

**Sygn. akt KIO/UZP 2311/10**

**Sygn. akt KIO/UZP 2346/10**

**WYROK**

**z dnia 5 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **29 października 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków w dniu 22 października 2010 r. ,**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sygnity S.A. (pełnomocnik), 2. Winuel S.A., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa w dniu 28 października 2010 r.**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa** protestów:

**A. ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków z dnia 11 października 2010 r.**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sygnity S.A. (pełnomocnik), 2. Winuel S.A., adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa z dnia 11 października 2010 r.**

przy udziale wykonawców:

- **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2346/10 po stronie Odwołującego,

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sygnity S.A. (pełnomocnik), 2. Winuel S.A., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2311/10 po stronie Zamawiającego,

- **Comp S.A., ul. Jutrzenki 11B, 02-230 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2311/10 oraz 2346/10 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1A. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie ofert Comp S.A. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz odtajnienie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sygnity S.A. (pełnomocnik), 2. Winuel S.A., dotyczących informacji w zakresie liczby roboczogodzin zawartej w Opisie planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich i finansowych) Zamawiającego, przedstawionego w formie tabeli i wykresu (diagramu) Gantta.**

**1B. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie ofert Comp S.A. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**
  - B** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sygnity S.A. (pełnomocnik), 2. Winuel S.A., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A.** kwoty **5 822 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
  - B.** kwoty **2 222 zł 00 gr** słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sygnity S.A. (pełnomocnik), 2. Winuel S.A., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**
- B** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sygnity S.A. (pełnomocnik), 2. Winuel S.A., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wdrożenie nowego portalu informacyjnego PUE”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 stycznia 2010 roku.

W dniu 1 października 2010 r. Zamawiający poinformował ComArch S.A., ul. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (dalej: „ComArch”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako - Konsorcjum firm Sygnity S.A. (pełnomocnik) i Winuel S.A., adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (dalej: „Konsorcjum firm Sygnity i Winuel”), w wyborze najkorzystniejszej oferty, którą okazała się oferta wykonawcy COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (dalej: „COMP”) za cenę 16.423.931,26 zł (z podatkiem VAT).

### **KIO/UZP 2311/10**

W dniu 22 października 2010 r. wykonawca ComArch S.A., ul. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (dalej: „ComArch”) złożył protest dotyczący niżej wymienionych czynności Zamawiającego:

1. wyboru oferty COMP jako oferty najkorzystniejszej;
2. bezprawnego dokonania zmian w treści oferty COMP;
3. bezprawnego poprawienia błędów w ofercie COMP;
4. zaniechania odrzucenia oferty COMP;
5. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel;
6. zaniechanie ujawnienia oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w części, w jakiej została ona objęta tajemnicą przedsiębiorstwa z naruszeniem przepisów ustawy.

Czynnościami zamawiającego zarzucał:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 i ust. 2 ustawy - poprzez niedozwolone dokonanie zmian w treści oferty COMP oraz poprawienie błędów w ww.ofercie, pomimo iż błędy te nie podlegały poprawieniu zgodnie z ustawą,
3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COMP, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”);
4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COMP, pomimo iż oferta COMP jest niezgodna z ustawą,
5. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COMP, pomimo iż oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
6. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
7. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, pomimo iż jest niezgodna z ustawą,
8. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, pomimo iż oferta stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji;

9. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób inny niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji;
10. naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy - poprzez zaniechanie ujawnienia treści oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w części, w jakiej została ona objęta tajemnicą przedsiębiorstwa z naruszeniem przepisów ustawy.

#### ComArch żądał:

1. unieważnienia wyboru oferty COMP jako oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia zmian dokonanych w treści oferty COMP;
3. unieważnienia poprawienia błędów w ofercie COMP;
4. odrzucenia oferty COMP;
5. odrzucenia oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel;
6. ujawnienia oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w części, w jakiej została ona objęta tajemnicą przedsiębiorstwa;
7. dokonania ponownej oceny ofert;
8. wyboru oferty Comarch jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podnosił m.in.:

### **I. Odrzucenie oferty COMP**

#### **I.1. Licencja na oprogramowanie do testów automatycznych.**

ComArch wskazywał, że w ofercie COMP ani w formularzu cenowym, ani w żadnym innym miejscu nie zostały wyspecyfikowane licencje na oprogramowanie standardowe wymagane przez Zamawiającego i wyspecyfikowane w OPZ do testów automatycznych i tym samym oferta jest niezgodna z siwz.

Z ostrożności procesowej ComArch podniósł kwestię oprogramowania typu open source do testów automatycznych. Także w przypadku, gdyby COMP zdecydował się na dostarczenie

narzędzia do testów opartego o open source powinien licencje na to oprogramowanie wymienić w formularzu cenowym, podając nazwę producenta tego oprogramowania oraz wymienić to oprogramowanie w wykazie przekazywanych licencji. Licencje typu open source w większości oparte są o GPL lub LGPL w swojej konstrukcji posiadają warunek mówiący o tym, że w przypadku wykorzystania/przekazywania oprogramowania objętego tą licencją obowiązkowo należy przekazać licencję.

## **I.2. Przekazanie Zamawiającemu praw autorskich do testów automatycznych i dokumentacji.**

ComArch wskazywał, że COMP w Formularzu cenowym nie wyspecyfikował wymaganych przez Zamawiającego pozycji mówiących o fakcie przekazania autorskich praw majątkowych do wytworzonych testów automatycznych oraz dokumentacji. W związku z powyższym Zamawiający powinien odrzucić ofertę COMP.

## **I.3. Licencja na oprogramowanie do monitorowania infrastruktury.**

Zdaniem ComArch wykonawca zobligowany został do dostarczenia oprogramowania (licencji na oprogramowanie) do monitoringu dostarczonej infrastruktury, która musi zostać zintegrowana z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą monitoringu opartą na oprogramowaniu BMC Patrol. W formularzu cenowym w ofercie COMP nie ma takiej pozycji - co oznacza, że COMP pominął w swej ofercie jakże istotne wymaganie z punktu widzenia Zamawiającego i jej oferta powinna bezsprzecznie zostać odrzucona jako niezgodna z siwz. W opinii ComArch fakt ten potwierdzają wyjaśnienia złożone przez COMP z dnia 8 września 2010 r., przedstawiają one scenariusze integracji, w których COMP od Zamawiającego wymaga posiadania odpowiedniej infrastruktury bądź też zakupu dodatkowych licencji. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawców zapewnienia oprogramowania monitorującego zgodnego z produktami BMC wchodzącymi w skład obecnej infrastruktury - przy czym nie deklarował bynajmniej udostępnienia części infrastruktury lub licencji, w tym Agentów – zdaniem ComArch, oczywistym jest, iż oferta COMP jest niekompletna i bezsprzecznie powinna zostać odrzucona jako niezgodna z siwz. We wspomnianym piśmie zawierającym wyjaśnienia COMP wykonawca ten sam przyznał, że dostarczenie dopasowanego do wymagań Zamawiającego rozwiązania wymaga skorzystania z licencji posiadanych przez Zamawiającego.

## **I.4. Licencja na oprogramowanie Cryptographic Service Provider**

ComArch podkreślał, że zapisy siwz jednoznacznie wskazują, że Wykonawca zobligowany został do dostarczenia oprogramowania (licencji na oprogramowanie) Cryptographic Service Provider. W formularzu cenowym oferty COMP nie ma takiej pozycji, co oznacza, że COMP pominął jakże istotne wymaganie z punktu widzenia Zamawiającego i jej oferta powinna bezsprzecznie zostać odrzucona jako niezgodna z siwz.

#### **I.5. Kryterium oceny ofert „Planowane zaangażowanie sił i środków Zamawiającego”**

COMP w swojej ofercie wskazał, iż zaangażowanie Zamawiającego wynosi 0,48 godziny – tj. mniej niż 30 minut - niecałe 29 minut. ComArch stwierdził, że mając na uwadze powyższe stanowisko Zamawiającego oraz postanowienie oferty COMP - oczywistym jest, iż oferta jest sprzeczna z siwz, gdyż - wbrew zapisom specyfikacji i wyjaśnień do siwz - wskazany w ofercie COMP udział Zamawiającego jest niższy niż 30 minut.

W opinii ComArch przyznanie ofercie COMP maksymalnej ilości punktów w kryterium „Planowane zaangażowanie sił i środków” jest nieprawidłowe. Zgodnie z odpowiedzią nr 22 z dnia 29 czerwca 2010 roku Zamawiający wskazał, iż zaangażowanie będzie zaokrąglane do pełnych godzin zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania. Skoro COMP podał w swojej ofercie zaangażowanie Zamawiającego jako 0,48 godziny, to zgodnie z zasadami matematycznymi zaokrąglania do pełnych jednostek, należy to zaokrąglić do „0”. Skoro zaś wartość zaangażowania Zamawiającego będzie wynosiła „0” to skutkiem tego są 2 kwestie:

Po pierwsze - sprzeczność z odpowiedzią nr 6 Zamawiającego z dnia 16 lipca 2010 roku - w której Zamawiający wskazał iż nie przewiduje zaangażowania równego 0.

Po drugie zaś - w przypadku wyliczania ilości punktów dla COMP po podstawieniu wartości 0 we wzorze określonym w siwz, ponieważ będziemy mieli przypadek dzielenia przez 0. Zgodnie zaś z zasadami matematyki dzielenie przez 0 jest niedopuszczalne, a zatem nie może mieć żadnego wyniku, w tym nie może taka operacja matematyczna mieć ilości 15 punktów, którą to ilość punktów przyznał Zamawiający ofercie COMP.

Zdaniem ComArch oferta COMP w ogóle nie może zostać oceniona w tym kryterium, gdyż żadna wartość matematyczna nie jest wynikiem dokonanej zgodnie ze wzorem operacji. A zatem oferta COMP powinna zostać odrzucona, gdyż nie jest możliwe jej ocenienie zgodnie z siwz. Skoro zatem nie jest możliwe ocenienie tej oferty to oferta COMP jest sprzeczna z ustawą, a mianowicie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający zobowiązany był do wybrania oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Jednakże w przypadku oferty COMP nie jest możliwe w ogóle zastosowanie



jednego z kryteriów - kryterium „Planowane zaangażowanie sił i środków Zamawiającego” a to wobec wskazanej powyżej niemożności dokonania poprawnej operacji matematycznej przy uwzględnieniu dzielenia przez 0.

Comarch podnosił także, iż wskazanie przez COMP tak znikomego zaangażowania sił Zamawiającego, jako zmierzające wyłącznie do osiągnięcia maksymalnej punktacji w zakresie tego kryterium jest ponadto czynem nieuczciwej konkurencji. Zatem oferta COMP powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zdaniem ComArch podanie przez COMP w przedmiotowym kryterium wartości 0,48 godziny miało na celu ograniczenie konkurencji i jest to niezgodne z dobrymi obyczajami. Skoro sam Zamawiający oczekiwał swojego uczestnictwa w realizacji zamówienia i wskazywał, iż to zaangażowanie nie może być znikome, nie może wynosić czy to 0 minut, czy też 30 minut - to tym samym podanie przez COMP tak niskiego zaangażowania zagraża interesom Zamawiającego, a tym samym oferta COMP powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

#### **I.6. Serwery BLADE.**

ComArch wyjaśniał, że wymagania specyfikacji jednoznacznie wskazuje, że wszystkie zaoferowane przez wykonawcę serwery powinny być serwerami typu blade. COMP zaoferował natomiast w pozycji 14 w sekcji „Sprzęt” Formularza cenowego - stację zarządzania - serwer HP DL320 G6 CTO Chassis, który nie jest serwerem typu blade a serwerem stelażowym (typu RACK). Fakt ten potwierdzają informacje zawarte na stronie producenta serwera zawarte na oficjalnej stronie opisującej serwer: „HP ProLiant DL320 G6 to serwer stelażowy klasy korporacyjnej oferowany w cenie modelu klasy podstawowej.”

#### **I.7. Usługi dotyczące „aktualizacji oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacji sterowników urządzeń”.**

ComArch wskazywał, iż faktem jest, że w ofercie COMP wartość prac w zakresie aktualizacji oprogramowania standardowego, wdrożenia zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacji sterowników urządzeń jest niższa niż 5%, ponieważ wartość oferty to 16.399.931,29 PLN brutto. Wartość w/w prac to 780.949,11 PLN brutto, podczas gdy winno być co najmniej 819.996,57 PLN brutto. Z powyższego w sposób oczywisty wynika, iż oferta COMP jest sprzeczna z w/w wymaganiem specyfikacji. Podkreślał, że po dniu złożenia ofert ceny w ofercie zaczęły jednak zmieniać się. Najpierw Zamawiający poprawił oczywistą omyłkę rachunkową, poprzez poprawienie w dniu 24 sierpnia 2010 r. wyniku iloczynu zamieszczonego na stronie 5 oferty COMP, z kwoty 780.949,11 na kwotę 804.949,08.

Dodatkowo po poprawieniu tej oczywistej omyłki rachunkowej Zamawiający zwiększył wartość oferty COMP z kwoty 16.399.931,29 zł brutto do kwoty 16.423.931,26 zł brutto. Po tej poprawie oferta COMP jednakże nadal sprzeczna była z siwz, zaś Zamawiający zwrócił się do COMP z następującą kwestią: „Zamawiający wzywa do wyjaśnienia powyższej kwestii w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Zdaniem ComArch powyższe zachowanie Zamawiającego jest bardzo zastanawiające, zwłaszcza w świetle brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ zgodnie z tym przepisem to Zamawiający (a nie wykonawca) poprawia omyłki w ofercie. Wskazywał, że w jego opinii, inna omyłka polegająca na poprawie powinna być oczywista, zauważalna na pierwszy rzut oka, nie wymagająca żadnych wyjaśnień. Zamawiający powinien samodzielnie podjąć decyzję o ewentualnym poprawieniu omyłki zgodnie z regulacją art. 87 ust. 2 ustawy, a nie zwracać się do wykonawcy, aby ten złożył wyjaśnienia, będące następnie podstawą „poprawienia omyłek”.

ComArch wyjaśniał, że w odpowiedzi COMP złożył w dniu 21 września 2010 roku wyjaśnienia, którymi dokonał zmiany treści oferty, a zatem zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy wyjaśnienia te powinny zostać potraktowane jako niezłożone, gdyż jako sprzeczne z ustawą nie mogły wywołać żadnych skutków prawnych. W przedmiotowym piśmie COMP dokonał dowolnego, niczym nieuzasadnionego, z niczego nie wynikającego, przesunięcia pomiędzy 2 kwotami umieszczonymi na stronie 30 oferty. Następnie w dniu 22 września 2010 roku Zamawiający poinformował, iż poprawił „omyłkę”, polegającą na niezgodności oferty z treścią siwz niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty.

W opinii ComArch to poprawienie błędów w ofercie w żadnym przypadku nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy 1 i jest dokonaniem niedozwolonych zmian w treści oferty. Przede wszystkim należy wskazać, iż dokonanie zmian w cenie poszczególnych elementów oferty z pewnością jest istotną zmianą w treści oferty. Zmiana ta jest istotna choćby z tego względu, że po dokonaniu przez Zamawiającego w dniu 22 września 2010 roku zmian w ofercie, oferta wciąż zawierała błędy, a Zamawiający zmuszony był w dniu 23 września 2010 roku dokonać kolejnej zmiany, tym razem w sposób odmienny niż w dniu 24 sierpnia 2010 r., i tym razem poprawiał nie iloczyn, ale mnożnik. ComArch wskazywał, że Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia czemu wobec tej samej wciąż wady w ofercie (różnica pomiędzy iloczynem a wynikiem mnożenia ilości miesięcy i ceny za 1 miesiąc) - tym razem zastosował całkiem odmienny tryb poprawienia tego samego błędu. ComArch podnosił, że działanie Zamawiającego w zakresie rzekomego poprawiania powyższych błędów w ofercie jest całkowicie sprzeczne z ugruntowaną linią orzecznictwem KIO.

#### **I.8. Harmonogram realizacji umowy.**

Comarch po analizie oferty COMP stwierdził należy następujące ewidentne niezgodności z siwz:

- Rozpoczęcie projektu: 30.09.2010r.
- Etap projektu technicznego kończą się 22.12.2010 - tj. w 84 dniu trwania projektu a nie w 42 dniu (6 tygodni =42 dni) zgodnie z wymaganiem siwz
- Instalacja sprzętu rozpoczyna się 23.12.2010 czyli w 85 dniu trwania projektu a zgodnie z siwz powinno się zacząć przed 60 dniem
- Wdrożenie rozpoczyna się 28.02.2011 czyli w 152 dniu trwania projektu a nie w 60 dniu zgodnie z wymaganiem siwz

Wskazywał, że na podstawie tak istotnych niezgodności harmonogramu realizacji projektu (nie podlegających poprawie) Zamawiający powinien odrzucić ofertę COMP jako niezgodną z wymaganiami siwz.

#### **I.9. Wykorzystanie licencji posiadanych przez Zamawiającego do wykonania przedmiotu zamówienia**

ComArch podnosił, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawcy zobligowani byli do dostarczenie wszelkich niezbędnych licencji na oprogramowanie, przy pomocy którego zrealizują wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie. Zamawiający nie dopuścił do wykorzystania licencji posiadanych przez Zamawiającego. Potwierdzenie stanowiska Zamawiającego zawarte jest w udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania z dnia 16 lipca 2010 r. ComArch stwierdził, że pomimo braku możliwości wykorzystania licencji Zamawiającego COMP zadeklarował, że szereg funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego zostanie przez COMP wykonanych w oparciu o licencje posiadane przez Zamawiającego. Fakt ten potwierdzają udzielone przez COMP wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 8 września 2010r. Pismo zawiera tabele, w której COMP informuje Zamawiającego, jakie produkty wykorzysta do realizacji wymagań zawartych w siwz. W zakresie wymagań o numerach: 4, 127, 128, 133, 134, 135, 137, 142, 190, 398, 434, 457, 458, 467, 469, 473, 475, 476, 479, 480, 483, 501, 504, 507, 1030, 1181, 1267, 1278, 1524 COMP wskazał, iż zrealizuje je w oparciu o „Posiadany przez klienta System Formularzy - MS InfoPath" (str. 24-25 pisma).

Zdaniem ComArch, COMP zignorował jakże istotny z punktu widzenia końcowej ceny oferty warunek Zamawiającego mówiący o braku możliwości wykorzystania licencji

posiadanych przez Zamawiającego do realizacji przedmiotu zamówienia. W związku powyższym oferta COMP powinna bezsprzecznie zostać odrzucona jako niezgodna z siwz.

## **II. Odrzucenie oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel**

### **II.1. Licencja na oprogramowanie do testów automatycznych.**

W ofercie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel ani w Formularzu cenowym, ani w żadnym innym miejscu nie zostały wyspecyfikowane żadne licencje na oprogramowanie standardowe wymagane przez Zamawiającego i wyspecyfikowane w OPZ do testów automatycznych i tym samym oferta jest niezgodna z siwz i powinna zostać odrzucona. ComArch w całości podtrzymał w tym miejscu argumentację wskazaną w pkt I. 1. protestu.

### **II. 2. Przekazanie Zamawiającemu praw autorskich do testów i dokumentacji**

Zdaniem ComArch Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w Formularzu cenowym nie wyspecyfikowała wymaganych przez Zamawiającego pozycji mówiących o fakcie przekazania autorskich praw majątkowych do wytworzonych testów automatycznych oraz dokumentacji. W związku z powyższym oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z siwz. ComArch w całości podtrzymał argumentację wskazaną w pkt I.2. protestu.

### **II.3. Licencja na oprogramowanie do monitorowania infrastruktury.**

W opinii Comarch zapis siwz jednoznacznie wskazują, że wykonawca zobligowany został do dostarczenia oprogramowania (licencji na oprogramowanie) do monitoringu dostarczonej infrastruktury, która musi zostać zintegrowana z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą monitoringu opartą na oprogramowaniu BMC Patrol. W Formularzu cenowym w ofercie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie ma takiej pozycji - co oznacza, że wykonawca pominął w swej ofercie jakże istotne wymaganie z punktu widzenia Zamawiającego i jej oferta powinna bezsprzecznie zostać odrzucona jako niezgodna z siwz. Brak ten został zauważony przez samego Zamawiającego, co wynika z pisma z dnia 1 września 2010 r. z zapytaniem do Konsorcjum Sygnity i Winuel. Comarch podnosił, że odpowiedź Konsorcjum firm Sygnity i Winuel została utajniona, nie zmienia to bezspornego faktu, że Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie zaoferowało żadnego rozwiązania (oprogramowania) do monitorowania zaoferowanej infrastruktury. Zarówno w formularzu ofertowym nie było informacji nt. tego oprogramowania oraz w opisie technicznym rozwiązania (utajnionym przez Konsorcjum Sygnity i Winuel).

### **II.4. Licencja na oprogramowanie Cryptographic Service Provider**

ComArch podnosił, że zapisy jasno wskazują, że wykonawca zobligowany został do dostarczenia oprogramowania (licencji na oprogramowanie) Cryptographic Service Provider. W Formularzu cenowym oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie ma takiej pozycji, co oznacza, że Konsorcjum firm Sygnity i Winuel pominął jakże istotne wymaganie z punktu widzenia Zamawiającego i jej oferta powinna bezsprzecznie zostać odrzucona jako niezgodna z siwz.

## **II.5. Kryterium oceny ofert „Planowane zaangażowanie sił i środków Zamawiającego”**

Comarch w już w pkt I.5. ww. protestu wskazywał, że podanie w zakresie tego kryterium wartości 0 minut czy też 30 minut jest niezgodne z siwz, niezgodne z ustawą oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum firm Sygnity i Winuel utajniło w zakresie tego kryterium swoją ofertę, jednakże z pisma Zamawiającego do Konsorcjum firm Sygnity i Winuel z dnia 23 sierpnia 2010 roku można wywnioskować, iż także Konsorcjum firm Sygnity i Winuel (nie tylko COMP) zignorowało postanowienia siwz, odpowiedzi Zamawiającego, a także wyrok KIO zapadły w trakcie niniejszego postępowania i złożyło ofertę, w której zaangażowanie Zamawiającego wynosi 0 godzin. Fakt ten potwierdza również przesłane przez Zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w którym to w kryterium „Planowane zaangażowanie sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego” oferta Konsorcjum firm Sygnity i Winuel uzyskała identyczną ilość punktów co oferta COMP. Skoro zatem także w ofercie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel jako zaangażowanie Zamawiającego wskazano 0 godzin - to oferta ta powinna zostać odrzucona zgodnie z argumentacją podaną w pkt I.5. protestu. Comarch wnosił o odrzucenie oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, podtrzymując argumentację wskazaną w pkt I.5. protestu.

## **II.6. Brak funkcjonalności klastrowania active-active dla zaoferowanej bazy danych**

W opinii ComArch należało bezsprzecznie dostarczyć relacyjną bazę danych o funkcjonalności klastrowania w trybie active-active. Comarch wskazywał, że fakt utajnienia przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel części swojej oferty (o czym mowa w pkt III protestu) uniemożliwia innym wykonawcom skorzystania ze słusznie im przysługujących środków ochrony prawnej w tym zakresie.

## **III. Zaniechanie ujawnienia oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, odrzucenie oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy**

Konsorcjum firm Sygnity i Winuel objęło tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy części oferty, które w opinii Comarch nie spełniają przesłanek określonych w art. 8

ust. 3 ustawy - a mianowicie: część Formularza cenowego, Opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego przedstawiony w formie tabeli i wykresu Gantta.

Comarch wskazywał, iż zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 86 ust. 4 ustawy nie można zastrzec informacji dotyczących ceny. Tymczasem Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w części V Formularza ofertowego - Formularz cenowy (str. 28 - 29 oferty) - zastrzegł właśnie informacje dotyczące ceny. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w Formularzu cenowym należało podać „Producenta i nazwę sprzętu/oprogramowania”. Skoro zgodnie z wymaganiami Zamawiającego dane te należało podać w formularzu cenowym - to oczywistym jest, zdaniem ComArch, iż są to informacje dotyczące ceny, gdyż wszystkie elementy Formularza cenowego są z definicji Informacjami dotyczącymi ceny. Tym samym Konsorcjum firm Sygnity i Winuel dokonało na stronach 28 - 29 zastrzeżenia jawności oferty niezgodnie z przepisami ustawy - a zatem oferta ta jest niezgodna z ustawą, jako taka podlega odrzuceniu.

Niezależnie od powyższego ComArch podnosił, że żaden z w/w elementów oferty w ogóle nie spełnia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym nie może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś jawność tych części ofert nie może być skutecznie zastrzeżona. W opinii ComArch oczywistym jest, iż przedmiotowe części oferty nie mają charakteru technologicznego, handlowego czy też organizacyjnego. Dodatkowo konsorcjum firm Sygnity i Winuel pismem do Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2010 w sprawie wyjaśnień dotyczących utajnienia swojej oferty na stronie 4 swojego pisma zgodziło się odtajnić tylko trzecią kolumnę formularza ofertowego w części dotyczącej autorskich praw majątkowych do oprogramowania wytworzonego przez Wykonawcę. Zdaniem ComArch w powyższym odtajnieniu brak jest logiki, gdyż na tej podstawie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel samo zdecydowało, że z formularza ofertowego odtajni wybrane przez siebie pozycje. Zdaniem ComArch, powyższe działanie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel jest ewidentnym naruszeniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa. Cały formularz cenowy w sposób ewidentny powinien być jawny dla pozostałych oferentów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Opis planowanego zaangażowania sił i środków Zamawiającego to podanie 2 liczb - które w żadnym przypadku nie mają w/w charakteru - gdyż dotyczą Zamawiającego, a nie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel. Zatem z istoty swojej nie mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa Konsorcjum firm Sygnity i Winuel.

Z kolei w formularzu cenowym tajemnicą przedsiębiorstwa objęto „Producenta i nazwę sprzętu/oprogramowania” - czyli informacje powszechnie znane, ujawnione do

wiadomości publicznej, w stosunku do których Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie mogło podjąć działań w celu zachowania poufności - gdyż dane nie są własnością Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, bowiem zaoferowano sprzęt i oprogramowanie osób trzecich (sam wykonawca nie jest producentem takich produktów).

W dniu 12 października 2010 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wpływie protestu i wezwał do udziału w do postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 15 października 2010 r. do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przystąpił COMP. Natomiast w tej samej dacie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel przystąpiło do postępowania protestacyjnego w części przystąpił po stronie Zamawiającego a w części po stronie ComArch.

W dniu 21 października 2010 r. Zamawiający oddalił ww. protest w całości. W uzasadnieniu podnosił m.in.:

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.1. uzasadnienia protestu:

W opinii Zamawiającego, oferta COMP zawiera wyspecyfikowanie licencji na oprogramowanie standardowe w Formularzu cenowym na stronie 4 oferty tego wykonawcy w tabeli zatytułowanej „licencje na oprogramowanie standardowe” zawierającej aż 23 pozycje. Zamawiający nie wymagał w siwz dostarczenia oprogramowania antywirusowego jako licencji, czego konsekwencją jest brak konieczności przedstawienia takiego oprogramowania na liście licencji. Zamawiający dopuścił tego typu oprogramowanie jako niestandardowe, które licencji nie wymagają. Istnieje zatem zgodna i nic sprzeczna z siwz możliwość, aby wykonawca z którym podpisano umowę dostarczył wymienione w wymaganiu FUNC 190 funkcjonalność tj. oprogramowanie antywirusowe właśnie w taki sposób. Nie ma też konieczności, aby wymieniać takie oprogramowanie w formularzu cenowym skoro wykonawca nie zamierzał go wycenić. Wymaganie związane z koniecznością przekazania licencji temu nie przeczy, gdyż na etapie realizacji możliwe jest przekazanie takiej nieodpłatnej licencji. Podniesiony zarzut w opinii Zamawiającego jest zatem niezasadny.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.2. uzasadnienia protestu:

Zdaniem Zamawiającego zarzut jest bezzasadny. Testy automatyczne są oprogramowaniem wytworzonym przez wykonawcę. Wykonawca nie miał obowiązku przedstawiania oddzielnych cen dla wytworzonych elementów rozwiązania. W związku z powyższym Zamawiający oczekuje dostarczenia oprogramowania testów automatycznych w ramach pozycji cennika dotyczącej oprogramowania wytworzonego Nowego Portalu

Informacyjnego, zatem protest w zakresie przekazania Zamawiającemu praw autorskich do testów automatycznych podlega oddaleniu.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.3. uzasadnienia protestu:

Zamawiający wyjaśniał, że powołany przez ComArch cytat ze strony 48 OPZ wcale nie określa, że do oprogramowania standardowego, o którym mowa w tym postanowieniu, winna zostać przekazana także osobna licencja. Funkcjonalność w zakresie monitorowania infrastruktury sprzętowej może być objęta inną licencją na oprogramowanie, które w sobie taką funkcjonalność zawiera. Co istotne, w ramach dwóch poprzednich zarzutów za każdym razem treść OPZ wskazywała i używała słowa licencja. W tym wypadku na stronie 48 OPZ takim słowem się nie posłużono, co wskazuje jasno na intencje Zamawiającego w tej kwestii. Nie przeczy też temu powołana przez ComArch przy innym zarzucie odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1 wykonawcy z „Informacji do wykonawców (...)” z dnia 16 lipca 2010 r., że „wszystkie licencje niezbędne do poprawnego funkcjonowania Nowego Portalu Informacyjnego mają być dostarczone przez Wykonawcę”, jeśli licencja do monitorowania infrastruktury sprzętowej jest objęta innym oprogramowaniem zawierającym w sobie taką funkcjonalność. W ramach wyjaśnień dotyczących złożonej oferty przez firmę COMP wyjaśnia że oprogramowanie monitorujące Infrastrukturę NPI jest częścią zaoferowanego rozwiązania Slash A3. Według oferenta oprogramowanie to umożliwia współpracę z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem BMC Patrol.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.4. uzasadnienia protestu:

Zamawiający poinformował, że wykonawca COMP wykazał na formularzu cenowym (wykaz licencji na oprogramowanie standardowe) oprogramowanie typu Cryptographic Service Provider, są to następujące produkty: Enigma SOI Centaur WER (poz. nr 21), Enigma SOI PemHeart WebSigu (poz. nr 22). Powyższe oprogramowania spełniają wymagania SIWZ w zakresie pełnego wsparcia dla interfejsu programistycznego Microsoft Cryptography CryptoAPI w wersji 2.0. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że zarzut dotyczący braku oprogramowania typu Cryptographic Service Provider w zaoferowanym przez COMP rozwiązaniu jest bezzasadny.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.5. uzasadnienia protestu:

Zdaniem Zamawiającego podnosząc ten zarzut ComArch w sposób nieuprawniony założył, że zadeklarowane przez COMP zaangażowanie sił ludzkich Zamawiającego wynosi



0 roboczogodzin. Zamawiający wyjaśniał, że zadeklarowanie w ofercie przez COMP 0,48 roboczogodziny, które Zamawiający wyliczył z przedłożonego w ofercie wykresu Gantta, zostało zaokrąglone do pełnej 1 godziny. Była to jedyna możliwość zaokrąglenia do pełnej godziny, w sytuacji gdy deklarowane zaangażowanie wynosiło więcej niż 0, a mniej niż 1 roboczogodzinę. W opinii Zamawiającego, stosownie do zasad zaokrąglenia do pełnych godzin nie jest możliwe zaokrąglenie do 0 roboczogodzin, czyli braku jakiegokolwiek zaangażowania. Wykonawca wyraźnie zadeklarował w ofercie zaangażowanie. Z taką argumentacją zgodne są także matematyczne zasady zaokrąglenia, na które Zamawiający powołał się w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców. Co oczywiste, zdaniem Zamawiającego, znikome zaangażowanie Zamawiającego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jak podnosił ComArch. Zamawiający nie ocenił, aby podanie przez COMP zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego w wysokości 0,48 roboczogodziny (po zaokrągleniu 1 roboczogodziny) miało na celu ograniczenie konkurencji, gdyż było to zgodne z siwz i zasadami wprowadzonymi w odpowiedziach na pytania wykonawców. Zdaniem Zamawiającego nieistotne w sprawie są zatem wywody ComArch dotyczące dzielenia przez 0, gdyż nie mogło dojść do podstawienia we wzorze określonym na stronie 15 siwz cyfry 0, lecz zgodnie z wyżej szczegółowo opisanymi zasadami podstawiono 1 roboczogodzinę po zaokrągleniu. Z tych wszystkich powodów podniesiony zarzut ComArch w opinii Zamawiającego jest w pełni nieuzasadniony.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.6. uzasadnienia protestu:

Zamawiający wyjaśnił, że zaoferowana przez wykonawcę COMP „Stacja Zarządzania” nie jest częścią opisaną przez Zamawiającego wymaganej konfiguracji minimalnej, która ma produkcyjnie dostarczać środowiska pracy dla zamawianego rozwiązania. Zamawiający wyjaśniał, że wspomniane urządzenie jest nadmiarowe w stosunku do wymagań zawartych w siwz. Natomiast wszystkie serwery opisane przez Zamawiającego w siwz zostaną dostarczone w konfiguracji zgodnej z wymaganiami - tym samym spełnione zostało wymaganie Zamawiającego w zakresie stosowania rozwiązania serwerowego typu blade.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.7. uzasadnienia protestu:

Zamawiający podnosił, że w dniu 24 sierpnia 2010 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy w ofercie COMP poprawił oczywistą omyłkę rachunkową uwzględniając konsekwencję rachunkowe dokonanej poprawki. Oczywista omyłka rachunkowa została poprawiana w Formularzu cenowym - tabela 2 - Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i

aktualizacja sterowników urządzeń - widniała kwota 780.949,11 zł. Z matematycznego wyliczenia wynikało zaś, że powinna być to kwota 804.949,08 zł. Następnie w dniu 20 września 2010 r. Zamawiający zwrócił się do COMP o złożenie wyjaśnień dotyczących oferty. Wezwanie to nastąpiło w trybie art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy zgodnie z treścią którego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W odpowiedzi na wezwanie COMP wyjaśnił równocześnie, iż tworząc końcowy kosztorys omyłkowo umieścił część wyceny w niewłaściwej pozycji, gdyż pozycja „Usługi wdrożeniowe” w kwocie 7.204.164,53 zł miała wynosić 7.184.664,53 zł tzn. część kosztów z tej pozycji w wysokości 19.500 zł winna znaleźć się w pozycji – „aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń”. Zamawiający wskazywał, że nie mógł pominąć wyjaśnień COMP. Po przeanalizowaniu wyjaśnień Zamawiający stwierdził, iż doszło do omyłki będącej inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, o której była mowa w wyjaśnieniach COMP z dnia 21 września 2010 r. Zdaniem Zamawiającego omyłka ta nie powodowała żadnej zmiany w zakresie oferowanych usług, zmiany ilości lub jakości oferowanego sprzętu ani zmiany ceny całkowitej oferty. Poprawienie tej „innej omyłki” nie powodowało, z punktu widzenia Zamawiającego, zmiany pierwotnych warunków oferty, a więc zdaniem Zamawiającego nie stanowiło zmiany istotnej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W opinii Zamawiającego zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez poprawienie omyłki, o czym Zamawiający poinformował COMP pismem z dnia 22 września 2010 r., było nie tylko w pełni uzasadnione, ale wręcz stanowiło obowiązek Zamawiającego. Zaniechanie poprawienia oferty w powyższym zakresie stanowiłoby w ocenie Zamawiającego podstawę do zasadnego protestu COMP. Zamawiający podkreślał, że pierwsza omyłka COMP nie miała charakteru „oczywistego” jednak jak wskazuje KIO omyłki, które Zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 nie mają charakteru oczywistego. W konsekwencji powyższego Zamawiający dokonał także poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w Formularzu cenowym COMP - tabela 2 „Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń” poprzez zmianę „ceny z VAT w PLN za 1 miesiąc” w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy, o czym poinformował COMP pismem z dnia 23 września 2010r. Fakt, iż skutek powyższych poprawek w ofercie COMP dokonanych przez Zamawiającego oferta COMP okazała się zgodna z brzmieniem Rozdział II pkt 1.10. siwz, było jedynie konsekwencją wykonania przez Zamawiającego obowiązku nałożonego na Zamawiającego przez ustawodawcę.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.8. uzasadnienia protestu:

