności po ocenę pod kątem stawianego zarzutu stwierdzić należało, iż zamawiający nie miał podstaw prawnych do wykluczenia

przystępującego Asseco z przedmiotowego postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby fakt, iż zamawiający wykorzystał posiadane przez siebie materiały, nie może budzić zastrzeżeń. Zastrzeżeń nie może budzić również, iż wykorzystane materiały stanowiły podstawę do opracowania dokumentacji przedmiotowego postępowania.

W końcu nie może stanowić zastrzeżeń sytuacja, w której wykorzystane materiały, stanowiłyby podstawę do wykluczenia Asseco z postępowania. Po pierwsze wskazać należy, że Asseco nie wykonywało bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania. Co więcej Asseco takich czynności nie wykonywało również pośrednio. Fakt, iż dokumentacja opracowana przez Asseco „Modyfikacja 1028” została wykorzystana przez zamawiającego, jako materiał źródłowy do przedmiotowego postępowania nie może wpływać negatywnie na przystępującego, gdyż Asseco nie wiedziało ani nie miało wpływu na zakres wykorzystanej przez zamawiającego dokumentacji.

Przystępujący opracowując rzeczony dokument realizował założenia innej umowy i nie mógł wpływać na decyzję zamawiającego, co do ostatecznego wykorzystania tej dokumentacji w innym postępowaniu. Powyższe oznacza, że Asseco nie brało czynnego ani nawet biernego udziału w przygotowywaniu dokumentacji przedmiotowego postępowania, dlatego też nie ziszcila się omawiana przesłanka do wykluczenia przystępującego z postępowania.

Nie ziszcila się również kolejna przesłanka z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. odwołujący nie udowodnił, że przystępujący Asseco wykorzystywał osoby przygotowujące postępowanie do sporządzenia własnej oferty.

Izba nie stwierdziła również, aby w kontekście ww. przepisów zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zamawiający w sposób ostateczny i kompleksowy z zachowaniem jedności daty, przesłał wszystkim wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową zaproszenie do złożenia oferty wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i dokładnym opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym, stwierdzić należało, że wszyscy wykonawcy, w tym samym czasie poznali zamierzenia zamawiającego, co do realizacji zamówienia. Żaden z wykonawców nie pozostawał w sytuacji uprzywilejowanej, która dawałaby któremukolwiek przewagę konkurencyjną. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż fakt przygotowania dokumentu „Uzgodnienia Projektowe – Modyfikacja 1028” przez przystępującego Asseco, postawiło tego wykonawcę w sytuacji korzystniejszej, gdyż żaden z wykonawców, w tym

Asseco nie był w stanie ustalić, przed zaproszeniem do złożenia oferty, jaki będzie ostateczny kształt przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego odmowy udostępnienia odwołującemu wyjaśnień Asseco, które stanowiły odpowiedź na wezwanie zamawiającego, a które zostały niezasadnie utajnione przez Asseco mimo, że nie stanowiły jego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w kontekście tego zarzutu zarzut, iż zamawiający zaniechał wystąpienia do wykonawcy Asseco o wykazanie zasadności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa – tj. zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 pzp oraz art. 96. ust. 3 pzp, a w zakresie związanym z zaniechaniem wezwania Asseco do wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa narusza treść art. 26 ust. 4 pzp oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 8 ust 3 pzp, Izba stwierdziła, co następuje. Zarzuty odwołującego są niezasadne. Na wstępie Izba wskazuje, że zasada wyrażona przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, ulega ograniczeniu, tj. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Skoro zatem ustawodawca dopuścił możliwość zastrzeżenia pewnych informacji dotyczących składanej przez wykonawcę oferty, to musi zachodzić okoliczność, która musi sankcjonować powyższe uregulowanie. Przystępujący Asseco zastrzegł informacje dotyczące kalkulacji ceny, a mianowicie objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnienia składane na okoliczność rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach tych Asseco podało szereg szczegółowych kalkulacji, opisało sytuację przedsiębiorstwa, powołało się na stosowanie określonych procedur, oraz wymieniło szczególnie korzystne warunki jakie, posiada przedsiębiorstwo. Mimo, iż przystępujący nie wyjaśnił okoliczności, które upoważniały go do zastrzeżenia powyższych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, to już ich wnikliwa lektura nie powinna budzić żadnych wątpliwości, co do konieczności dokonania takiego zastrzeżenia. Dlatego też, w ocenie Izby, zamawiający nie miał obowiązku, choć w orzecznictwie ugruntował się pogląd, że zamawiający powinien wzywać wykonawcę do wyjaśnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, do wzywania wykonawcy w powyższym zakresie, jeżeli zamawiający samodzielnie stwierdzi, że informacje podane, a zastrzeżone nie są ogólnie, powszechnie dostępne. Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, że odwołujący nie udowodnił, a przynajmniej nie uprawdopodobnił, że informacje podane w wyjaśnieniach są możliwe do pozyskania z powszechnych źródeł, czy na wniosek. Co do zarzutu dotyczącego samej zasadności zastrzeżenia, to Izba w pełni podziela pogląd prezentowany w wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2014 roku, o sygn. akt 495/14, KIO 507/2014, KIO 508/14, gdzie Izba wskazała, że *„Tym samym Izba uznała, że informacje podane w treści wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Nordisk i konsorcjum Impel, jako charakterystyczne tylko dla danego przedsiębiorcy, stanowiące jego know-how, które de facto prowadziło do możliwości zaoferowania określonej wartości za realizację przedmiotu zamówienia. Rozwiązania przyjęte przez tych wykonawców charakteryzują określoną strategię firmy z rozłożeniem ciężaru ponoszonych obciążeń, które charakteryzują politykę firmy w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby ww. wykonawcy prawidłowo zastrzegli informacje podane w wyjaśnieniach dot ceny oferty, a zamawiający prawidłowo podtrzymał decyzje tych wykonawców nie udostępniając (w określonym zakresie) podanych informacji uznając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe odtajnienie zastrzeżonych informacji, które to informacje pozwoliły na takie ukształtowanie ceny oferty w ujęciu specyficznych rozwiązań, które mogłyby być dostępne pozostałym wykonawcom, gdyż odtajnienie takie miało by znaczący wpływ na sytuację firmy (konsorcjum Nordisk i konsorcjum Impel) w przyszłych postępowaniach - ułatwiając konkurencji, a nawet wręcz przyjęcie rozwiązań tych wykonawców - w sporządzaniu własnych*

ofert, niwelując przewagę konkurencyjną tych wykonawców. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt; że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego pozyskanie. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nadto wskazać należy, że żaden z odwołujących się wykonawców nie przedstawił żadnego dowodu, który wskazywałby na dostępność informacji zawartych w wyjaśnieniach, z innych ogólnie dostępnych źródeł, które pozwoliłoby Izbie na uznanie, że zastrzeżenia te zostały poczynione niewłaściwie czy pochopnie. Dlatego też zarzut powyższy Izba uznała za bezzasadny".

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: