Sygn. akt: KIO 1842/15

Sygn. akt: KIO 1844/15

Sygn. akt: KIO 1847/15

WYROK
z dnia 14 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach: 7 oraz 9 września 2015 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 sierpnia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi (sygn. akt KIO 1842/15);**

B. w dniu 24 sierpnia 2015 r. przez **wykonawcę Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1844/15),**

C. w dniu 24 sierpnia 2015 r. przez **wykonawcę Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1847/15),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

---

przy udziale:

A. wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawach o sygn. akt KIO 1842/15, KIO 1847/15 po stronie Odwołującego;

B. wykonawcy Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO 1842/15 po stronie Odwołującego;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1842/15 oraz 1847/15 po stronie Zamawiającego,

D. wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1842/15, 1847/15 po stronie Zamawiającego;

E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO 1847/15 po stronie Odwołującego

orzeka:

A. Odwołania o sygn. akt KIO 1842/15, 1847/15

1. Oddala oba odwołania;
2. Kosztami postępowania obciąża: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi oraz wykonawcę Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

B. Odwołanie o sygn. akt KIO 1844/15

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnaście tysięcy zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

2) zasądza od **Zamawiającego: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18.600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

……

……

……

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* „Postępowanie *o zawarcie umowy ramowej prowadzone z zastosowaniem przepisów dotyczących przetargu ograniczonego na usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARIMR oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów IT w ARIMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (umowa ramowa rozwojowa)".*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 1 sierpnia 2014 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 sierpnia 2014 r. pod numerem 2014/S 149-268391.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 1842/15

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi (zwani dalej: „Odwołującym *AMG")* w dniu 24 sierpnia 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie m. in. na czynność wyboru ofert najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, oraz zaniechanie udostępnienia złożonych wyjaśnień naruszając art. 8 ust. 1 -3 i 96 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący AMG wniósł o: unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie, udostępnienia złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie i wykonawcy Hewlett Packard Enterprise

Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oraz dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 1844/15

Wykonawca Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym *HP")* w dniu 24 sierpnia 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty, zarzucając naruszenie art. 7 ust. i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, unieważnienie czynności badania i oceny ofert, uznanie złożonych wyjaśnień, jako wyjaśnienia nie zawierające rażąco niskiej ceny, dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako jednej z trzech ofert najkorzystniejszych w niniejszym postępowaniu.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 1847/15

Wykonawca Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym *Capgemini")* w dniu 24 sierpnia 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność wyboru ofert najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dodatkowych powodów, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, oraz zaniechanie udostępnienia złożonych wyjaśnień naruszając art. 8 ust. 1 -3 i 96 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący Capgemini wniósł o: unieważnienie czynności wyboru ofert

najkorzystniejszych, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie, odrzucenie oferty wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dodatkowych powodów, udostępnienia - złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie i wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

Wybór najkorzystniejszych ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stało się przedmiotem odwołań,

wniesionych w dniu 24 sierpnia 2015 r. przez: (1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi, (2) wykonawcę Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (3) wykonawcę Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismami z dnia 7 września 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniach oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie oraz wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, złożone wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz stanowiska przystępujących złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania (dotyczącego trzech wniesionych odwołań) po stronie Zamawiającego jak i Odwołującego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1) Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawach o sygn. akt KIO 1842/15, KIO 1847/15 po stronie Odwołującego;
2) Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO 1842/15 po stronie Odwołującego;
3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie zgłaszający

przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1842/15 oraz 1847/15 po stronie Zamawiającego;
4) Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1842/15, 1847/15 po stronie Zamawiającego;
5) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi zgłaszający

przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO 1847/15 po stronie Odwołującego.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień następujących wykonawców:

1) Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawach o sygn. akt KIO 1842/15, KIO 1847/15 po stronie Odwołującego (zwany dalej również: „Przystępującym *Asseco");*
2) Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO 1842/15 po stronie Odwołującego (zwany dalej również: „Przystępującym *Capgemini");*
3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1842/15 oraz 1847/15 po stronie Zamawiającego (zwany dalej również: „Przystępującym *Comarch");*
4) Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1842/15, 1847/15 po stronie Zamawiającego (zwany dalej również: „Przystępującym *HP");*
5) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1844/15 po stronie Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO 1847/15 po stronie Odwołującego (zwany dalej również: „Przystępującym *AMG").*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Zawarcie *Umowy Ramowej, która określa zasady zgodnie z którymi Wykonawca dostarczać będzie, na podstawie Umów Wykonawczych, produkty modyfikacji systemów informatycznych ARiMR".*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział I pkt 2, str. 2/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ") zawierała, między innymi następujące postanowienia:

- Rozdział I: „Opis *przedmiotu zamówienia",* pkt 4:
Przy realizacji Umowy Ramowej, przed udzieleniem danego zamówienia, Zamawiający każdorazowo będzie określać szczegółowo przedmiot zamówienia, ilość Punktów Funkcyjnych, ilość Roboczodni i termin realizacji zamówienia.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział I pkt 4, str. 2/.