Zdaniem Zamawiającego zarzut jest bezzasadny. Wbrew twierdzeniom ComArch pkt 4.10 OPZ zawiera jedynie dwa terminy: 6 tygodni dla pewnych prac tam wymienionych w ramach I etapu oraz 270 dniowy w ramach II etapu prac. W żadnym innym miejscu siwz, w tym OPZ nic wymieniają innych terminów wykonania etapów prac.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt I.9. uzasadnienia protestu:

Zamawiający poinformował, że przekazał w dniu 18 czerwca 2010 r. odpowiedź na Pytanie nr 6: Czy Zamawiający posiada licencje na Microsoft InfoPath (będącego również częścią pakietu MS. Odpowiedz nr 6: Zakład Ubezpieczeń Społecznych posiada licencję na oprogramowanie Microsoft InfoPath 2007 wchodzącego w skład Office Professional Plus. Zgodnie z powyższą odpowiedzią Zamawiającego, każdy z potencjalnych wykonawców miał możliwość wykorzystania powyższego oprogramowania w oferowanym przez siebie rozwiązaniu, wobec powyższego zarzut Zamawiającego uznał za bezzasadny.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt II. 1. uzasadnienia protestu:

Zdaniem Zamawiającego, wbrew zarzutom ComArch oferta Konsorcjum firm Sygnity i Winuel zawiera wyspecyfikowanie licencji na oprogramowanie standardowe w Formularzu cenowym na stronie 28 i 29 oferty tego wykonawcy w tabeli zatytułowanej „licencje na oprogramowanie standardowe” zawierającej aż 10 pozycji. Wobec tego, zarzut ComArch jest niezasadny. Argumentacja Zamawiającego była tożsama jak w pkt I.1. Ponadto na zarzut ten odpowiedział także Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w przystąpieniu do postępowania wszczętego w wyniku protestu ComArch.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt II. 2. uzasadnienia protestu:

W opinii Zamawiającego zarzut jest także bezzasadny. Testy automatyczne są oprogramowaniem wytworzonym przez wykonawcę i nie miał on obowiązku przedstawiania oddzielnych cen dla wytworzonych elementów rozwiązania. W związku z powyższym Zamawiający oczekiwał dostarczenia oprogramowania testów automatycznych w ramach pozycji cennika dotyczącej oprogramowania wytworzonego Nowego Portalu Informacyjnego, zatem protest w zakresie przekazania Zamawiającemu praw autorskich do testów automatycznych i dokumentacji podlega oddaleniu. Ponadto na zarzut ten odpowiedział także Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w przystąpieniu do postępowania wszczętego w wyniku protestu ComArch.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt II.3. uzasadnienia protestu:

Powołany przez ComArch cytat ze strony 48 OPZ zdaniem Zamawiającego, wcale nie określa, te do oprogramowania standardowego, o którym mowa w tym postanowieniu, winna zostać przekazana także osobna licencja. Funkcjonalność w zakresie monitorowania infrastruktury sprzętowej może być objęta inną licencją na oprogramowanie, które w sobie taką funkcjonalność zawiera. Zamawiający wyjaśniał, że w ramach dwóch poprzednich zapisów za każdym razem treść OPZ wskazywała i używała słowo licencja. W tym wypadku na stronie 48 OPZ takim słowem się nie posłużono, co wskazuje jasno na intencje Zamawiającego w tej kwestii. Nie przeczy też temu powołana przez ComArch przy innym zarzucie odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1 wykonawcy z „Informacji do wykonawców (...)” z dnia 16 lipca 2010r., że „wszystkie licencje niezbędne do poprawnego funkcjonowania Nowego Portalu Informacyjnego mają być dostarczone przez Wykonawcę jeśli licencja do monitorowania infrastruktury sprzętowej jest objęta innym oprogramowaniem zawierającym w sobie taką funkcjonalność. W ramach wyjaśnień dotyczących złożonej oferty przez konsorcjum firm Sygnity i Winuel wyjaśnił, iż oprogramowanie monitorujące infrastrukturę NPI zostanie dostarczone w ramach oprogramowania dedykowanego jakim jest System Zarządzania Usługami Platformy (SZUP). W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że protest w zakresie licencji na oprogramowanie do monitorowania infrastruktury należy oddalić. Ponadto na zarzut ten odpowiedział także Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w przystąpieniu do postępowania w świątego w wyniku protestu ComArch.

#### Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt II.4. uzasadnienia protestu:

Zamawiający wskazał, że odnośnie niniejszego zarzutu, Konsorcjum firm Sygnity i Winuel zaproponowało rozwiązanie Thales nShield Connect 500, którego elementem jest oprogramowanie typu Cryptographic Service Provider. Oprogramowanie to wspiera standard CryptoAPI 2.0. Zaproponowane rozwiązanie firmy Thales dostarczane jest rozwiązaniem sprzętowym i cena licencji oprogramowania w nim zawartego jest uwzględniona w cenie sprzętu. Producent, firma Thales nie przedstawia w swoim cenniku osobno licencji na sprzęt i oprogramowanie traktując oferowane urządzenia jako jeden produkt. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że zarzut dotyczący licencji na oprogramowanie Cryptographic Service Provider należy odrzucić.

#### Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt II.5. uzasadnienia protestu:

Zamawiający poinformował, że ww. zarzut ComArch jest tożsamy z zarzutem z pkt I.5. protestu i został powyżej w uzasadnieniu protestu omówiony. Cała argumentacja mająca na celu wykazanie niezasadności tego zarzutu ma w pełni zastosowanie do zarzutu

odnoszącego się do Konsorcjum firm Sygnity i Winuel. ComArch tak samo w tym przypadku wykonawcy COMP błędnie założył, że konsorcjum Sygnity i Winuel zadeklarowało 0 roboczogodzin zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego, co w świetle przytoczonej powyżej (w odniesieniu do zarzutu z pkt I.1. uzasadnienia protestu) w nie może się ostać.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt II.6. uzasadnienia protestu:

Zamawiający wskazywał, że zarzut ComArch jest bezprzedmiotowy, ponieważ zgodnie z udzieloną przez Zamawiającego w dniu 10 czerwca 2010 r. odpowiedzią na pytanie nr 139 w brzmieniu: „Czy Zamawiający dopuszcza możliwość klastrowania bazy danych w trybie active/pasive oraz architektury klastrowania bazy danych typu shared nothing, gdzie każdy węzeł jest niezależny, samo wystarczalny i używa nie współdzielonych zasobów, a baza jest rozdzielona na wszystkie węzły. Zaproponowany w SIWZ sposób klastrowania active-actve sugeruje bowiem rozwiązania konkretnego dostawcy, wykluczając jednocześnie rozwiązania alternatywne, które są jednakowo wydajne”. Zamawiający odpisał: „Zgodnie z zapisem w Załączniku 1, Część A, Rozdział 6 do OPZ, dopuszczalne są inne sposoby realizacji klastrowania baz danych o ile zapewnią ten sam poziom bezpieczeństwa i wydajności co rozwiązanie zaproponowane przez Zamawiającego”. Dopuszczalne są zatem alternatywne rozwiązania klastrowania bazy danych. Zamawiający twierdził, że rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum firm Signity i Winuel jest zgodne z siwz.

Odniesienie do zarzutu Protestującego z pkt III, uzasadnienia protestu:

Zamawiający potwierdził, że Konsorcjum Signity i Winuel, objęło tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 8. ust. 3 ustawy część Formularza cenowego (a dokładnie producenta i nazwę oferowanych w ramach zamówienia sprzętów) oraz opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego przedstawiony w formie tabeli i wykresu Gantta. Zamawiający stwierdził, że wbrew interpretacji ComArch, utajnienie przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nazwy producenta i oferowanego sprzętu nie stanowiło informacji dotyczących ceny. Tak wynika z literalnej wykładni przepisu art. 8 ust 3. ustawy. Zamawiający podkreślał, że gdyby ustawodawcy chodziło o informacje dotyczące nazwy producenta czy nazwy sprzętu taki zapis w przepisie z pewnością by się znalazł. Jakakolwiek wykładnia rozszerzająca zwrotu „informacja dotycząca ceny” byłaby nieuprawniona. W ofercie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel znajdują się nie utajnione i jawne dla innych wykonawców informacje dotyczące: wyszczególnienia rodzaju sprzętu, ilości jego sztuk oraz co najważniejsze pod kątem art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy znajdują się także ceny jednostkowej brutto, stawki VAT i łączne ceny z

VAT. Podnosił, że wszystkie informacje dotyczące stricte ceny nie były objęte klauzulą tajności. Nie są zatem istotne w sprawie ani wywody ComArch tłumaczącego rozumienie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani przytaczanie orzeczeń KIO w tym zakresie. W opinii Zamawiającego ComArch w swoich wywodach zaszedł tak daleko, że nie odnosił swojego zarzutu do zwrotu ustawowego z art. 86 ust. 4 ustawy tj. „informacji dotyczących ceny” lecz do całego formularza cenowego, a tych zwrotów nie można utożsamiać, gdyż ich zakresy się nie pokrywają w całości. Informacje dotyczące ceny są z pewnością częścią formularza ofertowego, ale nie wszystkie informacje z formularza ofertowego są informacjami dotyczącymi ceny. Zamawiający wskazał, że nawet gdyby przez chwilę przyjąć, co nie jest uprawnione, że informacje dotyczące nazwy producenta i nazwy sprzętów w formularzu cenowym byłyby „informacjami dotyczącymi ceny” to zgodnie z postanowieniem z dnia 30 października 1996r. Sądu Antymonopolowego (sygn. akt XVII Amz 3/96, LEX nr 56452) tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowią w szczególności dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródło zaopatrzenia i zbytu. Przedsiębiorstwo załączające do akt sprawy materiały zawierające informacje stanowiące jego istotne tajemnice może żądać, stosownie do art. 21 a ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, aby materiały te nie zostały udostępnione osobom trzecim, a w szczególności konkurentom. Jeżeli zaś chodzi o opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego przedstawiony przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w formie tabeli i wykresu Gantta to należy stwierdzić, że informacje zawarte w opisie planowanego ww. zaangażowania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż mają charakter technologiczny oraz organizacyjny. Wymagana przez Zamawiającego tabela oraz wykres Gantta przedstawia jednocześnie harmonogram realizacji projektu oraz dokładną ilość godzin, przeznaczonych na realizację poszczególnych części projektu.

W dniu 22 października 2010 r. ComArch wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w proteście. Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w tej samej dacie.

W dniu 29 października 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca COMP. Natomiast w dniu 4 listopada 2010 r. przed rozpoczęciem posiedzenia Izby do postępowania odwoławczego w części po stronie Zamawiającego a w części po stronie ComArch przystąpił Konsorcjum firm Sygnity i Winuel.

W dniu 11 października 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Sygnity S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (Pełnomocnik) i Winuel S.A.ul. Strzegomska 140a, 54 – 429 Wrocław, złożył protest dotyczący niżej wymienionych czynności Zamawiającego:

1. art. 7 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz, względnie art 38 ust. 4 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zmianę treści specyfikacji po terminie składania ofert w stosunku do wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą,
3. art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie poprawek w ofercie COMP, które powodują istotne zmiany w ofercie.

Konsorcjum firm Sygnity i Winuel żądał:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 października 2010 roku,
2. dokonania ponownego badania i oceny oferty wybranej w postępowaniu, jako najkorzystniejsza, a w jej wyniku odrzucenie tej oferty,
3. wyboru oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Konsorcjum firm Sygnity i Winuel podnosił m.in.:

Zdaniem Konsorcjum firm Sygnity i Winuel oferta COMP winna zostać odrzucona.

