

Sygn. akt: KIO 1955/12

KIO 1956/12

KIO 1961/12

WYROK
z dnia 5 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Justyna Tomkowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jakub Banasiak
Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 września 2012 r.**, dniu **27 września 2012 r.**, dniu **1 października 2012 r.** oraz w dniu **2 października 2012 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **19 września 2012 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **14.09.2012 r.** przez wykonawcę **ComArch Polska S.A., ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** (KIO 1955/12);

B. w dniu **14.09.2012 r.** przez wykonawcę **SMT Software S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław** (KIO 1956/12);

1

C. w dniu **14.09.2012 r.** przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** (KIO 1961/12);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Minister Finansów reprezentowany przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa, wdrożenie i utrzymanie systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi” (znak R/102/11/AP/B/371/A-1/66)

A. w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 przy udziale:

wykonawcy **SMT Software S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

wykonawcy **SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko Biała** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

wykonawcy **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

B. w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1956/12 przy udziale:

wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

wykonawcy **ComArch Polska S.A., ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

2

wykonawcy **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

wykonawcy **SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko Biała** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

C. w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1961/12 przy udziale:

wykonawcy **SMT Software S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

wykonawcy **SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko Biała** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

wykonawcy **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

wykonawcy **ComArch Polska S.A., ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

orzeka:

A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1955/12 i nakazuje Zamawiającemu ujawnienie części oferty wykonawcy Sygnity S.A. w zakresie koncepcji architektury rozwiązania, prezentacji oferowanego rozwiązania oraz specyfikacji prezentacji oferowanego oprogramowania, jak również nakazuje ujawnienie części oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. w zakresie szczegółowej specyfikacji ceny oferty sporządzonej w oparciu o załącznik nr 3 do SIWZ;

3

B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1956/12 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje Zamawiającemu ujawnienie dokumentu opinii bankowej oraz polisy ubezpieczeniowej wykonawcy Comarch Polska S.A. oraz polisy ubezpieczeniowej wykonawcy SKG S.A., jak również nakazuje powtórzenie czynności oceny oferty wykonawcy Sygnity S.A. z uwzględnieniem brzmienia sentencji odwołania rozpoznanego pod sygn. akt KIO 1961/12;

C. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1961/12 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje ujawnienie dokumentu polisy ubezpieczeniowej i opinii bankowej wykonawcy Comarch Polska S.A. oraz dokumentu koncepcji architektury rozwiązania zawartego w ofercie wykonawcy Sygnity S.A., jak również nakazuje dokonanie czynności poprawienia w ofercie wykonawcy Sygnity S.A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oczywistych omyłek rachunkowych w zakresie szczegółowej specyfikacji ceny oferty w złożonym wraz z ofertą dokumencie sporządzonym w oparciu o załącznik nr 3 do SIWZ z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia i w zależności od wyniku tej czynności nakazuje zastosowanie

procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i w konsekwencji nakazuje Zamawiającemu wybroru z powtórzenie czynności oferty najkorzystniejszej uwzględnieniem wyników nakazanych czynności wobec oferty wykonawcy Sygnity S.A;

2. Kosztami postępowania obciąża:

- A** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 obciąża Zamawiającego – Skarb Państwa - Ministra Finansów;
 - B** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1956/12 obciąża Zamawiającego – Skarb Państwa - Ministra Finansów;
 - C** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1961/12 obciąża Zamawiającego – Skarb Państwa - Ministra Finansów
- i nakazuje:

4

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:
- A** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **ComArch Polska S.A, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa (sygn. akt KIO 1955/12);**
 - B** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **SMT Software S.A, ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław (sygn. akt KIO 1956/12);**
 - C** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Asseco Poland S.A, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. akt KIO 1961/12);**
- 2)
- A** dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Finansów na rzecz **ComArch Polska S.A, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - B** dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) przez Zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Finansów na rzecz **SMT Software S.A, ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - C** dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Finansów na rzecz **Asseco Poland S.A, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

5

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 5 października 2012 r. w sprawie KIO 1955/12, KIO 1956/12 oraz KIO 1961/12

Zamawiający – Skarb Państwa – Minister Finansów reprezentowany przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa, wdrożenie i utrzymanie systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi” (znak R/102/11/AP/B/371/A-1/66).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20.01.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 25.01.2012 r. ogłoszenia zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 16-025379.

KIO 1955/12 – odwołanie ComArch Polska S.A.

W dniu 05.09.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny ofert oraz o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.09.2012 r. Przedmiotem zarzutów uczynił następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity S.A. jako niejawną część oferty (zastrzeżonej jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa), tj.:
 - a. wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - b. oświadczeń potwierdzających udostępnienie wiedzy i doświadczenia, wraz z dokumentami i oświadczeniami wymaganymi ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających jakiekolwiek zasoby,

c. koncepcji architektury rozwiązania wraz z tabelą podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania (m.in. oświadczenia potwierdzające, że rozwiązanie zawiera daną cechę, funkcjonalność),

d. prezentacji oferowanego rozwiązania,

e. specyfikacji prezentacji oferowanego oprogramowania,

pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Asseco Poland S.A. jako niejawną część oferty (zastrzeżonej jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa), tj.:

- a. wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- b. oświadczeń potwierdzających udostępnienie wiedzy i doświadczenia, wraz z dokumentami i oświadczeniami wymaganymi ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających jakiekolwiek zasoby,
- c. koncepcji architektury rozwiązania wraz z tabelą podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania (m.in. oświadczenia potwierdzające, że rozwiązanie zawiera daną cechę, funkcjonalność),
- d. szczegółowej specyfikacji ceny oferty,
- e. prezentacji oferowanego rozwiązania,
- f. specyfikacji prezentacji oferowanego oprogramowania,

pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu przez Zamawiającego ofercie Sygnity oraz ofercie Asseco zbyt dużej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu ofert;
4. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej,
5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania, pomimo że Asseco złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

8

-
1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity i Asseco jako niejawnych części ofert tych wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych powyżej w pkt 1.1. i 1.2., pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 2. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Sygnity oraz przyznanie zbyt dużej ilości punktów ofercie Asseco;
 3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 2 Ustawy, poprzez przyznanie ofercie Sygnity oraz ofercie Asseco punktów z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
 4. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania, pomimo że Asseco złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

III. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania,
3. przyznania ofercie Sygnity oraz ofercie Asseco (w przypadku niewykluczenia tego wykonawcy z postępowania) mniejszej ilości punktów, w tym w kryterium Koncepcja architektury rozwiązania nieprzyznania punktów zgodnie z uzasadnieniem odwołania,
4. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert zgodne ze SIWZ,
5. odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez Sygnity i Asseco jako niejawne części ofert tych wykonawców (zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. wskazanych powyżej w pkt 1.1. i 1.2. oraz zawiadomienia Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów/oświadczeń oraz udostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów/oświadczeń.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, iż w dniu 5 września 2012 roku Comarch Polska SA otrzymał „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, w którym Zamawiający informował, iż jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Sygnity. Oferta Odwołującego zajęła 3 miejsce, zaś na miejscu 2 znalazła się oferta Asseco.

Comarch Polska SA po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania stwierdził, iż Zamawiający naruszył przepisy Ustawy. W związku z tym konieczne stało się wniesienie niniejszego odwołania.

9

I. Bezzasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach Sygnity oraz Asseco. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, ponieważ informacje zawarte w zastrzeżonych przez Sygnity i Asseco

częściach ofert nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. W przepisie art. 8 ust. 1 Ustawy ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zatem uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym.

Odnosnie warunku pierwszego (tj. posiadania odpowiedniego charakteru) powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci

ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Sygnity oraz Asseco zastrzeżenie wskazanych oświadczeń i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

1.1. Wykazy usług. Odnosnie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazach usług zrealizowanych przez ww. wykonawców lub zrealizowanych przez podmioty trzecie udostępniające wiedzę i doświadczenie wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, że zawarte w tych wykazach informacje nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy inne posiadające wartość gospodarczą. Ponadto można je uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

Odnosnie charakteru informacji składających się na wykaz wykonanych zamówień

Odwołujący pragnie wskazać na ugruntowane w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone choćby w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku o sygn. akt: KIO 322/11: „Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz PKN Orlen oraz P4 Sp. z o.o. nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenie ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeżanych

11

stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.”

W ocenie Odwołującego charakter wymaganych w ogłoszeniu danych, jakie należy podać w wykazie i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie ma walor na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oczywistym jest, iż właśnie charakter informacji zawartych w Wykazach usług uniemożliwia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa - nie posiadają bowiem charakteru handlowego czy organizacyjnego takie dane jak wartość zamówienia, czy też data jego realizacji. Warto też podkreślić, iż dane zawarte w Wykazach usług wynikają z warunków udziału określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ - tym samym w tym zakresie nie ma mowy o spełnianiu ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd taki zaprezentował także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 listopada 2008 r. (sygn. akt: V Ca 2037/08, w którym stwierdził, iż „informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji, wynikają pośrednio z warunku określonego przez zamawiającego. A jeśli tak, to wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufności, a z kolei zamawiający - obowiązany do stwierdzenia tegoż - nie mógł ich nie ujawniać (art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).”