- Rozdział XII: „Opis *sposobu obliczania ceny",* pkt 2:
Ceny określone w formularzu ofertowym winny zawierać wszystkie koszty związane z zakresem i sposobem wykonania przedmiotu zamówienia.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział XII pkt 2, str. 8/.

- Załącznik nr 1 do SIWZ: „Formularz *ofertowy",* pkt 1 - Oświadczenie:
„Oświadczamy, że *warunki wykonania poszczególnych Zamówień nie będą mniej korzystne dla Zamawiającego niż określone w niniejszej ofercie, a przedstawiona w naszej ofercie cena uwzględnia wszystkie koszty wykonania poszczególnych Zamówień"*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 1 do SIWZ, str. 11/.

W toku postępowania Zamawiający – na zadawane przez wykonawców pytania – udzielał odpowiedzi, m. in. w dniach: 28 kwietnia 2015 r. oraz 7 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:

9

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie – punktacja wg kryteriów oceny ofert -100,00 pkt;
2. Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie - punktacja wg kryteriów oceny ofert – 43,35 pkt;
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi – punktacja wg kryteriów oceny ofert - 40,81 pkt;
4. Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - punktacja wg kryteriów oceny ofert – 36,09 pkt;
5. Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – oferta odrzucona.

/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszych ofert z dnia 12 sierpnia 2015 r./.

W dniach 27 lipca 2015 r. oraz 6 i 7 sierpnia 2015 r. na wezwania Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie oraz wykonawca Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożyli stosowne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące zaoferowanej – przez poszczególnych wykonawców - ceny. Ponadto ww. wykonawcy zastrzegli niniejsze wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednocześnie składając stosowne wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia przez nich tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2015 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert, t.j.:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie – punktacja wg kryteriów oceny ofert -100,00 pkt;
2. Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie - punktacja wg kryteriów oceny ofert – 43,35 pkt;
3. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi – punktacja wg kryteriów oceny ofert - 40,81 pkt.

Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

10

/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszych ofert z dnia 12 sierpnia 2015 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego w dniu 24 sierpnia 2015 r. następujący wykonawcy wnieśli odwołania:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Łodzi (sygn. akt KIO 1842/15),

2. Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1844/15),

3. Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1847/15).

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AMG. Net. S. A., Bull SAS, DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera

konsorcjum w Łodzi, Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Capgemini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 24 sierpnia 2015 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołania o sygn. akt: KIO 1842/15, KIO 1844/15, KIO 1847/15

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania o sygn. akt KIO 1842/15 oraz KIO 1847/15 są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie, jedynie odwołanie o sygn. akt KIO 1844/15 - dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zasługiwało w ocenie Izby na uwzględnienie.

Część zarzutów - wspólnych dla złożonych przez wykonawców odwołań - Izba rozpoznała łącznie – celem niepowtarzania przywołanej argumentacji.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Comarch oraz Odwołującego HP. Na wstępie zauważyć należy, że zasada jawności jest podstawową zasadą systemu zamówień publicznych i doznaje ona ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ustawy Pzp, gdy wykonawca

zastrzegł w ofercie bądź w wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Ponadto pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Dodatkowo można zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego HP oraz Przystępującego Comarch, - w szczególności w niniejszej sprawie - że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nagromadzenie, w jednym dokumencie, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba dała tym samym wiarę wyjaśnieniom ww. wykonawców, że złożone przez nich wyjaśnienia – biorąc pod uwagę specyfikę niniejszej sprawy - stanowią wyjątkowy zbiór informacji dających podstawę do zastrzeżenia całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w tych wyjaśnieniach są na tyle ze sobą powiązane, że ujawnienie informacji z jednej części dokumentu może skutkować ujawnieniem informacji zawartych w innych pozycjach dokumentu/wyjaśnień.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę całokształt informacji, które zostały

przekazane Zamawiającemu w złożonych przez wykonawców wyjaśnieniach można uznać – jak również uwzględniając specyfikę tego zamówienia – iż zostały spełnione przesłanki uzasadniające zastrzeżenie wskazanych tam informacji – jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby całokształt tych informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególnych wykonawców i informacje te jak najbardziej stanowią wartość gospodarczą (t.j. wyjaśnienie złożone w dniach 27 lipca 2015 r. oraz 6/7 sierpnia 2015 r.).

Odnosząc się do nieujawnienia przez Zamawiającego wezwań o wyjaśnienia Przystępującego Comarch oraz Odwołującego HP – na co wskazywał Odwołujący Capgemini - należy zauważyć, że na moment rozprawy, niniejsze informacje – znane były wykonawcom (w tym również Odwołującemu Capgemini). W obu przypadkach, t.j. co do oferty Przystępującego Comarch oraz Odwołującego HP wykonawca znał treść wezwań Zamawiającego wskazując niejednokrotnie, że Zamawiający wzywał wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie stosownych dowodów w niniejszej sprawie.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Comarch i Odwołującego HP na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przedstawione zarzuty i twierdzenia są niezasadne. W pierwszej kolejności, w ocenie Izby nie było podstaw - wobec tak postawionych zarzutów oraz przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji SIWZ - do odrzucania oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie, zaś decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie była niezasadna. W obu wypadkach wobec utajnienia wyjaśnień, Izba nie miała możliwości przedstawienia wprost rozstrzygnięcia na faktach objętych tajemnicą (a tajemnica ta nie została przez Izbę odtajniona, Izba nie nakazała również ujawnienia jej przez Zamawiającego).