Ad 1) W ofercie COMP zadeklarował zaangażowanie sił ludzkich Zamawiającego na etapie analizy biznesowej i analizy systemowej w liczbie jednej osoby na łącznie 0,48 roboczogodziny. Zamawiający nie wzywał COMP do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a jak wynika z treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferta COMP otrzymała w tym kryterium największą możliwą liczbę punktów, co w ocenie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel stoi w sprzeczności z zapisami siwz i wyjaśnieniami co do jej treści. Wykonawca mógł w przedmiotowym kryterium oceny ofert wskazać, że oczekiwane zaangażowanie sił ludzkich Zamawiającego wyniesie więcej niż 30 minut COMP deklarując zaangażowanie sił ludzkich Zamawiającego na poziomie 0,48 roboczogodziny, zadeklarował w rzeczywistości 28 minut i 48 sekund, co narusza postanowienia siwz, czyniąc złożoną przez COMP ofertę niezgodną z treścią siwz. Oferta COMP podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dodatkowo Konsorcjum firm Sygnity i Winuel podnosił, iż wartość podarta przez COMP

(0,48 roboczogodziny), nie tylko że została przez Zamawiającego przyjęta jako zgodna z treścią siwz, mimo że jest mniejsza niż 30 minut, to jeszcze została błędnie zaokrąglona zgodnie z zasadami zapisanymi przez Zamawiającego we wskazanych wyżej odpowiedziach na pytania.

Ad 2) Konsorcjum firm Sygnity i Winuel podnosi, iż COMP dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty po terminie jej złożenia. Zamawiający w treści siwz wymagał, by wartość prac związanych z aktualizacją oprogramowania standardowego, wdrożenia zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń stanowiła nie mniej niż 5% wartości przedmiotu umowy, czyli w praktyce 5% wartości złożonej przez danego wykonawcę oferty. W przypadku oferty COMP wartość ta, w przeliczeniu na procentowy udział w wartości oferty, stanowi 4,90% wartości złożonej oferty. W dniu 20 września 2010 roku Zamawiający wezwał COMP do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w tej kwestii. W odpowiedzi na to wezwanie COMP w dniu 21 września 2010 roku, wyjaśnił, iż podana przez niego kwota przyjęta na aktualizację oprogramowania standardowego została do oferty wpisana omyłkowo w wysokości 804.949,08 zł. Prawidłowa kwota, która miała być wpisana przez COMP to kwota 824.449,08 zł. W ocenie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel żaden przepis Pzp nie zezwala Zamawiającemu na zmianę ceny oferty lub jej części po terminie składania ofert innej niż wynikającej z poprawienia omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek ewentualnie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W opinii protestującego wykonawcy zmiana dokonana przez Zamawiającego zgodnie z wyjaśnieniami COMP była zmianą niedopuszczalną. Ponadto w piśmie skierowanym do COMP z dnia 20.09.2010r. Zamawiający informuje o uwzględnieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie COMP. W ofercie COMP łączna cena z VAT rocznej aktualizacji oprogramowania standardowego, wdrożenia zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń wynosi 780.949,11 zł i została przez Zamawiającego poprawiona na kwotę 804 949,08 zł. Kolejna poprawka tej samej kwoty dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie nie może być zatem poprawieniem omyłki rachunkowej. Nie może być również, jak podnosił protestujący, poprawieniem innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż powoduje ona istotną zmianę w treści oferty. Ponieważ cena oferty jest jednym z kryteriów oceny ofert, zresztą najwyżej ocenianym przez Zamawiającego w tym postępowaniu, trudno nie uznać iż jest ona istotnym elementem oferty. Konsorcjum firm Sygnity i Winuel Zdanie takie potwierdzają również przepisy Pzp, które określają jasne reguły dotyczące ingerencji Zamawiającego w cenę określoną w ofercie przez wykonawcę, sprowadzając je wyłącznie do poprawki oczywistych pomyłek rachunkowych. Zmiana ceny, poprzez wpisanie jej innej, nowej wartości, wprowadzona nie



na skutek poprawek rachunkowych czy arytmetycznych jest naruszeniem przepisów Pzp. Konsorcjum firm Sygnity i Winuel podnosi, że złożona oferta winna spełniać wymaganie Zamawiającego w zakresie określenia wartości prac związanych z aktualizacją oprogramowania standardowego, wdrożenia zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacji sterowników urządzeń w chwili jej składania. Wartość ta, większa niż 5% wartości ceny oferty, powinna być podana przez wykonawców w całości jej kosztów. Protestujący zwraca uwagę, że COMP składając wyjaśnienia sam zapisał, iż tworząc kosztorys końcowy uwzględnił jedynie część kosztów, które powinien był uwzględnić przy kalkulacji kosztów w tej pozycji. Oferta w dniu jej złożenia nie była zatem kompletna, a jej uzupełnienie w zakresie ceny czy jej składowych elementów nie jest dopuszczalne przez przepisy Pzp. Wobec tego Zamawiający nie był w ogóle uprawniony do prowadzenia korespondencji w tym zakresie z jakimkolwiek wykonawcą, gdyż oferta z założenia nie spełniała warunków wskazanych w treści siwz, była z nią po prostu niezgodna. Zgodnie z art 87 ust 1 Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, ale jak dalej stanowi Pzp wyjaśnienia te nie mogą prowadzić do negocjacji dotyczącej złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany jej treści, poza sytuacjami dozwolonymi przez prawo. Wyjaśnienia treści oferty przez wykonawcę mogą dotyczyć wyłącznie sposobu wykładni, rozumienia znajdujących się w niej zapisów budzących wątpliwości, a nie mogą prowadzić do zmiany tych zapisów, z czym mamy do czynienia w przypadku opisanym w niniejszym proteście. Protestujący dodatkowo podnosił, iż sama treść wezwania do wyjaśnień budzi jego wątpliwości, gdyż Zamawiający szczegółowo nie wskazał wyjaśnienia jakiej kwestii domaga się od COMP. Wskazał jedynie, że w ofercie COMP jest niezgodność z wymaganiem określonym w siwz. Zauważyć należy, że zachowanie takie, zmierzające do wyjaśnienia przez Zamawiającego każdej oczywistej niezgodności oferty z treścią siwz, nie jest standardowo poddawane takiej procedurze. Zdaniem Konsorcjum firm Sygnity i Winuel oferta COMP winna być zatem odrzucona jako niezgodna z treścią siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bez wzywania do wyjaśnień w opisanym zakresie.

Ad 3) Konsorcjum firm Sygnity i Winuel twierdził, że COMP wskazał w ofercie w wierszu 13 formularza cenowego iż jego oferta obejmuje „Opcjonalną kartę PCI-E Mezzanine”. W ocenie Protestującego wykonawcy oferta tego wykonawcy jest w tym zakresie niejasna, a niejasność ta może mieć wpływ na cenę. Zamawiający nie powinien wybierać jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który składa ofertę niejasną, a w szczególności bez wyjaśnienia, czy cena zaoferowana przez niego jest ceną stałą i nie ulegnie zmianie podczas realizacji umowy z przyczyn leżących po stronie wybranego wykonawcy. Zapis w ofercie „opcjonalnego” sprzętu budzi wątpliwość, czy sprzęt ten jest czy też nie jest częścią

oferty - czy jest on oferowany Zamawiającemu, czy też nie. Co dalej za tym idzie, nie ma pewności czy stanowi on element ceny oferty, czy też cena oferty wzrośnie, gdy Zamawiający skorzysta z zapisanej w ofercie opcji. W ocenie Protestującego oferta COMP powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią siwz, bowiem Zamawiający nie przewidywał w treści siwz możliwości składania ofert wariantowych czy opcjonalnych. Dodatkowo, oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z treścią Pzp, gdyż wykonawca, zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp może złożyć w postępowaniu tylko jedną ofertę, a zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp cena rozumiana zgodnie z definicją ustaloną w ustawie o cenach jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

W dniu 12 października 2010 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wpływie ww. protestu i wezwał do udziału w do postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 15 października 2010 r. do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przystąpił COMP, natomiast w dniu 14 października 2010 r. po stronie Odwołującego przystąpił ComArch.

W dniu 21 października 2010 r. Zamawiający oddalił protest Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w całości. W uzasadnieniu w zakresie zarzutu z pkt 1 i 2 protestu Konsorcjum firm Sygnity i Winuel argumentacja Zamawiającego była tożsama z argumentacją dotyczącą oddalenia protestu ComArch. W zakresie ostatniego z zarzutów Zamawiający wyjaśnił, że powyższy zarzut jest zupełnie bezzasadny. Zamawiający nie miał wątpliwości, iż umieszczenie w rubryce 13 tabeli 1. Formularza cenowego COMP pozycji „Opcjonalna karta PCI-E Mezzanine” w konkretnej ilości 24 sztuk za określoną kwotę 26.209,56 zł z VAT za każdą sztukę (za łączną kwotę 70.634,16 zł) jest częścią stałą oferty tj. przedmiotu zamówienia oferowanego przez COMP, w tym zaoferowanej ceny. Wskazał, że przepisy o zamówieniach publicznych nie przewidują możliwości, aby po złożeniu oferty oferent zmienił cenę. Odpowiadając na zarzuty w kwestii podniesionej „opcjonalności” podkreślał, że „Opcjonalna karta PCI-E Mezzanine” w całości - wraz ze słowem „Opcjonalna” - jest no prostu nazwą określoną przez producenta tego sprzętu tj. firmy Hewlett Packard Development Company, L.P. wskazanej przez COMP w jego ofercie. Fakt ten można potwierdzić bezpośrednio u producenta albo poprzez jego stronę internetową. Nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że użycie w rubryce 13 tabeli 1. słowa „opcjonalna” nie wiąże się w żaden sposób z „opcjonalnością” oferowania tego sprzętu, czy też zmiany oferty, ani nie może mieć wpływu w

tym zakresie na ocenę oferty COMP jako wariantowej, gdyż cena ta jest, stosownie do przepisów ustawy, niezmienna.

W dniu 29 października 2010 r. do postępowania odwoławczego w wyniku rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu Konsorcjum firm Sygnity i Winuel po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca COMP. Natomiast w dniu 4 listopada 2010 r. przed rozpoczęciem posiedzenia Izby do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił ComArch.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę dowody oraz oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że obaj Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołań wskazane w art. 187 ust. 4 ustawy, zatem odwołania podlegały merytorycznemu rozpoznaniu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie w sprawie **KIO 2311/10** zasługuje na uwzględnienie.

- I. Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w odniesieniu do oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy stwierdziła, iż zarzut w części potwierdził się.

Izba stwierdziła, że informacja określająca ilość roboczogodzin w zakresie zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego, która została utajniona w ofercie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie posiada charakteru informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z przepisem art. 11 ust 4 powyższej ustawy informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy łącznie zostały spełnione następujące przesłanki dla informacji:

1. mają one charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
2. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem Izby w odniesieniu do informacji w zakresie ilości roboczogodzin przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie została wypełniona przesłanka z pkt 1 przywołanego przepisu tj. wskazana powyżej informacja samoistnie nie posiada charakteru informacji, która ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą. Wobec czego Izba potwierdziła, że powyższa informacja winna być informacją jawną i nie powinna podlegać utajnieniu.

Rozpatrując kolejne zarzuty odnoszące się do utajnienia poszczególnych informacji w ofercie Konsorcjum firm Sygnity i Winuel Izba uznała argumentację ComArch za chybioną i potwierdziła niezasadność zarzutów uznając, że Konsorcjum firm Sygnity i Winuel legitymowało się uprawnieniem do utajnienia informacji w pozostałym zakresie dotyczącym zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego oraz części formularza ofertowego odnoszącego się producenta, nazwy sprzętu oraz oprogramowania.