Stanowisko zgodne z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała już wielokrotnie, można wręcz mówić o ugruntowanym już orzecznictwie w tym zakresie. Odwołujący wskazuje kilka tylko wyroków:

- wyrok o sygn. akt KIO/UZP 371/10: „Izba ustaliła, iż załączony przez wybranego wykonawcę „wykaz usług”, zawarte w nim informacje na temat przedmiotu usługi, daty wykonania a w szczególności wartości brutto usług i nazwy odbiorców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż łącznie nie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zastrzeżone informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa gdyż zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a ponadto przedsiębiorca nie podjął niezbędnych działań w celu zapewnienia ich poufności. W ocenie Izby wyklucza się objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.”
- wyrok o sygn. akt KIO 1730/11: Izba oceniła, że informacje techniczne zawarte w referencjach nie są na tyle szczegółowe, aby ujawniały dane, do których osoby postronne nie powinny mieć dostępu. W tym, kontekście samo oświadczenie (...), że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za niewystarczające”.
- wyrok o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11: „Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za

12

prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeżenie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie ujawnienie nazwy podmiotu lub terminu

wykonania zamówienia lub też innych okoliczności."

- wyrok o sygn. akt KIO 331/12 i KIO 333/12: „Ponadto co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda Zamawiający, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty. Dodatkowo nie można zgodzić się także ze stanowiskiem (reprezentowanym przez Przystępującego Sygnity S. A.), że wykaz sam w sobie, poprzez w jednym informacji, tajemnicę nagromadzenie, zestawieniu może stanowić przedsiębiorstwa. O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie."

Należy w szczególności zwrócić uwagę na jawność informacji dotyczących usług/dostaw zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych. Informacje na ich temat są jawne zarówno w Polsce jak i w Unii Europejskiej, jak i większości państw na świecie. Zgodnie z art. 139 ust. 3 Ustawy umowy o zamówienia publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Nie sposób uznać, aby informacje w zakresie wykazywanych dostaw i usług na rzecz podmiotów publicznych, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje takie obejmujące nazwę zamawiającego, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, zakres zamówienia, termin realizacji oraz cenę brutto - nie mają charakteru informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa i są dostępne publicznie. Potwierdziła to wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza:

- wyrok o sygn. akt: KIO/657/11: „Izba wskazuje jedynie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie wypełniały przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane w nich okoliczności dotyczą, jak trafnie podejrzewał odwołujący, zamówienia realizowanego przez tego wykonawcę na rzecz zamawiającego. Zamówienie to zostało zidentyfikowane przez odwołującego w treści odwołania na podstawie informacji powszechnie dostępnych z tytułu dostępu do informacji publicznej o zamówieniu realizowanym w trybie zamówienia publicznego."

13

- wyrok o sygn. akt KIO 1730/11: „Nie można zastrzegać we wnioskach jako tajemnicy informacji powszechnie znanych, o których podmioty je wykonujące informują na swoich stronach internetowych, wykonanych dla podmiotów publicznych [finansowanych ze środków publicznych]."

- wyrok o sygn. akt KIO 657/11: „Izba wskazuje jedynie, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie wypełniały przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane w nich okoliczności dotyczą, jak trafnie podejrzewał odwołujący, zamówienia realizowanego przez tego wykonawcę na rzecz zamawiającego. Zamówienie to zostało zidentyfikowane przez odwołującego w treści odwołania na podstawie informacji powszechnie dostępnych z tytułu dostępu do informacji publicznej o zamówieniu realizowanym w trybie zamówienia publicznego."

- wyrok o sygn. akt KIO 1438/11: „w zakresie informacji dotyczących tych zamówień nie zachowano wszystkich trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk. Należy bowiem wskazać, że zostały ujawnione do wiadomości publicznej dane dotyczące niniejszych zamówień, tzn. tak stron, wartości zamówienia, terminu wykonania, jak i szczegółowego przedmiotu zamówienia, czy też wzoru umowy. Niniejsze dane są powszechnie dostępne i każdy zainteresowany może je uzyskać na stronach internetowych podmiotu zamawiającego, jak i w publikatorze ogłoszeń o udzieleniu zamówienia."

- wyrok KIO sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: „Co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie, jakiego żądał zamawiający obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usług, terminu realizacji czy numeru strony, na której zamieszczono referencje (załącznik nr 2 do instrukcji) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba stwierdza, że informacje ujęte w wykazach usług, które dotyczą w szczególności realizacji usług polegających na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego z zakresu ochrony zdrowia czy na rzecz jednostek sektora finansów publicznych, co do zasady są informacjami jawnymi, gdyż większość z nich została udzielona po przeprowadzeniu jawnych postępowań

o zamówienie publiczne, a odbiorcami są jednostki zobowiązane do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. (...) Wobec powyższego, mając na względzie fundamentalną zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych (...) wykazów dostaw i usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał".

- wyrok KIO sygn. akt: KIO 776/12: „Co do oferty złożonej przez Przystępującego Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie jej w zakresie informacji o doświadczeniu, na które wykonawca ten powołuje się, a które to doświadczenie zostało przez tego wykonawcę

14

uzyskane przy realizacji zadań na rzecz podmiotów publicznych. Informacje o realizacji tych usług mogą być z łatwością pozyskane przez każdego w drodze przykładowo powszechnie dostępnego źródła informacji jakim jest internet."

W świetle powyższego jak najbardziej słuszne jest stanowisko Odwołującego, iż co najmniej usługi wykonane na rzecz zamawiających publicznych, zobowiązanych do stosowania regulacji dotyczących dostępu do informacji publicznej - z samej swojej istoty nie realizują przesłanek art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w stosunku do nich nie jest realizowana przesłanka braku ujawnienia do wiadomości publicznej, jest rzeczą oczywistą, iż wszystkie umowy zawarte z podmiotami publicznymi w trybie Prawa zamówień publicznych są informacją publiczną - i każdy ma do nich dostęp. Co więcej - informacje zawarte w tych umowach są publikowane w Internecie, na stronach Biuletynu Informacji Publicznej danego zamawiającego.

1.2. Oświadczenia potwierdzające udostępnienie wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami formalnymi wymaganymi przez Zamawiającego.

Także oświadczenia potwierdzające udostępnienie wiedzy i doświadczenia oraz dokumenty i oświadczenia wymaganych ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających jakiegokolwiek zasoby nie mogą zostać skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie oświadczenia/dokumenty nie zawierają bowiem żadnych informacji, które można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można obejmować tajemnicą przedsiębiorstwa oświadczenia podmiotów trzecich o użyczeniu zasobów oraz dokumentów formalnych tych podmiotów. Niewątpliwie objęcie tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa jest nadużyciem przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy - gdyż takie informacje w ogóle nie mogą ze swej istoty spełniać przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa - a to z tego względu, iż są one jawne i powszechnie dostępne, zatem jedna z trzech w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z mocy przepisów prawa nie może w ogóle być spełniona odnośnie tych dokumentów. Co więcej - Odwołujący uważa, że takie dokumenty formalne zostały w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których podmioty użyczające zasoby, będące firmami z rynku informatycznego, umieszczone w częściach jawnych ofert czy wniosków - tym samym same te podmioty nie nadały im przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa i nie podjęły żadnych kroków zmierzających ich do zapewnienia im braku dostępu osób trzecich. Tym samym odmowa przez Zamawiającego udostępnienia tych dokumentów jest sprzeczna z Ustawą.

Zdaniem Odwołującego zobowiązania do udostępnienia zasobów składane w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy nie mogą zostać skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż treść takiego dokumentu w ogóle nie spełnia przesłanki ustawowej co charakteru informacji,

15

która może być potraktowana jako tajemnica przedsiębiorstwa. Otóż informacja taka musi mieć charakter wskazany w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. musi być informacją technologiczną, handlową czy organizacyjną. Tymczasem takie zobowiązania mają treść określoną przepisem Ustawy i nie zawierają żadnej innej treści. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 776/12: „W tym zakresie Izba uznała, że zasadnym było także nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego dotyczącego wykonania wykazanych usług, które samodzielnie wykonawca Infovide-Matrix odtajnił. Treść tego zobowiązania nie zawiera żadnych szczególnych informacji, które

stanowiłyby wypełnienie przesłanek świadczących o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zobowiązanie zawiera standardową treść wynikającą z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wyjaśnienia udzielone przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego także w tym zakresie nie zawierają żadnego szczególnego uzasadnienia pozwalającego na stwierdzenie, że powyższa informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."

W szczególności należy zwrócić uwagę na zupełną bezzasadność utajnienia informacji zawartych w dokumentach formalnych wymaganych przez Zamawiającego, które można uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Zamawiający zgodnie z pkt 12 Rozdziału IX SIWZ wymagał przedłożenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do wykonania zamówienia dokumentów wymienionych w ust. 7-11 Rozdziału IX, tj.: aktualnego odpis z właściwego rejestru, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Informacje zawarte w w/w odpisach z rejestrów, zaświadczeniach urzędowych i informacji nie mogą być uznane za informacje mogące być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odnosnie aktualnego odpisu z właściwego rejestru stwierdzono tak w wyroku Sądu Najwyższego z 5 dnia września 2001 r. - I CKN 1159/00 (OSNC 2002/5/67) - „zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, rejestr jest jawny. Przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą

16

informacji, które osoba zainteresowana może uzyskiwać w zwykłej i dozwolonej drodze." oraz w wyroku KIO 2260/11: „Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty. Podobnie, zdaniem Izby tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia."

Pogląd, iż informacje zawarte w w/w zaświadczeniach urzędowych nie mogą być uznane za informacje mogące być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wynika z faktu, iż brak jest łącznego spełnienia ustawowych przesłanek - tj. łącznego spełnienia następujących przesłanek:

1. posiadania przynajmniej jednej z przesłanek: technicznej, technologicznej, handlowej lub organizacyjnej przedsiębiorstwa,
2. braku uprzedniego ujawnienia do wiadomości publicznej,
3. podjęcia w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Z powyższych przesłanek - wyłącznie przesłanka trzecia może zostać uznana za spełnioną, gdyż być może wykonawcy odpowiednie kroki podjęli. Jednakże nie można uznać, aby odpis z Krajowego Rejestru Sądowego czy zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne może mieć jakąkolwiek wartość techniczną, technologiczną, handlową czy organizacyjną. Taki dokument - wobec faktu bycia dokumentem urzędowym - jedynie potwierdza istnienie pewnego stanu faktycznego, nie mając cech w/w informacji. W/w dokumenty urzędowe nie spełniają także przesłanki drugiej - gdyż z jednej strony są one jawne, każdy ma do nich dostęp. Zaś z drugiej strony - dokumenty te już uprzednio wielokrotnie były zamieszczane w częściach jawnych wniosków czy ofert w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu warto wskazać na stanowisko Sądu Najwyższego w zakresie informacji dostępnych w zwykłej drodze: „Przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskiwać w zwykłej i dozwolonej drodze." (wyrok SN z 5 dnia września 2001 r., I CKN 1159/00 (OSNC

2002/5/67), czy też: „informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną” (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00 (OSNC 2001, nr 4, poz. 59).

1.3. Koncepcja architektury rozwiązania wraz z tabelą podkryteria oceny kryterium:
Koncepcja architektury rozwiązania (m.in. oświadczenia potwierdzające, że rozwiązanie zawiera daną cechę, funkcjonalność).

17

Koncepcja architektury rozwiązania zawiera oferowany przez wykonawców opis przedmiotu zamówienia, oparty na istniejącym i wdrażanym już wielokrotnie systemie komputerowym. Należy tutaj wskazać, iż przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany bardzo szczegółowo i dokładnie, jasno i precyzyjnie. Opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w SIWZ, jest powszechnie dostępny. Z kolei określony w Koncepcji architektury rozwiązania przedmiot zamówienia oferowany przez Asseco i Sygnity musiał spełniać właśnie te wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Zatem nie można uznać, aby dokonany przez wykonawców opis oferowanego rozwiązania zawierał tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro z jednej strony opiera się o gotowe, wdrażane poprzednio (i to w administracji podatkowej, a zatem u klientów publicznych) rozwiązanie, a z drugiej strony - skoro jest tak naprawdę powtórzeniem opisu przedmiotu zamówienia. Skoro zatem oferowane jest w tym postępowaniu standardowe oprogramowanie (typu COST), to nie ma żadnych podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa tej części oferty, która zawiera opis oferowanego przedmiotu zamówienia. Nie bez znaczenia jest też fakt, że Zamawiający określił w SIWZ (jako załącznik 6 do SIWZ) Wzór dokumentu „Koncepcja architektury rozwiązania”. Zatem wykonawcy powinni tylko wypełnić ten wzór. Co więcej w przedmiotowym postępowaniu oferowane oprogramowanie i sprzęt mają charakter standardowy, a nie dedykowany - zatem załącznik musiał być wypełniony przez gotowe, istniejące na rynku i powszechnie znane oprogramowanie i sprzęt. A skoro posiada taką treść - nie spełnia ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tak też wielokrotnie orzekała Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo:

- w wyroku KIO 2817/10: „W tej sytuacji nie budzącym wątpliwości jest fakt, iż parametry techniczne standardowego sprzętu są parametrami powszechnie dostępnymi, publikowanymi przez ich producentów w ulotkach oraz na stronach internetowych. Tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są podawane do wiadomości publicznej i nie posiadają w przedmiotowym przypadku wartości gospodarczej, technicznej czy też technologicznej.”
- w wyroku KIO 1172/11: „Izba ustaliła, iż brak jest potwierdzenia dla tezy, iż w istocie zaproponowany zestaw urządzeń i oprogramowania pozwala na ustalenie, jak realizowane będzie zamówienie, jak również aby łącznie całej Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa, niezależnie od tego czy poszczególne zawarte tam informacje samodzielnie spełniają przesłanki w tym przedmiocie. (...) Sama wiedza o tym, jakie produkty spełniają wymagania SIWZ, jeśli równocześnie nie wiąże się to z opracowywaniem produktów specjalnie na potrzeby danego postępowania, lecz bazuje na standardowych, istniejących i dostępnych na rynku nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa

18

-
- w wyroku KIO 2793/10: „Izba wskazuje, iż informacje opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez zamawiającego w SIWZ a więc jawne, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym gdzie przedmiot zamówienia został precyzyjnie opisany przez zamawiającego a zaoferowane produkty nie powstały na potrzeby tego postępowania o zamówienie publiczne nie stanowią "know-how" wykonawcy i jako takie nie mogą być utajnione informacje na ich temat nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.”

Dodatkowo wskazać należy, iż Tabela podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania zawarta w Koncepcji architektury rozwiązania ze swej istoty nie

może zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Załącznik 5 do SIWZ określał szczegółowo w tabeli 1 podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania kryteria przyznania dodatkowych punktów za spełnianie wskazanych podkryteriów. Między innymi należało wykazać, gdzie wdrożenie oferowanego rozwiązania zostało dokonane oraz przedstawić dokumenty podpisane przez wskazane osoby. Przy czym podkreślić należy, iż wdrożenie, za które dostawało się dodatkowe punkty, miało być wdrożenie na rzecz administracji podatkowej - a zatem podmiotu publicznego, zobowiązanego do stosowania regulacji dotyczących dostępu do informacji publicznej.

Odwolujący podkreśla także, że przedmiotowy dokument - „Koncepcja architektury rozwiązania” będzie załącznikiem do umowy (por. § 22 ust. 10 Umowy), a zatem będzie dokumentem jawnym. Sygnity i Asseco zgodzili się z taką treścią SIWZ, znany był im ten zapis - zatem składając ofertę wykonawcy ci mieli pełną wiedzę, że przedmiotowy dokument będzie częścią umowy, do której dostęp zgodnie z zasadami dostępu do informacji publicznej będzie powszechny. Nie może z kolei tak być, że dany dokument jest tajny na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie - jest jawny po podpisaniu umowy.

Z powyższego wynika wprost, iż Zamawiający nie dokonał należytej oceny objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych części ofert i zupełnie bezpodstawnie odmówił Odwołującemu dostępu do nich.

1.4. Szczegółowa specyfikacja ceny oferty. Wszystkie argumenty wskazane w pkt 1.3. powyżej odnoszą się także do dokumentu „Szczegółowa specyfikacja ceny oferty”. Po pierwsze - wzór tego dokumentu został określony przez Zamawiającego (Załącznik 3 do SIWZ), a wykonawcy mieli wyłącznie wypełnić wzór. Po drugie zaś - dokument ten nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby choć potencjalnie spełniać ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności informacje w nim zawarte nie są informacjami ani handlowymi, ani technologicznymi.

19

Pogląd powyższy potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1072/11: „Nie można również uznać za uzasadnione zastrzeżenie formularza cenowego przez Asseco Poland S.A. i NetLine Group Sp. z o.o. Wykonawcy Ci nie wykazali, jaką wartość handlową przedstawia zestawienie jednostkowych cen urządzeń i usług składających się na przedmiot zamówienia, a stwierdzenie przez Asseco Poland S.A., że ich ujawnienie może prowadzić do poznania polityki cenowej wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.”

1.5. Prezentacja oferowanego rozwiązania oraz specyfikacja prezentacji oferowanego oprogramowania. Argumentacja wskazana w pkt 1.3. odnośnie oferowania gotowego rozwiązania przez Asseco i Sygnity, i to rozwiązania funkcjonującego w publicznej administracji podatkowej oraz wywodzone z tego skutki, mają zastosowanie także w przypadku prezentacji i objęcia jej tajemnicą przedsiębiorstwa. Prezentacja zgodnie z postanowieniami Pkt 1 „Cel przeprowadzenia Prezentacji” Załącznika 7 do SIWZ miała być przeprowadzona w celu oceny wykonalności Koncepcji architektury rozwiązania. Skoro sama Koncepcja architektury rozwiązania nie może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, to nie może także objęta nią być prezentacja tejże Koncepcji, a w szczególności Specyfikacja Prezentacji oprogramowania zgodna ze wzorem z Załącznika 7 do SIWZ - „Prezentacja gotowego oprogramowania”. Zawiera ona ważne informacje, takie jak: oprogramowanie użyte do realizacji poszczególnych przypadków użycia, koncepcja realizacji przypadków użycia oraz licencji.

1.6. Ciężar dowodu. Należy stwierdzić, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez Sygnity oraz Asseco w/w oświadczeń/dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była

konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji - poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym Odwołującemu) weryfikacji poprawności ofert w/w wykonawców pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zgodności z SIWZ czy Ustawą. Takie działanie nie powinno znajdować aprobaty ani Zamawiającego, ani Krajowej Izby Odwoławczej. Kwestie takie były już badane przez KIO - warto zacytować chociażby fragment uzasadnienia orzeczenia o sygn. akt: KIO

20

2040/10: „Izba stoi na stanowisku, iż działanie przystępującego polegające na utajnieniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego.”

Za uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1072/11, zwrócić należy także uwagę na to, że „przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.”

Niezależnie zatem od motywów, jakimi kierowały się Sygnity i Asseco utajnając część swoich ofert, należy wskazać, iż w przypadku w/w części ofert nie spełniły się ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. A działania wykonawców miały na celu albo utrudnienie konkurencji, albo też „wolę nieupubliczniania”. Śaden jednak z tych motywów nie jest wystarczający, aby dopuścić do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejną kwestią, którą należy podnieść w tym zakresie jest kwestia ciężaru dowodu. Otóż zdaniem Odwołującego ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa w swojej ofercie zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia, jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W sytuacji takiej jak niniejsza Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakaś część oferty została bezzasadnie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając treści tej części oferty - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił powyżej.

Odnosnie ciężaru dowodu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła przykładowo: - w wyroku z dnia 8 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2079/10: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.”

21

- w wyroku z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2294/11: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał na podmiocie, który z tego działania wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a więc na przystępującym, a w konsekwencji także na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez przystępującego.

- w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępujących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przystępujących, że odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na

bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału”.

- w wyroku z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.”

- w wyroku z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12: „Pokreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywał on na wykonawcach, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego.”

- w wyroku z dnia 20 czerwca 2011 roku, sygn. akt: KIO 1172/11: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro bowiem wykonawca dokonuje takiego zastrzeżenia i wymaga, aby zamawiający je respektował, musi równocześnie wykazać, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki dla przyjęcia, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji.”

1.7. Wyjątek od zasady jawności postępowania - zakaz wykładni rozszerzającej. Na argumentacji dotyczącej bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy zakończenie przedsiębiorstwa Odwołujący wskazuje, iż rozstrzygając przedmiotową kwestię należy wziąć

22

pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś wyjątkiem od tej zasady - zastrzeganie części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak też wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, jak choćby:

- w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 338/09, „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.”

- w wyroku o sygn. akt: KIO 2294/11: Jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można domniemywać, albowiem jego przesłanki należy rozpatrywać ściśle”.

- w wyroku o sygn. akt: KIO 776/12: „W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przywołany przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odczytując tę zasadę łącznie z dyspozycją art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Na marginesie Izba zwraca uwagę na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacja z postępowania ma charakter jawny. Jej utajnienie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) musi mieć charakter wyjątkowy, choćby wynikający z tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Dokumenty przedkładane przez wykonawców w postępowaniu, w szczególności na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, także powinny być z zasady jawne. Jeśli wykonawca zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w tym zakresie działać z należytą starannością wyłącznie w celu ochrony swoich informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych, czy posiadających wartość gospodarczą, które nie zostały w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich konieczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nie tylko w celu nieudostępniania tych informacji innym wykonawcom ubiegającym się o dane zamówienie w celu ograniczenia możliwości weryfikacji, w trybie środków ochrony prawnej, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego”

- w wyroku o sygn. akt: KIO 1016/12: „Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych działań w

celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. ”

- w wyroku o sygn. akt: KIO 457/12: „Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.”

- w wyroku o sygn. akt: KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego, (podobnie wyrok KIO 1409/12 i KIO 1428/12).

Skoro zatem objęcie części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde takie odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część swojej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić całą ofertę pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

II. Przyznanie zbyt dużej ilości punktów ofertom Sygnity i Asseco. Zamawiający w piśmie z dnia 5 września 2012 roku wskazał, iż zarówno Sygnity jak i Asseco w kryterium Koncepcja architektury rozwiązania otrzymały maksymalną ilość punktów, tj. po 30 punktów.

II.1. Wdrożenia w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej. Załącznik 5 do SIWZ w Tabeli 1 Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania wyraźnie

wskazało, za spełnienie jakich wymagań będą przyznawane dodatkowe punkty. I tak zgodnie z opisem w pozycjach 5c, 6c, 7b i 8 a - c Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty za wykazanie wdrożeń (jednego lub więcej) zadeklarowanych gotowych komponentów/rozwiązania klasy ITS/mechanizmów integracji systemów SSP w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej.

Zamawiający w Załączniku 8 do OPZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w słowniku pojęć określił, iż przez Administrację Podatkową należy rozumieć „Część administracji skarbowej zajmująca się wymiarem i poborem: PIT, CIT, VAT od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym UE, SD, PCC oraz niektórych niepodatkowych należności budżetowych (o znikomym znaczeniu fiskalnym).”

Z kolei w umowie (Załącznik 10 do SIWZ) w § 1 „Definicje” w ust. 1 „Administracja podatkowa” wskazano, iż jest to „część administracji skarbowej, zajmująca się wymiarem i poborem podatku dochodowego od osób fizycznych, podatku dochodowego od osób prawnych, podatku od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym Unii Europejskiej,

podatku od spadków i darowizn, podatku od czynności cywilnoprawnych oraz niepodatkowych należności budżetowych."

Określenie takiej a nie innej definicji Administracji podatkowej przez Zamawiającego jest niezwykle istotne. Otóż z jednej strony Zamawiający zastosował tryb przetargu nieograniczonego, w którym udział wziąć mogła szeroka gama wykonawców (nie zastosowano trybu 2-etapowego, ze wstępną pre-kwalifikacją), z drugiej zaś strony Zamawiający poprzez takie, a nie inne ukształtowanie kryteriów oceny ofert (rezygnacja z ceny jako jedynego kryterium) preferował gotowe rozwiązania informatyczne, które mogły się wykazać uprzednim odpowiednim wdrożeniem w państwie o zbliżonym systemie gospodarczym (demokratycznym) oraz podobnie rozwiniętym gospodarczo (OECD oraz Unia Europejska). Istotne jest, iż Zamawiający zgodnie z SIWZ miał przyznawać dodatkowe punkty za wdrożenie na poziomie administracji podatkowej państwa (a nie administracji podatkowej niższego szczebla: gminy, województwa, landu, czy stanu) i to administracji podatkowej, która zajmuje się poborem i wymiarem takich samych podatków jak w Polsce (np. podatek od VAT od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym UE, a nie przykładowo podatek obrotowy na poziomie stanu). Zamawiający celowo połączył te wszystkie wymagania, aby otrzymać rozwiązanie które z dużym prawdopodobieństwem możliwe będzie do wdrożenia w założonym czasie. Pamiętać należy, że chodzi o oprogramowanie gotowe, czyli takie, które na wdrożeniu konfiguruje się do parametrów w danym państwie (np. pobieranie podatków z 16 województw a nie jednego, konsolidacja podatków dla poziomu kraju, parametry i sposób wymiaru podatku VAT, itd.).

Tym samym - aby uzyskać punkty określone w pozycjach 5c, 6c, 7b i 8 a Załącznika 5 do SIWZ w Tabeli 1 Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania

25

należało się wykazać wdrożeniami w administracji podatkowej kraju OECD lub administracji podatkowej kraju Unii Europejskiej, która pobiera wszystkie w/w podatki (CIT, PIT, VAT od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym UE, SD, PCC, niepodatkowe należności budżetowe). Skoro zaś Sygnity i Asseco otrzymały maksymalną ilość punktów w tym kryterium, można by wnioskować, że wykazały się takimi wdrożeniami.