W ocenie Izby ww. wykonawcy wykazali na czym polegała oszczędność wskazanych przez nich metod, a w przypadku wyjaśnień Odwołującego HP Zamawiający nadinterpretował wyjaśnienia Odwołującego HP i uczynił to w sposób nie mający oparcia w SIWZ (i tak np. wyjaśnienia Odwołującego HP z dnia 27 lipca 2015 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, str. 4 ostatni akapit). W ocenie Izby nie było podstaw do wyciągania tak daleko idących wniosków, jak przedstawiał to Zamawiający. Izba nie mogąc ujawnić tajemnicy przedsiębiorstwa – wobec zastrzeżenia jej przez wykonawcę – nie mogła wprost zacytować i odnieść się do złożonych wyjaśnień.

Okoliczności podnoszone przez Odwołujących i Przystępujących (co do oferty Odwołującego HP) – a odnoszące się do niewycenienia licencji – w przypadku Odwołującego HP nie stanowiły podstaw odrzucenia i były poza rozstrzygnięciem Zamawiającego.

W obu wypadkach w ocenie Izby – co do oferty Przystępującego Comarch i Odwołującego HP – wykazano w wyjaśnieniach z czego będą pochodzić oszczędności, wykazano źródła tych oszczędności. W przypadku Przystępującego Comarch m. in. w wyjaśnieniach z dnia 7 sierpnia 2015 r., tabela, akapit drugi, ostatni akapit str. 2, str. 5 tabela, str. 6 akapit 2 i 3, wyjaśnienia z dnia 27 lipca 2015 r., str. 2 – tabela, str. 4 – akapit 2, 3 i 4, str. 7 pkt 4 wyjaśnień. W przypadku Odwołującego HP m. in. w wyjaśnieniach z dnia 27 lipca 2015 r., cała str. 5 jak również str. 6, w wyjaśnieniach z dnia 6 sierpnia 2015 r. str. 2-5.

Odnosząc się do oferty Odwołującego HP – Izba odniosła wskazane przez Zamawiającego podstawy faktyczne odrzucenia oferty do podstaw i uregulowań zawartych w SIWZ oraz udzielonych wyjaśnień i stwierdziła, że złożone wyjaśnienia – po dokonanej analizie tych wyjaśnień - nie uprawniały Zamawiającego do wyciągania wniosków, które przedstawiono w podstawie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odnosząc się jeszcze do oferty Odwołującego HP – Zamawiający nie wykazał, aby w wyjaśnieniach pominięto elementy składowe oferty, tym bardziej że Odwołujący HP wykazał powyższe na części niejawnej rozprawy, szczegółowo powołując się na złożone wyjaśnienia i wskazane w nich części składowe.

Zarówno Odwołujący HP i Przystępujący Comarch wykazali z czego wynikało obniżenie ceny, t.j. z szczegółowej metody kalkulacji dokonanej przez obu wykonawców (wskazując m. in. na konkretne części złożonych wyjaśnień – t.j. Przystępujący Comarch m. in. na wyjaśnienia z dnia 27 lipca 2015 r., str. 2 oraz str. 4 złożonych wyjaśnień, w przypadku Odwołującego HP m. in. na wyjaśnienia z dnia 27 lipca 2015 r., str. 5 wyjaśnień).

Odnosząc się do dodatkowych podstaw odrzucenia Odwołującego HP, na które wskazywał Odwołujący Capgemini, w ocenie Izby – należało odmówić Odwołującemu Capgemini w tej części interesu we wniesieniu odwołania. Wskazując na przywołaną argumentację zauważyć należy, że wniesione przez wykonawcę Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie odwołanie nie może rozszerzać interesu Odwołującego Capgemini, są to odrębne odwołania, pomimo połączenia tych spraw, każde z odwołań może być cofnięte, może być również uwzględnione, a w tym przypadku – jak to

miało miejsce w niniejszej sprawie, t.j. co do odrzucenia oferty Odwołującego HP - inni wykonawcy posiadają prawo przystąpienia po stronie Zamawiającego i tym samym bronienia podstaw odrzucenia oferty Odwołującego HP.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wykazano przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Przystępującego Comarch oraz Odwołującego HP kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem obaj wykonawcy zamierzają utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazali, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego Comarch oraz Odwołującego HP. Nie zostało zatem wykazane, że obaj wykonawcy działali z zamiarem eliminacji Odwołujących z rynku.

Odnosząc się do wezwań – zauważyć należy, że Zamawiający wzywał dwukrotnie wykonawców o wyjaśnienia, ale złożone wyjaśnienia w wyniku pierwszego wezwania – w obu przypadkach – wykazywały metody oszczędności, zatem drugie z wezwań nie musiały mieć miejsca, jednak wezwania te nie naruszały interesu obu wykonawców, którzy wywiązali się z nałożonego na nich obowiązku.

Konkludując – orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:

……..