Po zbadaniu do zarzutu utajnienia informacji dotyczących nazwy producenta i nazwy sprzętów w formularzu cenowym Izba uznała, że wykonawca był uprawniony do utajnienia ww. informacji, ponieważ są to dane w zakresie źródła zaopatrzenia i zbytu zaoferowanych produktów charakteryzujące stosunki handlowe wykonawcy z konkretnymi podmiotami na rynku. Ponadto, ujawnienie informacji zawartych w ofercie wykonawcy w Formularzu cenowym dotyczących nazw producenta w zestawieniu nazwami sprzętu mogą wskazywać na określone, konkretne rozwiązania technologiczne oferowane przez wykonawcę. Wobec tego, uzasadnionym jest, iż Konsorcjum firm Sygnity i Winuel załączając do oferty dokumenty zawierające informacje o istotnej dla konsorcjum wartości gospodarczej zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po zbadaniu informacji zawartych w opisie planowanego, zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) Zamawiającego sporządzonym przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w formie tabeli i wykresu Gantta, Izba potwierdziła, że informacje zawarte w opisie planowanego ww. zaangażowania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż mają charakter technologiczny oraz organizacyjny. W tabeli oraz wykresie (diagramie) Gantta

wykonawca, przedstawił sposób, metodykę, szczegółowy harmonogram realizacji projektu oraz specyficzną jedynie dla jego firmy charakterystykę realizacji wymaganych prac.

Izba dała wiarę twierdzeniom pełnomocnika Konsorcjum firm Sygnity i Winuel i uznała, że konsorcjum podjęło właściwe kroki w celu zachowania tajemnicy utajnionych informacji.

Wobec tego, Izba potwierdziła, że Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w sposób uprawniony utajniło informacje w zakresie dotyczącym zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego - z wyłączeniem ilości roboczogodzin - oraz części formularza ofertowego w zakresie producenta, nazwy sprzętu oraz oprogramowania, w złożonej ofercie.

II. Następnie Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy w odniesieniu do oferty Comp i biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy stwierdziła, iż zarzuty potwierdziły się.

Zamawiający w treści siwz w rozdziale II „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania” w pkt I w ppkt 10 sprecyzował, że wykonawca w okresie 12 miesięcy od daty podpisania bez zastrzeżeń przez Strony protokołu odbioru i dostawy wdrożenia Nowego Portalu Informacyjnego będzie zobowiązany do dokonania wszystkich aktualizacji oprogramowania standardowego oraz wdrożenia wszelkich zmian w oprogramowaniu dedykowanym wynikających ze wskazanych przez Zamawiającego potrzeb dodawania nowych lub modyfikacji istniejących funkcjonalności, a także aktualizacja sterowników urządzeń. Wartość powyższych prac nie może być określona przez Wykonawcę w Formularzu cenowym poniżej 5% wartości przedmiotu umowy. Tożsamy zapis Zamawiający zawarł w paragrafie 1 pkt. 7 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 3 do siwz.

W załączniku nr 2 do siwz „Oferta” w pkt. V ppkt. 2 „Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń” Zamawiający wyodrębnił poszczególne kolumny tj. Kolumna 1 „Nazwa produktu – Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń”, Kolumna 2 „Cena z VAT w PLN za 1 miesiąc”, Kolumna 3 „Ilość miesięcy -12”, Kolumna 4 „Stawka VAT w %”, Kolumna 5 „Łączna cena z VAT w PLN (kol 2 x kol 3)”.

W załączniku nr 2 do siwz „Oferta” w pkt. V ppkt. 3 „Całkowita cena oferty brutto” w wierszu w kolumnie 2 w wierszu 1 Zamawiający określił „Sprzęt, oprogramowanie i usługi wdrożeniowe” natomiast w wierszu 2 w kolumnie „Nazwa produktu” Zamawiający wskazał: „Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania

dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń”, w Kolumnie 3 w wersji 2 wykonawcy mieli podać „Łączną cenę z VAT w PLN”.

W ofercie COMP w Formularz cenowym w punkcie V ppkt 2 przyjęto następująco: „Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń” Zamawiający wyodrębnił poszczególne kolumny tj. Kolumna 1 „Nazwa produktu – Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń”, Kolumna 2 „Cena z VAT w PLN za 1 miesiąc 67.079,09”, Kolumna 3 „Ilość miesięcy -12”, Kolumna 4 „Stawka VAT w % - 22”, Kolumna 5 „Łączna cena z VAT w PLN (kol 2 x kol 3) – 780.949,11”.

W ofercie COMP całkowitą cenę oferty brutto określono na kwotę 16.399.931,29 PLN brutto. Wartość prac w zakresie aktualizacji oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń określono na ogólną kwotę 780.949,11 PLN brutto (pkt V ppkt.3 oferty).

Zamawiający poprawił oczywistą omyłkę rachunkową, poprzez poprawienie w dniu 24 sierpnia 2010 r. wyniku iloczynu zamieszczonego na stronie 5 oferty COMP (pkt V ppkt 2 Formularza cenowego) z kwoty 780.949,11 na kwotę 804.949,08. Następstwem poprawienia ww. oczywistej omyłki rachunkowej było zwiększenie całkowitej wartości oferty Comp z kwoty 16.399.931,29 zł brutto do kwoty 16.423.931,26 z brutto. COMP pisemnie potwierdził, że wyraża zgodę na poprawienie ww. omyłki.

Pismem z 20 września 2010 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wystąpił do COMP o udzielenie wyjaśnień w zakresie „aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń” informując wykonawcę, że wartość ww. zakresu prac w ofercie stanowi 4,9% wartości przedmiotu umowy, natomiast Zamawiający wymagał aby wartość powyższych prac nie była określona poniżej 5% wartości przedmiotu umowy. W piśmie Zamawiający wskazał: „Zamawiający wzywa do wyjaśnienia powyższej kwestii w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W odpowiedzi na to wezwanie COMP w dniu 21 września 2010 roku, wyjaśnił, iż podana przez niego kwota przyjęta na aktualizację oprogramowania standardowego została do oferty wpisana omyłkowo w wysokości 804.949,08 zł. Prawidłowa kwota, która miała być wpisana przez COMP to kwota 824.449,08 zł. i powinna wyglądać następująco:

- w pkt 1 formularza ofertowego – Dostawa sprzętu oprogramowania oraz usługi wdrożeniowe w wierszu „Usługi wdrożeniowe” – 7.184.664,53 zł (łącznie cena z VAT).

- w pkt 2 formularza ofertowego - Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń w wierszu pt. „Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń” – 824.449,08 zł (łącznie cena z VAT).

COMP w piśmie wskazał ponadto, że powyższe wyjaśnienia nie powodują zmiany całkowitej ceny brutto oferty, która wynosi, po poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w dniu 24 sierpnia 2010 r. – 16.423.931,26 zł.

W piśmie COMP w tabeli sporządzonej według załącznika nr 2 „Oferta” w pkt. V ppkt. 3 „Całkowita cena oferty brutto” w wierszu w kolumnie 2 „Nazwa produktu” w wierszu 1 wykonawca określił: „Sprzęt, oprogramowanie i usługi wdrożeniowe” na kwotę 15.599.482,18 PLN z VAT natomiast w wierszu 2 w kolumnie „Nazwa produktu” Zamawiający wskazał: „Aktualizacja oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń” – 824.449,08 PLN z VAT.

Na wstępie Izba podkreśla, że Zamawiający w jasny i klarowny sposób określił w specyfikacji swoje wymagania w zakresie wartości aktualizacji oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń, precyzując, że wartość ww. zakresu prac nie może stanowić mniej niż 5% wartości przedmiotu umowy.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jednocześnie ustawodawca określił, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie nieuprawnionych zmian w treści oferty.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku Zamawiający przekroczył zakres uprawnienia wynikającego z powyższego artykułu, ponieważ w opinii Izby nie miał żadnych podstaw do uznania, iż wartość 804.949,08 zł. w ofercie COMP w pozycji aktualizacji oprogramowania standardowego, wdrożenia zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacji sterowników urządzeń, jest omyłką a nie zamierzonym oświadczeniem woli złożonym przez wykonawcę. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, który uznał, że niezgodność poszczególnych zapisów oferty COMP z postanowieniami siwz przesądza o wystąpieniu w treści oferty COMP omyłki, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Izba podkreśla, że o ile Zamawiający powziął wątpliwość w powyższym zakresie to uprawniony był wystąpić do COMP o wyjaśnienie niejasności treści oferty. Jednak niedopuszczalnym jest, że w skierowanym do COMP piśmie o udzielenie wyjaśnienia w zakresie aktualizacji oprogramowania standardowego, wdrożenie zmian oprogramowania dedykowanego i aktualizacja sterowników urządzeń, Zamawiający podkreślając, że wartość prac w ofercie COMP stanowi 4,9% wartości przedmiotu umowy i jest niezgodna z siwz, wzywa do złożenia wyjaśnień przedmiotowym zakresie w świetle art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego wykonawca COMP w sposób nieuprawniony dokonał zmiany treści oferty.

Izba, odnosząc się do możliwości powyższej zmiany uznała, iż była to zmiana niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem przede wszystkim niezgodność oferty z treścią siwz nie nosiła znamion omyłki, lecz stanowiła – jak zostało wyżej podkreślone – zamierzone oświadczenie woli o oznaczonej treści. COMP, w złożonych wyjaśnieniach, nie wskazał na żadne okoliczności, które pozwoliłyby na stwierdzenie, iż jego zamiar był inny. Wobec czego Izba, potwierdziła naruszenie powyższych przepisów Pzp.

III. Kolejno, Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w odniesieniu zarówno do oferty COMP oraz Konsorcjum firm Sygnity i Winuel i biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy stwierdziła, iż zarzut potwierdził się w części w odniesieniu do oferty COMP, natomiast w zakresie oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie potwierdził się.

#### **1) Kryterium oceny ofert „Planowane zaangażowanie sił i środków Zamawiającego”**

W siwz w rozdziale VII „Kryteria i zasady oceny ofert” w pkt II Zamawiający określił, że w zakresie planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich, finansowych) przyzna w tym zakresie maksymalnie 20 punktów, przy czym za zaangażowanie sił ludzkich 0-15 pkt, za zaangażowanie środków finansowych 0-5 pkt. W przypadku gdy zaangażowanie środków finansowych Zamawiającego będzie równe 0 wykonawca otrzyma 5 pkt. Zamawiający sprecyzował, że przyznając punkty będzie premiował jak najmniejsze zaangażowanie sił i środków Zamawiającego. Izba nie stwierdziła w siwz aby Zamawiający określił, że w przypadku w którym zaangażowanie sił ludzkich Zamawiającego będzie równe 0 wykonawca otrzyma 15 pkt.



Wykonawcy biorący udział w postępowaniu skierowali do Zamawiającego pytanie, zmierzające do wyjaśnienia czy w przypadku zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego w liczbie zero roboczogodzin, wykonawca taki otrzyma maksymalną liczbę punktów. Następnie wykonawcy zadali również pytanie, na które odpowiedź miała wyjaśnić kwestię, czy możliwe jest zaoferowanie przez wykonawców zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego na poziomie niższym niż 30 minut, co doprowadzi do zaokrąglenia zaangażowania sił ludzkich do zera godzin roboczych i przyzna takiemu wykonawcy maksymalne 15 punktów. Zamawiający udzielił odpowiedzi na te pytania w dniu 16 lipca 2010 roku, stwierdzając że nie przewiduje zaangażowania sił ludzkich równego zero roboczogodzin, ani też 30 minut i w jego ocenie nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia przez wykonawcę bez udziału Zamawiającego lub z udziałem Zamawiającego równym 30 minut (pytanie wraz z odpowiedzią nr 6 i 7 w odpowiedzi Zamawiającego z 16.07.2010 r.).