Tymczasem według najlepszej wiedzy Odwołującego wdrożenia, które Sygnity i Asseco wskazały w pozycjach 5c, 6c, 7b i 8 a, nie spełniają w/w warunków SIWZ, uzasadniających przyznanie dodatkowych punktów. Otóż wykonawcy ci wykazali w tych pozycjach wdrożenia w poszczególnych stanach USA, jednakże nie było to wdrożenie na rzecz administracji podatkowej USA (Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej), ale było to wdrożenia na rzecz stanowych urzędów (nie wiadomo nawet, czy urzędów w ogóle należących do administracji podatkowej). Niewątpliwie jednak żaden stan USA nie jest ani krajem OECD, ani też krajem Unii Europejskiej. Obecnie w skład OECD wchodzi następujące kraje: Austria, Belgia, Dania, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Islandia, Kanada, Luksemburg, Niemcy, Norwegia, Portugalia, Stany Zjednoczone, Szwajcaria, Szwecja, Turcja, Wielka Brytania, Włochy, Japonia, Polska, Finlandia, Korea Południowa, Australia, Słowacja, Nowa Zelandia, Chile, Meksyk, Słowenia, Czechy, Izrael, Węgry, Estonia. OECD została powołana w 1961 roku na mocy umowy międzynarodowej - tzw. Konwencji Paryskiej podpisanej w 1960 roku (Konwencja o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, wraz z Protokołami dodatkowymi nr 1 i 2 do tej konwencji, stanowiącej jej integralną część, sporządzone w Paryżu dnia 14 grudnia 1960 roku; Dz. U. z 1998r, Nr 76, poz. 490). O ile Stany Zjednoczone były państwem założycielem, to żaden ze stanów Stanów Zjednoczonych do tej konwencji nie przystąpił i nie jest członkiem OECD. Oczywiście jest też, że żaden ze stanów USA nie jest krajem Unii Europejskiej.

Dodatkowo należy wskazać, iż obecnie w Stanach Zjednoczonych w ogóle nie obowiązuje podatek VAT (value-added tax) - ani jako podatek federalny, ani stanowy. Zatem administracja podatkowa Stanów Zjednoczonych jako kraju OECD w ogóle nie zajmuje się poborem i wymiarem podatku VAT. Istotna jest także okoliczność, iż także w poszczególnych stanach Stanów Zjednoczonych nie jest pobierany podatek VAT. Zatem, w ocenie Odwołującego, także ta przesłanka z definicji Administracji Podatkowej nie jest spełniona.

Jako że są to informacje powszechnie znane, nie jest konieczne przedstawianie w tym zakresie żadnych dowodów.

Skoro zatem w pozycjach 5c, 6c, 7b i 8 a Sygnity i Asseco wskazały wdrożenia dokonane w poszczególnych stanach Stanów Zjednoczonych, a wdrożenie takie nie spełnia wymagań SIWZ, to wykonawcy ci nie powinni w tym zakresie otrzymać punktów.

II.2. Wykorzystanie rozwiązania klasy ITS - Podkryterium pkt 7 Kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania.

W zakresie przyznania dodatkowych punktów do proponowanej przez Asseco koncepcji architektury Zamawiający niesłusznie przyznał punkty ofercie Asseco za przedstawienie dokumentu potwierdzającego wdrożenie zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej w odniesieniu do punktu 7b wykorzystanie rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie: co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich, co najmniej 5 mln kont podatników, umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5 000 urzędników. Zdaniem Odwołującego Asseco nie przedstawiło w ofercie udokumentowanego przypadku wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w tym zakresie, ponieważ ani Asseco nie posiada takiego dokumentu, który mógłby to potwierdzić, ani też wskazane w tym punkcie rozwiązanie nie zostało wdrożone zgodnie z w/w wymaganiami SIWZ. Dodatkowo należy stwierdzić, że Asseco mogła tym samym poświadczyc nieprawdę (por. pkt III uzasadnienia odwołania).

Należy zaznaczyć, że potwierdzenia wdrożeń rozwiązań, za które Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty, powinny dotyczyć rozwiązań, które są oferowane w ofercie i będą następco wdrażane w ramach umowy z Zamawiającym.

Zdaniem Odwołującego Asseco w celu uzyskania punktów zgodnie z punktem 7b wskazało na rozwiązanie klasy ITS albo oparte o Oracle E-Business Suite, albo oparte o Oracle ETPM.

Jeżeli Asseco przedstawiło przypadek wdrożenia rozwiązania klasy ITS opartego o Oracle E-Business Suite, to sposób licencjonowania i liczba licencji oprogramowania powinna być zgodna z wymaganiami SIWZ (zał. 14 do OPZ - specyfikacja licencji na zamawiane systemy gotowe oraz przeniesienia praw autorskich). W opinii Odwołującego, liczba licencji, a zatem również sposób licencjonowania przedstawiony przez Asseco, jest niezgodny z SIWZ, ponieważ oferowana przez Asseco liczba licencji nie jest w pełni nieograniczona, tak jak zostało to przedstawione w wymaganiu WYM.LIC.I. jeżeli Asseco przedstawiło dokument potwierdzający wdrożenie rozwiązania klasy ITS opartego o rozwiązanie Oracle ETPM, należy stwierdzić, że dokumenty przedstawione przez Asseco nie potwierdzają warunku określonego w pkt 7b.

Wyżej wymienione dokumenty - potwierdzenia przypadków wdrożenia oraz lista licencji, powinna zostać przedstawiona w części oferty Asseco dotyczącej koncepcji architektury rozwiązania.

II.3. Możliwość zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych - Podkryterium pkt 2 Kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania

W podkryterium 2 - Możliwość zautomatyzowania budowy formularzy na podstawie metadanych podatkowych w kryterium Koncepcja architektury rozwiązania, Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty za:

- a. Zaoferowanie przez Wykonawcę dostarczenia danej funkcjonalności.
- b. Wskazanie w Koncepcji architektury rozwiązania planowanych do wykorzystania technologii umożliwiających realizację kryterium
- c. Przedstawienie szczegółowego opisu oferowanego rozwiązania, przedstawiającego zakres i sposób wykorzystywanych technologii i realizacji kryterium.
- d. Wskazanie i opisanie przykładu wdrożonego rozwiązania w oparciu o technologie przedstawione powyżej.

Zgodnie z najlepszą wiedzą Wykonawcy, oferta Asseco nie powinna otrzymać dodatkowych punktów za spełnienie warunków określonych w tym podkryterium, gdyż zaoferowana funkcjonalność zapewniająca możliwość zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie meta danych podatkowych nie odpowiada funkcjonalności zdefiniowanej w SIWZ, ponieważ taka funkcjonalność powinna dotyczyć zarówno formularzy podatkowych dostępnych na portalu podatkowym, jak i w back-office, natomiast zaoferowana przez Asseco funkcjonalność oparta jest o oprogramowanie Oracle ETPM, które

samodzielnie nie zapewnia możliwości budowy formularzy podatkowych udostępnianych na portalu internetowym podatnika.

II.4. Wskazanie planowanych do wykorzystania powszechnie uznanych technologii umożliwiających realizację kryterium - Podkryterium pkt 2d) i pkt 3b) Kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania.

W pozycji b0 podkryterium 2, pozycji d) podkryterium 3 oraz pozycji b) podkryterium 4 w kryterium Koncepcja architektury rozwiązania, Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty za wskazanie planowanych do wykorzystania powszechnie uznanych technologii umożliwiających realizację kryterium.

Według najlepszej wiedzy Wykonawcy, w ofertach Sygnity i Asseco brak jest wskazania powszechnie uznanych technologii umożliwiających realizację kryterium, przez co Zamawiający nie miał podstaw do przyznania dodatkowych punktów za spełnienie w/w pozycji podkryteriów.

III. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania.

Jak wskazano w pkt II.2. powyżej Asseco w swojej ofercie wskazało nieprawdziwe informacje. Informacje te są nieprawdziwe, gdyż w Podkryterium pkt 7 w Kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania Asseco wskazało w swojej ofercie rozwiązanie, które nie spełnia wymogów SIWZ. Zatem jest to informacja nieprawdziwa. Z kolei wskazanie to miało

28

na celu uzyskanie przez Asseco większej ilości punktów - zatem miało ono wpływ na wynik postępowania. Tym samym wobec Asseco spełniły się przesłanki Ustawy uzasadniające konieczność wykluczenia z postępowania.

IV. Dopuszczalność odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej, a w konsekwencji - zaniechania wyboru oferty Comarch Polska SA jako najkorzystniejszej - Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów Ustawy - oferta Comarch Polska SA zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący został poinformowany o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 5 września 2012 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie.