W odpowiedziach na pytania wykonawców udzielonych w dniu 29 czerwca 2010 roku Zamawiający wyjaśnił również, że zaangażowanie w roboczogodzinach może być w jednostkach mniejszych niż jedna godzina, jednak suma całości zaangażowania będzie zaokrąglona do pełnych godzin zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania (pytanie i odpowiedź nr 22).

a) COMP

Izba opierając się na złożonych dowodach potwierdziła słuszność rozumowania ComArch, który wskazywał, że Zamawiający zobligowany był do zaokrąglania liczby roboczogodzin zgodnie z zasadami matematycznymi, a w takim przypadku zaokrąglanie liczb polega na odrzuceniu pewnej ilości cyfr końcowych rozwinięcia dziesiętnego danej liczby lub zastąpienie ich zerami. Rozpatrzeniu podlegają dwa zasadnicze przypadki, tj.: 1. Jeżeli pierwsza cyfra po przecinku jest jedną z cyfr od 2 do 4, to liczbę zaokrąglamy z niedomiarem. Odrzucamy wszystkie liczby znajdujące się po przecinku, a część całkowitą pozostawiamy bez zmian. 2. Jeżeli pierwsza liczba po przecinku jest jedną z cyfr od 5 do 9, to liczbę zaokrąglamy z nadmiarem. Odrzucamy wszystkie cyfry znajdujące się po przecinku, a do części całkowitej zaokrąglonej liczby dodajemy 1. Potwierdza to również ekspertyza matematyczna wydana w dniu 2 listopada 2010 r. przez prof. dr hab. Henryka G. – Akademia Górniczo – Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie.

Bezspornym jest, że biorąc pod uwagę, iż zaoferowane w ofercie COMP zaangażowanie sił ludzkich Zamawiającego określono na poziomie 0,48 roboczogodziny to

należy stwierdzić, że COMP zadeklarował w rzeczywistości 28 minut i 48 sekund, co Zamawiający winien zaokrąglić do „0” - a nie jak uczynił – do 1 godziny.

Zdaniem Izby, powoływanie się Zamawiającego, a także COMP na fakt, iż wykonawca jednak zadeklarował jakąś liczbę roboczogodzin (0,48 roboczogodziny) pracy, zatem większą niż „0” należy uznać za chybione, ponieważ Zamawiający sam w specyfikacji określił, iż dokonując zaokrąglenia będzie kierował się matematycznymi zasadami zaokrąglania.

Izba potwierdziła, że wobec tego, iż Zamawiający zgodnie z zasadami matematycznego zaokrąglania nie powinien przyznać wykonawcy COMP punktów w powyższym kryterium, a ww. wartość winna wynosić „0”. Należy uznać, że ocena zgodnie ze wzorem określonym siwz wymagałaby dzielenia przez „0”, co nie jest możliwe. Wobec tego, należało ofertę COMP odrzucić jako niezgodną z siwz. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że w specyfikacji w rozdziale III „Zasady Oceny ofert” według ustalonych kryteriów” jedynie w zakresie zaangażowania finansowego dla liczby „0” Zamawiający określił, że przyzna w takim wypadku wykonawcy 5 pkt. Natomiast w stosunku do zaangażowania sił ludzkich Zamawiającego nie określił, że w przypadku w którym zaangażowanie sił ludzkich Zamawiającego będzie równe 0 wykonawca otrzyma 15 pkt. W takim przypadku niepodważalnym jest, że Zamawiający powinien ofertę COMP odrzucić w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią siwz.

b) Konsorcjum firm Sygnity i Winuel

Izba ustaliła, że opisie planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich i finansowych) Zamawiającego przedstawionym w formacie tabeli i wykresu (diagramu) Gantta na stronie 49 oferty wykonawca wskazał, że łączna ilość roboczogodzin zaangażowania Zamawiającego wynosi 1 godzinę. Oczywistym jest, że w tak ustalonym stanie faktycznym należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, ponieważ jest ona zgodna z siwz.

Izba odniosła się także do zarzutu Odwołującego, iż oferta Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie obejmuje wszystkich obszarów zaangażowania Zamawiającego wskazanych w siwz.

Z ustaleń Izby wynika niezbicie, iż Zamawiający w siwz wskazał obszary w których będzie zaangażowany a następnie w wyniku odpowiedzi na zapytania wykonawców do siwz doprecyzował zapisy w tej kwestii z których jasno wynikało, że zaangażowanie jakim ma się wykazywać Zamawiający ma być najmniejsze i ma być inicjowane przez wykonawców. Wobec czego decyzję w zakresie natężenia zaangażowania Zamawiającego zależała od

przewidzianych przez wykonawców poszczególnych rozwiązań dla konkretnych obszarów. Izba potwierdziła, że oferta wykonawcy Konsorcjum firm Sygnity i Winuel zawiera wszystkie niezbędne dane w tym zakresie.

## **2. Licencja na oprogramowanie do testów automatycznych**

Zamawiający w wymaganiach siwz przedstawionych na stronie 47 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) określił następujące wymaganie: „Wykonawca dostarczy oprogramowanie standardowe (oprogramowanie typu COTS - Commercial off-the-shelf - „z półki” lub oprogramowanie typu opensource) zgodnie z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz licencje na narzędzie wykorzystywane w testach automatycznych, o których mowa w rozdziale 4.3 OPZ”.

Ponadto, sprecyzował, że za oprogramowanie standardowe może być uznane tylko oprogramowanie powszechnie dostępne o następujących cechach: komercyjne, produkowane seryjnie, gotowe do sprzedaży, o szerokiej dostępności w wielu krajach, o dostępnej dojrzałej i czytelnej dokumentacji technicznej, dostępnych usługach szkoleniowych, dostępnych certyfikowanych specjalistach, posiadające minimum 10 wdrożeń wykonanych przez minimum 3 niezależnych dostawców.

W rozdziale 4.3 OPZ w szczególności na stronie 35 Zamawiający wskazał następujące wymaganie, tj. wykonawca przekaze Zamawiającemu nieoznaczoną w czasie licencję na narzędzie do testów automatycznych w zakresie niezbędnym do wykonywania testów automatycznych opracowanych w trakcie realizacji zamówienia zgodnie z opisanymi powyżej wymaganiami.

Z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie bezspornie wynika, iż wykonawcy mieli obowiązek ujęcia w „Formularzu cenowym” dwóch rodzajów licencji. Po pierwsze, licencji na oprogramowanie standardowe, a także licencji dotyczących oprogramowania dedykowanego, tj. wytworzonego przez wykonawcę pod pozycją „Autorskie prawa majątkowe do oprogramowania wytworzonego przez wykonawcę. O ile w pozycji dotyczącej licencji na oprogramowanie standardowe wykonawcy byli zobligowani do wyspecyfikowania poszczególnych licencji i określenia ich cen oraz ilości to druga pozycja miała charakter ogólny.

Podczas rozprawy Izba ustaliła, że COMP w ofercie zaproponował oprogramowanie typu Slash, które obejmuje również oprogramowanie do testów automatycznych i jest oprogramowaniem standardowym. Wobec tego, wykonawca nie wykazał odrębnej licencji na oprogramowanie do testów automatycznych.

W zakresie oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel Izba ustaliła, że oprogramowanie do testów automatycznych stanowi integralną część oprogramowania dedykowanego, w związku z tym licencja w tym zakresie będzie dostarczana łącznie ze oprogramowaniem dedykowanym.

Biorąc pod uwagę, iż charakter formularza cenowego słusznym jest stanowisko, że wykonawcy mieli wykazać jedynie licencje na oprogramowanie standardowe i odpłatne. Zdaniem Izby, w powyższej sytuacji wykonawcy nie byli zobligowani do zawierania w formularzu cenowym odrębnej pozycji dotyczącej przedmiotowych licencji skoro stanowiły integralną część innego oprogramowania i miały być przekazane wraz z nim Zamawiającemu. Wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt ustawy w powyższym zakresie nie potwierdził się.

### **3. Przekazanie Zamawiającemu praw autorskich do testów automatycznych i dokumentacji**

Izba ustaliła, że Zamawiający w siwz wymagał od wykonawców przekazania autorskich praw majątkowych do: wytworzonego oprogramowania i jego kodów źródłowych, testów automatycznych, wytworzonej dokumentacji. Powyższe wynika z następujących zapisów SIWZ:

- strona 34 OPZ: „Wykonawca opracuje i prześle Zamawiającemu kody źródłowe, dane testowe, dokumentację oraz prawa autorskie do testów automatycznych spełniające następujące wymagania”
- strona 42 OPZ: „Wraz z podpisaniem przez Strony Protokołu Odbioru Produktu Wykonawca prześle Zamawiającemu majątkowe prawa autorskie do wytworzonej dokumentacji”
- strona 48 OPZ: „Z chwilą podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Produktu, Wykonawca przeniesie na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie do wytworzonego oprogramowania, jego kodów źródłowych oraz dokumentacji.”

Izba w powyższej kwestii zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym zarówno w rozstrzygnięciu protestu jak w odpowiedzi na odwołanie, że w świetle zapisów siwz wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawiania oddzielnych cen dla wytworzonych elementów rozwiązania. W związku z powyższym Zamawiający wskazywał, że przekazanie praw autorskich w zakresie wytworzonego oprogramowania i jego kodów źródłowych oraz wytworzonej dokumentacji będzie odbywać się w ramach pozycji cennika dotyczącej oprogramowania wytworzonego Nowego Portalu Informacyjnego. W związku z tym zarzuty w

przedmiotowym zakresie Izba uznała za bezzasadne.

#### **4. Licencja na oprogramowanie do monitorowania infrastruktury**

Izba ustaliła, że Zamawiający na stronie 48 OPZ sprecyzował, że wykonawca ma zapewnić możliwość monitorowania infrastruktury sprzętowej oraz oprogramowania standardowego w tym zasobów udostępnianych przez to oprogramowanie (np. rozmiar kolejek). Wymaganie monitorowania dotyczyło wszystkich zasobów NPI działających produkcyjnie. Mechanizm monitoringu musiał zostać zintegrowany z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą monitoringu opartą na oprogramowaniu BMC Patrol.

W oparciu o dokumentację postępowania oraz w ramach wyjaśnień złożonych na rozprawie Izba ustaliła, iż:

- w przypadku ofert złożonej przez firmę COMP oprogramowanie monitorujące Infrastrukturę NPI jest częścią zaoferowanego rozwiązania Slash A3, które umożliwia współpracę z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem BMC Patrol.
- w przypadku ofert złożonej Konsorcjum firm Sygnity i Winuel przez oprogramowanie monitorujące infrastrukturę NPI zostanie dostarczone w ramach oprogramowania dedykowanego jakim jest System Zarządzania Usługami Platformy (SZUP) str. 29 oferty.

Izba potwierdziła, że powyższym zapisem Zamawiający wcale nie postawił wymogu, że do oprogramowania standardowego, o którym mowa powyżej, winna zostać przekazana także osobna licencja. W przedmiotowej kwestii istotnym jest, iż funkcjonalność w zakresie monitorowania infrastruktury sprzętowej może być objęta inną licencją na oprogramowanie, które w sobie taką funkcjonalność zawiera. Ponadto, Izba wskazuje, że w powyższym zapisie Zamawiający nie odwoływał się do sformułowania „licencja”. W kontekście powyższego zarzuty ComArch należy uznać za nadinterpretację intencji Zamawiającego opisanej w siwz oraz w rozstrzygnięciu protestu.

#### **5. Licencja na oprogramowanie Cryptographic Service Provider**

Izba ustaliła, że Zamawiający na stronie 390 OPZ określił, że wraz z modułem musi być dostarczone oprogramowanie Cryptographic Service Provider, które musi umożliwiać implementację komponentów odpowiedzialnych za wykonywanie podpisu elektronicznego w środowiskach: C++ kod niezarządzalny (przy wykorzystaniu interfejsu CryptoAPI 2.0).

W ofercie COMP w formularzu cenowym (poz. 21 i 22) w zakresie licencji na oprogramowanie do weryfikacji podpisu wskazano: Enigma SOI Centaur WER oraz PemHeart WebSigu, natomiast Zamawiający wskazywał, czemu nie zaprzeczał odwołujący, że powyższe

oprogramowania są oprogramowaniem typu Cryptographic Service Provider i spełniają wymagania siwz w zakresie pełnego wsparcia dla interfejsu programistycznego Microsoft Cryptography Crypto API w wersji 2.0.

Izba ustaliła, że Konsorcjum firm Sygnity i Winuel zaproponowało rozwiązanie Thales nShield Connect 500 a Zamawiający wskazywał, że jego elementem jest oprogramowanie typu Cryptographic Service Provider. Oprogramowanie to wspiera standard Crypto A.PI 2.0. Zamawiający wyjaśnił, że zaproponowane rozwiązanie firmy Thales dostarczane jest rozwiązaniem sprzętowym i cena licencji oprogramowania w nim zawartego jest uwzględniona w cenie sprzętu. Producent, firma Thales nie przedstawia w swoim cenniku osobno licencji na sprzęt i oprogramowanie traktując oferowane urządzenia jako jeden produkt.

Wobec powyższych ustaleń Izby, wyrażonego stanowiska Zamawiającego a także nie wykazania słuszności przedmiotowych zarzutów przez ComArch, Izba potwierdziła niesłuszność zarzutów w niniejszym zakresie.

## **6. Serwery BLADE**

Bezspornym jest, iż Zamawiający w OPZ na stronie 305 określił wymagania stosowania rozwiązań serwerowych, precyzując, iż oferowane przez wykonawców serwery mają być serwerami klasy Blade.

W przedmiotowej kwestii Izba w pełni podzieliła argumentację i stanowisko Przystępującego Comp, który podnosił, że wskazana w formularzu cenowym w pozycji 14 stacja zarządzania HP DL 320 G6 CTO Classis, pomimo iż producent wykazuje, że jest serwerem to w tej konkretnej sytuacji spełnia jedynie funkcję zarządczą.

W oceni Izby ww. urządzenie może spełniać funkcję stacji zarządzającej, skoro jak wyjaśnił wykonawca COMP, jest ono przez niego specjalnie dostosowywane, natomiast ComArch nie udowodnił, iż urządzenie zaoferowane przez COMP nie może spełniać funkcji, którą przypisał mu wykonawca w przedmiotowym postępowaniu.

## **7. Harmonogram realizacji umowy**

Izba podkreśla, że zapisy siwz w rozdziale II pkt 1 jasno wskazują, iż „opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich i finansowych) Zamawiającego, przedstawiony w formie tabeli i wykresu (diagramu) Gantta”, na którym swoje zarzuty opiera

ComArch jest dokumentem, którego Zamawiający wymagał w innym celu niż określenie terminów realizacji poszczególnych prac.

Z postanowień 4.3 OPZ str. 31 wynika, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany zgodnie z opracowanym przez wykonawcę i zaakceptowanym przez Zamawiającego „Harmonogramem realizacji zamówienia”.

W związku z tym jasnym i nie wymagającym dowodzenia jest fakt, iż właściwych harmonogram realizacji będzie opracowany dopiero na etapie późniejszym. Wywodzenie ComArch o niezgodności terminów realizacji w ofercie COMP w oparciu o „opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich i finansowych) Zamawiającego, przedstawiony w formie tabeli i wykresu (diagramu) Gantta”, Izba uznała za chybione. Wobec czego, uznała zarzuty, w tym zakresie, za nietrafne.

Ponadto Izba wskazuje, że COMP w ofercie wskazał, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z siwz, co zostało jeszcze potwierdzone wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę o które zwrócił się do COMP Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

#### **8. Wykorzystanie licencji posiadanych przez Zamawiającego do wykonania przedmiotu zamówienia.**

Izba ustaliła:

Pismem z dnia 18 czerwca 2010 r. Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na pytania:

Pytanie 6: *Czy Zakład Ubezpieczeń Społecznych posiada licencje Microsoft InfoPath (będącego również częścią pakietu MS Office) ?*

Odpowiedz 6: *Zakład Ubezpieczeń Społecznych posiada licencje na oprogramowanie Microsoft InfoPath 2007 wchodzącego w skład Office Professional Plus.*

Pytanie 7: *Jeśli Zamawiający posiada licencje Microsoft InfoPath to: a) W jakiej wersji posiada te licencje ? b) Czy mogą być one wykorzystane dla Administratorów użytkowników SOF do tworzenia definicji formularza ?*

Odpowiedź 7: *a) Zakład Ubezpieczeń Społecznych posiada licencje na oprogramowanie Microsoft InfoPath 2007 wchodzącego w skład Office Professional Plus. b) Oprogramowanie InfoPath może być wykorzystane na potrzeby Administratorów/użytkowników do tworzenia definicji formularzy.*

W piśmie Zamawiającego z dnia 16 lipca 2010 r. w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, ile pakietów/licencji MS Office Prof. Plus posiada ZUS i czy mogą być one wykorzystane w ramach projektu ZUS PUE przez pracowników CIT, Zamawiający udzielił

następującej odpowiedzi, tj. wszystkie licencje niezbędne do poprawnego funkcjonowania Nowego Portalu Informacyjnego mają być dostarczone przez Wykonawcę.

Izba nie zgodziła się z argumentacją ComArch, że wykonawcy zobligowani byli do dostarczenie wszelkich niezbędnych licencji na oprogramowanie, przy pomocy którego zrealizują wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie. ComArch w oparciu o odpowiedzi na pytania z dnia 16 lipca 2010r. twierdził, że Zamawiający nie dopuścił do wykorzystania licencji przez niego posiadanych.

Izba uznała, że odpowiedź Zamawiającego, że wszystkie, że licencje niezbędne do poprawnego funkcjonowania Nowego Portalu Informacyjnego mają być dostarczone przez wykonawcę, należy czytać i interpretować w kontekście zadanego pytania. Niniejszej odpowiedzi nie można traktować w charakterze ogólnym i przekładać na inne zapisy specyfikacji.

Wobec powyższego uznania Izba potwierdziła możliwość wykorzystania licencji Microsoft InfoPath 2007 posiadanych przez Zamawiającego, co zostało przyznane nie tylko w odpowiedzi na pytaniach z dnia 18 czerwca 2010 r. (odpowiedź na Pytanie nr 6 i 7) ale również na rozprawie przez pełnomocników Zamawiającego.

## **9. Brak funkcjonalności klastrowania active-active dla zaoferowanej bazy danych**

ComArch podnosił, że w jego opinii Konsorcjum firm Sygnity i Winuel nie zaoferowało rozwiązania, w którym silnik relacyjnej bazy danych charakteryzuje się możliwością klastrowania bazy danych w trybie active-active (który to tryb zapewnia, że wszystkie węzły klastra pracują jednocześnie realizując dostęp do tych samych danych w sposób transakcyjny i zachowujący spójność tych danych). Zgodnie z poniższymi wymaganiami zawartymi w SIWZ na stronach 357 i 360 OPZ rozdział 5.2.5 Serwer bazy danych: PROD\_JDB1 oraz rozdział 5.2.6 Serwer bazy danych: PROD\_DB2]:

„(...) Silnik relacyjnej bazy danych o następujących cechach:

- wsparcie dla języka SQL,
- możliwość klastrowania bazy danych w trybie active-active oznacza to, że wszystkie węzły klastra pracują jednocześnie realizując dostęp do tych samych danych w sposób transakcyjny i zachowujący spójność tych danych,
- możliwość korzystania z danych zgromadzonej na wspólnej macierzy dyskowej w sposób równoległy z wszystkich węzłów (instancji) klastra bazy danych"



Zamawiający w siwz wymagał dostarczenia bazy danych o funkcjonalności klastrowania w trybie active-active. W odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 10 czerwca 2010 r. na (pytanie nr 139) Zamawiający stwierdził, że dopuszczalne są inne sposoby realizacji klastrowania baz danych o ile zapewnią ten sam poziom bezpieczeństwa i wydajności co rozwiązanie zaproponowane przez Zamawiającego.

Z uzyskanych wyjaśnień od Konsorcjum firm Sygnity oraz Winuel po okazaniu wykonawcy jego oferty, w oparciu o poz. 2 wykazu licencji na oprogramowanie standardowe oraz formularza cenowego (str. 46) specyfikacji oprogramowania standardowego (str. 78 oferty) a także biorąc pod uwagę twierdzenia Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu i odpowiedzi na odwołanie Izba uznała, że wykonawca Konsorcjum firm Sygnity i Winuel zaferował w niniejszym zakresie rozwiązanie zgodne ze specyfikacją.

IV. Kolejno, Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp w odniesieniu zarówno do oferty COMP jak również do w stosunku do oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel i biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy stwierdziła, iż zarzut nie potwierdził się.

1) COMP

Izba nie zgodziła się z argumentacją ComArch, który wywodził, iż oferta COMP w ogóle nie może zostać oceniona w tym kryterium, gdyż żadna wartość matematyczna nie jest wynikiem dokonanej zgodnie ze wzorem operacji. Wobec tego, oferta COMP powinna zostać odrzucona, ponieważ nie jest możliwe jej ocenienie zgodnie z siwz. Izba uznała za chybione stanowisko, że skoro zatem nie jest możliwe ocenienie tej oferty - to oferta COMP jest sprzeczna z ustawą - a mianowicie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy, ponieważ zgodnie z niniejszym przepisem Zamawiający zobowiązany był do wybrania oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Izba wskazuje, że w powyższym przypadku Zamawiający winien odrzucić ofertę ale w trybie art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy a nie w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

2) Konsorcjum firm Sygnity i Winuel

Wobec tego, iż Izba ustaliła, że Konsorcjum firm Sygnity i Winuel na 49 oferty wskazał, że łączna ilość roboczogodzin zaangażowania Zamawiającego wynosi 1 godzinę. W tak ustalonym stanie faktycznym należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał podstaw do

odrzućenia oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy jako niezgodnej z ustawą.

V. Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w odniesieniu zarówno do oferty COMP jak i Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy stwierdziła, iż zarzut nie potwierdził się.

Izba stwierdziła, że ComArch zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie nie wykazał, że wskazanie w ofertach, przez COMP jak również przez Konsorcjum firm Sygnity i Winuel, zaangażowania sił Zamawiającego jest nierealne i służy jedynie osiągnięciu maksymalnej punktacji w zakresie tego kryterium i w związku z tym nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W opinii ComArch oferty winny być odrzucone przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba podziela pogląd, iż każdy z wykonawców sporządzając ofertę opracowywał ją według charakterystycznej dla siebie metodologii, jak również wziął pod uwagę szereg okoliczności związanych z konkretnymi i specyficznymi uwarunkowaniami organizacyjnymi, technicznymi, odnoszącymi się do wyłącznie do jego firmy, w wyniku których mógł zaoferować preferencyjne i konkurencyjne warunki w odniesieniu do innych wykonawców. W przedmiotowym przypadku Izba nie dopatryła się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami które naruszałoby interes wykonawców a więc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nie potwierdził się.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie w sprawie **KIO 2346/10** zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż argumentacja w zakresie zarzutów przedmiotowego odwołania (pkt. 1 i pkt. 2) jest tożsama z argumentacją zawartą w uzasadnieniu odwołania o sygn. akt. KIO 2311/10 za wyjątkiem zarzutu dotyczącego wskazania w ofercie COMP w wierszu 13 formularza cenowego, iż oferta obejmuje „Opcjonalną kartę PCI-E Mezzanine”.

Konsorcjum firm Sygnity i Winuel z powyższego wywodził, iż ww. zapis w ofercie jest niejasny i może mieć wpływ na cenę wskazaną w ofercie. Jego zdaniem zapis w ofercie „opcjonalnego” sprzętu budzi wątpliwość, czy sprzęt ten jest czy też nie jest częścią oferty -

czy jest on oferowany Zamawiającemu, czy też nie. Co dalej za tym idzie, nie ma pewności czy stanowi on element ceny oferty, a jeśli tak, to czy wykonawca przewiduje obniżenie ceny, jeżeli Zamawiający nie skorzysta z zaproponowanej opcji.

W niniejszej kwestii Izba oparła się przekazanym przez Zamawiającego wydruku ze strony internetowej producenta w którym wskazano, iż określenie „opcjonalna” mieści się w nazwie urządzenie. Wobec tego Izba uznała, iż nie można powyższego odnosić i stawiać na równi z opcjonalnym zaoferowaniem przez COMP urządzeniem.

Izba potwierdziła, że powyższe naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust.1 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, art. 8 ust. 3 Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania. Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty COMP w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz odtajnienie oferty Konsorcjum firm Sygnity i Winuel dotyczących informacji w zakresie liczby roboczogodzin zawartej w „opis planowanego zaangażowania sił i środków (ludzkich i finansowych) Zamawiającego, przedstawiony w formie tabeli i wykresu (diagramu) Gantta”.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika ComArch w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną fakturę VAT.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....