KIO 1956/12 – odwołanie SMT Software S.A

W dniu 05.09.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny ofert oraz o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.09.2012 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że wniósł wadium do upływu składania ofert,
- art. 24 ust. 2 pkt 4, względnie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania. Wykonawcy Sygnity S.A. z uwagi na to, że polisa OC przedstawiona w ofercie nie odpowiada wymaganiom SIWZ,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sygnity S.A. pomimo, że jej treść nie odpowiada wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, względnie zawiera błąd w obliczeniu ceny,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sygnity pomimo, że została podpisana przez osobę nieuprawnioną,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., oraz SKG S.A., pomimo, że ich treść nie odpowiada wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

29

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Wykonawcy Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A. w kryterium Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania,
- art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. poprzez uznanie za skuteczne dokonanych zastrzeżeń zawartych w ofertach wykonawców Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., SKG S.A. dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo, że w znacznej części nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa, a przez to - uniemożliwienie weryfikacji ofert w przedmiotowym postępowaniu, co w konsekwencji stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wykluczenia Odwołującego i nakazanie unieważnienia odrzucenia jego oferty i dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Sygnity S.A.,
- nakazanie odrzucenia ofert Wykonawców: Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., SKG S.A.
- nakazanie odtajnienia ofert Wykonawców: Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., SKG S.A. a w sytuacji, gdyby odtajnienie nie było możliwe - nakazanie unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 5 września 2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o zakończeniu czynności badania i oceny ofert, w tym w zakresie dotyczącym części ofert objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Poinformował o zakresie, w jakim nie odtajnił ofert wykonawców :

- Comarch Polska S.A.
- Sygnity S.A.,
- Asseco Poland S.A.,
- SK.G S.A.

Ponadto, w tym samym dniu, poinformował osobnym pismem o wynikach postępowania, wskazując na wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na nie wniesienie wadium w sposób określony w ustawie Pzp i w SIWZ. W piśmie tym zawarł również informację o wyborze oferty najkorzystniejszej - Sygnity S.A. oraz o rezultacie dokonanej przez Zamawiającego ocenie ofert i przyznaniu oferentom punktów za spełnienie kryteriów określonych w SIWZ

30

W ocenie Odwołującego - rozstrzygnięcia te spowodowały w konsekwencji, że wybór oferty został dokonany z rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku powyższego - koniecznym stało się złożenie odwołania w celu weryfikacji prawidłowości decyzji Zamawiającego.

I. W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że wniósł wadium do upływu terminu składania.

Na wstępie należy podkreślić, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej stanowiący dowód wniesienia wadium przez Odwołującego - zawierał następujące najważniejsze elementy stanowiące o możliwości zaspokojenia się przez Zamawiającego z wadium WYŁĄCZNIE na podstawie oświadczenia Zamawiającego (bez badania przesłanek przez instytucję ubezpieczeniową):

„3. Na podstawie niniejszej Gwarancji, Gwarant działając na zlecenie Oferenta nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Zamawiającego pełnej kwoty gwarancji (wadium) do wysokości: 6.000.000,00 złotych (słownie złotych: sześć milionów złotych) w przypadku zaistnienia w stosunku do Oferenta co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Zobowiązanie wynikające z niniejszej Gwarancji będzie ulegało ograniczeniu bez składania jakichkolwiek oświadczeń przez strony, o kwoty zapłacone na rzecz Beneficjenta przez Zleceniodawcę lub przez Gwaranta w ramach niniejszej Gwarancji.

4. W przypadku zaistnienia w stosunku do Oferenta co najmniej jednej z przesłanek, o których mowa w pkt 3 Beneficjent zobowiązany jest zgłosić w terminie ważności Gwarancji, zgodnie z pkt 5, po uprzednim wezwaniu Zleceniodawcy do wykonania zobowiązania, wezwanie do zapłaty, pod rygorem odmowy wypłaty świadczenia z Gwarancji.

5. Wypłata z tytułu niniejszej Gwarancji nastąpi, z uwzględnieniem pkt 4 i 6, pod warunkiem dostarczenia Gwarantowi pisemnego wezwania do zapłaty podpisanego przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta, zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że zaistniała w stosunku do Oferenta co najmniej jedna z przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2010 r.. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) wraz z kopią wezwania, o którym mowa w pkt 4 i potwierdzeniem jego nadania.

6. Wypłata z tytułu niniejszej Gwarancji nastąpi w terminie 14 dni roboczych (słownie: czternastu) od dnia doręczenia na wskazany adres korespondencyjny Gwaranta pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty zawierającego kwotę roszczenia. "

Ww. postanowienia oznaczały jednoznacznie, że obowiązek, zapłaty kwoty materializuje się WYŁĄCZNIE na podstawie ZŁOŻENIA OŚWIADCZENIA PRZEZ

31

ZAMAWIAJĄCEGO - a ubezpieczyciel nie ma możliwości badania, czy doszło do wypełnienia przesłanek art. 45 i 46 Pzp.

Zamawiający wykluczył Odwołującego, ponieważ gwarancja zawierała dodatkowe postanowienie :

„Gwarant nie odpowiada z Gwarancji, gdy Oferent nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z Oferty z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności: skutek wojny, wojny domowej, aktów terroryzmu, rebelii, zamieszek, powstania, konfiskaty wojennej, nacjonalizacji, wprowadzenia stanu wojennego lub wyjątkowego, rekwizycji przez wszelką władzę, działania energii jądrowej, skażenia radioaktywnego lub innego zdarzenia losowego o cechach klęski żywiołowej. "

Podkreślić należy, że postanowienie to nie ogranicza uprawnień Zamawiającego - ma ono charakter informacyjny i nie wpływa na możliwość wypłacenia kwoty wadium. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego - zobowiązanie z gwarancji jest zobowiązaniem o „samodzielnym, nieakcesoryjnym charakterze. Z nie akcesoryjności tego zobowiązania wynika natomiast, iż gwarant płaci własny, a nie cudzy dług. Taki charakter tego zobowiązania przemawia za istotnym ograniczeniem zarzutów przysługujących gwarantowi. Zasadniczo nie służą jemu zarzuty wynikające z istniejącego stosunku podstawowego.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2004r. II CK 17/04).

Tym samym jakiegokolwiek dodatkowe elementy powiązane ze stosunkiem podstawowym - nie będą ograniczały uprawnień Zamawiającego.

Należy również podkreślić, że w ocenie Odwołującego - wszystkie z przesłanek skutkujących zatrzymania wadium związane są w praktyce z okolicznościami leżącymi po stronie Wykonawcy.

Zadaniem Odwołującego podkreślić należy, że :

- przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, który wyłącza (a contrario) odpowiedzialność wykonawcy w sytuacji, gdy zawarcie umowy (a takie ryzyko zabezpiecza wadium) staje się niemożliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy - wykonawca ten nawet nie musi zwalniać się z odpowiedzialności - wystarczy, że wykaże iż przyczyna niezawarcia umowy nie leżała po jego stronie; każda przyczyna mająca charakter zdarzenia opisanego w ust. 8 będzie nieleżącą po stronie wykonawcy — wyłączenie to nie jest zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, sprzeczne z prawem Zamówień Publicznych, bo mieści się w obszarze przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego i nie dotyczy pozostałych podstaw do zatrzymania wadium (które gwarantuje TU Europa SA), to jest braku wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy lub odmowy jej zawarcia albo nieuzupełnienia dokumentacji na wniosek Zamawiającego (art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1 i 2),
- reguły ogólne prawa cywilnego wynikające z reżimu kontraktowego regulującego odpowiedzialność wykonawcy w kwestiach nieuregulowanych w PZP, w szczególności

32

zasada winy, która stanowi podstawę odpowiedzialności wykonawcy - przyczyny wskazane w ust. 8 wymienionej wyżej gwarancji (wojna, terroryzm, rebelia, zamieszki, powstania,

nacjonalizacje, rekwizycje władz itp.) nie mogą być z natury swojej zawinione przez wykonawcę (nie może on więc być za nie odpowiedzialny w oparciu o zasadę winy), a zatem jakkolwiek konieczność i możliwość udowadniania winy będącej podstawą odpowiedzialności jest wykluczona. Ponadto, w ust. 3 gwarancji Gwarant potwierdza, że nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązuje się do zapłaty wadium w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 PZP- zatem tu też jakiegokolwiek ograniczenie odpowiedzialności Gwaranta nie występuje,

- bezwarunkowość gwarancji finansowych nie ma charakteru formalnego, a materialny. Taka bezwarunkowość polega na tym, że Gwarant nie może odmówić spełnienia świadczenia w przypadku prawidłowego złożenia roszczenia mieszczącego się w zakresie jej obowiązywania. Gdyby przyjąć formalne kryterium bezwarunkowości zgodnie z poglądem w a także daleko prezentowanym piśmie Zamawiającego, odpowiednio idącą nadinterpretację jaka jest zawarta w decyzji Zamawiającego, to żadna z gwarancji występujących na rynku nie mogłaby go spełnić, w szczególności z uwagi na występujące w gwarancjach zasady składania roszczeń (np. wymagana forma pisemna roszczenia, roszczenie złożone w określony sposób lub czasem w określonym miejscu itp.) mogą one zostać zinterpretowane jako warunek jej działania - zatem w tym przypadku też gwarancja nie jest „bezwarunkowa”;
- każda gwarancja zawiera termin złożenia roszczenia (jest on najczęściej tożsamy z okresem obowiązywania tej gwarancji) - złożenie roszczenia w takim terminie może być przy tak daleko idącej interpretacji uznane za warunek („roszczenie jest skuteczne, pod warunkiem, że zostanie złożone w określonym terminie”),
- wiele gwarancji występujących na rynku przewiduje konieczność uprzedniego wzywania zobowiązanego do spełnienia świadczenia przez beneficjenta gwarancji,
- istnieją również inne wymogi mogące stanowić „warunek” przy daleko idącym nadinterpretowaniu tego pojęcia. Przy tego rodzaju rozumieniu treści gwarancji, moglibyśmy nie znaleźć na rynku ani jednego dokumentu spełniającego wymóg „bezwarunkowości”. Zastrzeżenia te, występujące powszechnie w gwarancjach są znacznie dalej idące - mają wpływ (przy braku takowego wpływu kwestionowanego zapisu) na treść zobowiązania gwaranta i wypełnienie roszczenia. Dlatego też owa „bezwarunkowość” ma charakter materialny i oznacza brak możliwości odmowy wypłaty roszczenia przy spełnieniu instrukcji wskazanej w samej gwarancji. Opisywane wyżej „warunki” znajdują się często we wzorach Zamawiających działających w oparciu o prawo zamówień publicznych i są definiowane jako bezwarunkowe.

Zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga również zdanie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w orzeczeniu z dnia 4 maja 2011 r. KIO/810/11 :

„Odnosząc się do podkreślanego przez odwołującego znaczenia postanowień siwz dla wnoszenia wadium przez wykonawców (w tym przypadku znaczenia wymagań co do treści gwarancji) Izba wskazuje, iż w świetle powołanych przepisów, jedynymi postanowieniami siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Jakiegokolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych... etc., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości

uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. A contrario tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przypadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2). Inaczej: prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne”.

34

W przedmiotowym wypadku - Odwołujący wniósł wadium, zgodnie z przepisami ustawy - de facto i de iure zabezpieczające w pełni interesy Zamawiającego. Z uwagi na powyższe - wykluczenie należy uznać za bezzasadne.

Należy również wskazać, że Zamawiający nierówno potraktował Odwołującego oraz Wykonawcę Sygnity S.A. - w sytuacji, gdzie polisa ubezpieczeniowa OC tego wykonawcy zawierała niedopuszczalne klauzule w zakresie podlimitów ubezpieczenia - wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień i pozwolił mu wyjaśnić te kwestie przy pomocy ubezpieczycieli. W przypadku Odwołującego - Zamawiający nie prowadził w tym zakresie wyjaśnień, a tylko wykluczył z postępowania Oferenta SMT Software SA. nie dając możliwości wyjaśnienia treści elementu, który spowodował wątpliwości. Kuriozalnym wydaje się fakt, że Zamawiający zwrócił się do jednej z prywatnych firm brokerskich o opinię „prawną”, która podzleciła zadanie adwokatowi, który nota bene nie wziął pełnej odpowiedzialności za swoją opinię (w tekście opinii z dnia 20 sierpnia 2012 r., Supra Brokers jest zawarte takie zastrzeżenie).

II. W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, względnie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, względnie wezwania do uzupełnienia dokumentów Wykonawcy Sygnity S.A. z uwagi na to, że polisa OC przedstawiona w ofercie nie odpowiada wymaganiom SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sygnity S.A. pomimo, że jej treść nie odpowiada wymogom SIWZ, względnie zawiera błąd w obliczeniu ceny, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sygnity pomimo, że została podpisana przez osobę nieuprawnioną:

1. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, względnie art. 26 ust. 3 Pzp:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ: „Warunek, o którym mowa w ROZDZIALE VII pkt 1) lit. c) SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się: opłaconą polisą ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości: 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć milionów złotych) nieograniczoną liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie.”

Częściowa Polisa ubezpieczeniowa Allianz, złożona przez Sygnity - zawiera wskazanie sumy gwarancyjnej - 20 mln zł, ale zawiera szereg ograniczeń - podlimitów, (s. 3 i 4 Polisy Allianz) - które powodują, że nie spełnia ona wymagań zawartych w SIWZ:

Przykładowo - na str. 4 zawarto następujący podlimit: 200.000. 00 PLN na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia w odniesieniu do szkód wynikłych z utraty

35

danych lub informacji wskutek przypadkowego lub przedwczesnego ich usunięcia albo wysłania pod niewłaściwy adres w czasie ich wymiany.

Powoduje to, że w przypadku zdarzenia polegającego na utracie danych w ww. okolicznościach - polisa opiewa wyłącznie na 200.000, 00 zł.

W konsekwencji - Zamawiający wezwał Sygnity pismem z dnia 21 sierpnia do

wyjaśnienia kwestii dot. Ubezpieczenia zdefiniowanych w punktach 111 1, 2, 3. Sygnity odpowiedziało na zadane pytania przesyłając potwierdzenie z firm Ubezpieczeniowych datowane 23 sierpnia o spełnieniu warunków ubezpieczenia zdefiniowanych w SIWZ, ale nie odpowiedziało bezpośrednio na pytania dotyczące limitów w wypłacie odszkodowania zdefiniowanych w ubezpieczeniu Allianz z dnia 16 marca 2012 roku. Ministerstwo powinno było wykluczyć Sygnity z postępowania, ponieważ na czas składania ofert Sygnity nie miało ubezpieczenia spełniającego warunki SIWZ.

Podkreślić należy, że odpowiedź Sygnity S.A., wskazująca na funkcję polisy OC w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - nie miała znaczenia z uwagi na fakt, że podlimity ograniczające odpowiedzialność ubezpieczyciela - dotyczyły elementów koniecznych polisy, związanych z zakresem zamówienia, a tym samym - obniżały sumę gwarancyjną w tym zakresie - w przypadku polisy Allianz - do 200.000,00 zł. Zgodzić się należy, że głównym celem polisy OC ma być określenie zdolności ekonomicznej wykonawcy - do ubezpieczenia się w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - w tym przypadku należało więc porównać, czy czynność zawarcia umowy ubezpieczenia z Allianz nie była czynnością pozorną, mającą na celu stworzenie fikcji umowy ubezpieczenia poprzez podlimity wyłączające odpowiedzialność ubezpieczyciela.

Reasumując - polisa Allianz nie potwierdziła warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości: 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć milionów złotych) nieograniczonej liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie. Wyjaśnienie Sygnity, że podlimity oznaczają rozszerzenie zakresu ubezpieczenia, prowadzi do konkluzji, że w takim razie ogólna suma ubezpieczenia powinna być większa niż 20 000 000 zł w przypadku Polisy Allianz o właśnie wartości podlimitów, co nie zostało wykazane w przesłanych przez Sygnity wyjaśnieniach. Ponadto wątpliwe prawnie jest w świetle spełniania warunków SIWZ przedstawienie kilku polis, gdzie intencją Oferenta jest zsumowanie ich limitów zamiast przedstawienia jednej polisy o danej wartości (a taki jest literalnie warunek zawarty SIWZ).

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp:

36

Podkreślić należy, że w formularzu ofertowym Wykonawca Sygnity S.A. nie wskazał cen za poszczególne elementy, co powoduje w konsekwencji, że jego oferta jest nieporównywalna z pozostałymi.

Przed wszystkim należy podkreślić, że Wykonawca Sygnity S.A. nie wycenił pozycji 1.1.3.13 - Wszelkie inne oprogramowanie niezbędne do wdrożenia Systemu. Na końcu formularza ofertowego Wykonawca zawarł wskazanie „ta pozycja zawarta jest w pozycji 1.1.3” - podkreślić jednak należy, że pozycja 1.1.3 - Infrastruktura i oprogramowanie standardowe - nie podlegała osobnej wycenie. Tym samym – Zamawiający nie miał żadnych informacji, w jaki sposób i gdzie wyceniono ten element.

Należy wskazać także, że w formularzu ofertowym Wykonawca Sygnity S.A. nie wycenił pozycji „1.1.3.8 - ERP na potrzeby e-podatki”. Obowiązkiem Wykonawcy było określenie ceny za każdą pozycję.

Ponadto - we niektórych miejscach zawarł znaki wpisując na końcu „ta pozycja zawarta jest w pozycji 1.1.3.7”, natomiast podkreślić należy, że pozycja ta powinna zostać wyceniona osobno. Analogiczny zarzut dotyczy tych miejsc w tabeli, gdzie Wykonawca Sygnity S.A. zawarł znak

Brak tych elementów wyceny powoduje, że oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ, gdzie Zamawiający chciał wyceny za każdy z elementów zamówienia. Podkreślenia wymaga, że tego typu niezgodność nie może być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp:

„Stwierdzone przez Izbę, a wcześniej przez Zamawiającego uchybienia w treści kosztorysu opracowanego przez Odwołującego w zakresie pozycji 84 i 85 w branży gazy medyczne, w stosunku do przedmiarów’ nie stanowią, w ocenie Izby, omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba uznała, iż samodzielne dokonanie przez Zamawiającego wyceny powyższych pozycji, wykracza poza dyspozycję ww. przepisu, Zamawiający nie ma bowiem podstaw do przyjęcia ustalonych przez siebie cen i na ich

podstawie obliczenia końcowej ceny za realizację zamówienia - wskazanie zarówno cen jednostkowych, jak i ceny za realizację całego zamówienia jest uprawnieniem i obowiązkiem wyłącznie wykonawcy. Prowadzenie zaś korespondencji z wykonawcą w tym zakresie prowadziłyby do negocjacji, co z kolei byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Omyłki, które mogą być poprawione w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawienia mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co w niniejszym stanie faktycznym nie jest możliwe. " Wyrok z dnia 10 lipca 2010r. KIO/1420/10.

Można również wskazać, że stanowi to przykład błędu w obliczeniu ceny (zwłaszcza przypadek pozycji 1.1.3.13). KIO/UZP 1507/10 - wyrok z dnia 3 sierpnia 2010 r. „Izba zważyła, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem za omyłkę rachunkową należy uznać omyłkę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego działania arytmetycznego, a w

szczegółności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji. Błędem w obliczeniu ceny jest natomiast inna niż omyłka rachunkowa omyłka w obliczeniu ceny, polegająca na przyjęciu nieprawidłowych danych do jej obliczenia np. wynikająca z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. "

W niniejszej sytuacji Wykonawca Sygnity popełnił błąd w obliczeniu ceny - nie uwzględniając pozycji 1.1.3.13 w cenie oferty.

3. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp:

Wykonawca Sygnity S.A. złożył w ofercie pełnomocnictwo ograniczające możliwości pełnomocnika WYŁĄCZNIE do środków ochrony prawnej. Drugie pełnomocnictwo, uzupełnione w ramach procedur przetargowych przez Sygnity S.A. jest SPRZECZNE z pierwszym, które w sposób jednoznaczny ogranicza możliwości pełnomocnika. Podkreślić należy, że obydwa pełnomocnictwa zostały podpisane tego samego dnia (przynajmniej tak zapewne twierdził będzie Wykonawca Sygnity), tym samym - należy stwierdzić, że pomimo uzupełnienia pełnomocnictwa - nie potwierdzono możliwości podpisania oferty przez Panią A..... Z....., gdyż jedno z tych pełnomocnictw w sposób jednoznaczny OGRANICZA możliwość reprezentowania w przedmiotowym postępowaniu WYŁĄCZNIE do środków ochrony prawnej. Tym samym - Sygnity S.A. w sytuacji, gdyby chciało odstąpić od podpisania umowy - może stwierdzić, że pełnomocnictwo ograniczające prawo Pani Anny Zawadzkiej - zostało podpisane później i tym samym - osoba ta nie mogła podpisać oferty w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiotowe uzupełnienie więc było błędne i w konsekwencji - powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy Sygnity S.A.

Abstrahując od powyższego - podkreślić należy, że sytuacja, w której Wykonawca „uzupełnia” pełnomocnictwo, z datą sprzed terminu składania ofert, może nosić znamiona przestępstwa, o którym mowa w art. 271 § 1 kk polegającego na poświadczeniu w dokumencie nieprawdy co do okoliczności mającej znaczenie prawne. Poświadczenie to mogłoby polegać na wystawieniu pełnomocnictwa w dniu późniejszym i opatrzeniu go datą wcześniejszą. Z uwagi na powyższe - w naszej ocenie - Zamawiający powinien był wnieść informację o podejrzeniu popełnienia przestępstwa w tym zakresie.

III. W zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., oraz SKG S.A., pomimo, że ich treść nie odpowiada wymogom SIWZ - Załącznik 14, art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Wykonawcy Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A. oraz SKG S.A. w kryterium Wykonawstwo koncepcji architektury rozwiązania:

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

Na wstępie należy podkreślić, że zarzut ten dotyczy utajnionych części ofert, których Odwołujący nie zna. Mając jednak wiedzę merytoryczną na temat możliwych technologii do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu - Odwołujący założył, że Wykonawcy Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A. i SKG S.A. mogli zastosować technologię firmy SAP, Microsoft lub technologię firmy Oracle (produkty COTS). Takie założenie jest uzasadnione w świetle warunków SIWZ (przyznawanie maksymalnej liczby punktów wyłącznie za

rozwiązania z czołówki listy Gartnera) oraz informacji o punktacji przyznanej poszczególnym Ofertom przez Zamawiającego.

Przy założeniu, że ww. Wykonawcy zastosowali technologię Microsoft lub Oracle tj., że ich oferty oparte są o produkty COTS tych firm - należy wskazać, co zdaniem Odwołującego mogłoby stanowić element istotnej niezgodności ich ofert z wymaganiami SIWZ. Otóż w ocenie Odwołującego - oferty Wykonawców Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A. i SKG S.A. mogą nie spełniać w pełnym zakresie wymogu podanego w zał. 14 do SOPZ, strona 8, przypis pod Tabelą 1 Specyfikacja licencji na zamawiane systemy gotowe.

Przez sformułowanie w powyższej tabeli „Jednocześnie pracujących nie nazwanych użytkowników ” należy rozumieć, że oprogramowanie musi:

- 1) Pozwalać na jednoczesną pracę wymienionej liczby użytkowników
- 2) Licencje nie mogą być przypisane do użytkownika (odpowiednik licencji typu floating).

W ocenie Odwołującego - rozwiązania oparte o ww. technologie, przy nie odpowiednim wyborze, nie zapewniają licencji typu „floating”, a zamiast tego są to licencje na użytkownika nazwanego lub na urządzenie. Powyższy warunek zdefiniowany przez Zamawiającego w Załączniku 14 do OPZ stanowi wymóg bezwarunkowy, którego niespełnienie przez Wykonawcę powinno powodować odrzucenie jego oferty.

Należy zauważyć, że na podstawie naszej wiedzy o produktach ww. firm standardowe warunki licencjonowania produktów, nie przewidują licencjonowania typu floating. W związku z tym - w naszej ocenie wszyscy ww. Wykonawcy nie mogli złożyć ofert zgodnych z wymogami SIWZ. Należy nadmienić, że oferta firmy SMT Software S.A. wykorzystuje komponenty Oracle - jednak SMT Software S.A. uzyskała od firmy Oracle zgodę na odstąpienie od standardowych warunków licencjonowania.

2. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp:

Na wstępie należy podkreślić, że zarzut ten dotyczy utajnionej części ofert, których Odwołujący nie zna. Mając jednak wiedzę merytoryczną na temat możliwych technologii i ich aktualnych wdrożeń na rynku, do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu (a w

39

szczegółności znając liczbę przyznanych tym Wykonawcom punktów przez Zamawiającego i znając zasady oceny ofert w niniejszym postępowaniu) - Odwołujący założył, że Wykonawcy Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A. zastosowali technologię firmy Oracle (produkty COTS).

Przy założeniu, że Wykonawcy Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A. zastosowali technologię firmy Oracle tj., że ich oferty oparte są o produkty COTS Oracle - należy wskazać (co zdaniem Odwołującego mogłoby stanowić element, który powinien zadecydować o błędnej punktacji, którą Zamawiający przyznał tym Wykonawcom w kryterium „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania” w podkryteriach określonych w Załączniku 5 do SIWZ w Tabeli 1. w podpunktach pkt 5 a), b) i c):

„5 Wykorzystanie gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji co najmniej 15 mln w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur)

- a. Zaoferowanie przez Wykonawcę i wskazanie gotowych komponentów posiadających cechy opisane w kryterium,
- b. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia.
- c. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia ”

ŁĄCZNIE 13% wagi w zakresie kryterium „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”

Z naszej wiedzy rynkowej wynika, że Wykonawcy Asseco Poland S.A. i Comarch Polska S.A. - zakładając, że oparli swoje rozwiązania o technologię Oracle - mogli w tym zakresie posłużyć się referencją potwierdzającą wdrożenie w Departamencie Rachunkowości Państwowego Inspektoratu Podatkowego z Litwy, które to wdrożenie nie ma

nic wspólnego z przyjmowaniem, przetwarzaniem, weryfikacją, gromadzeniem i archiwizacją deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur).

Z treści SIWZ wynika, że punkty otrzyma ten wykonawca, który zastosuje „komponenty”, które umożliwiają obsługę 15 mln dokumentów. Należało więc w ofercie wykazać, jak się te komponenty nazywają i potwierdzić ich zastosowanie w oferowanym rozwiązaniu oraz udowodnić referencją, że te komponenty obsługują 15 mln dokumentów. Tymczasem - dostępna nam referencja wdrożenia w Departamencie Rachunkowości

40

Państwowego Inspektoratu Podatkowego z Litwy, którą Wykonawcy Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A. mogli zawrzeć w ofercie - nie wskazuje na konkretne komponenty. Mówi jedynie, że wdrożony u nich system takie komponenty zawiera, lecz nie wymienia ich z nazwy. Skąd zatem wiadomo, czy Asseco Poland S.A. i Comarch Polska S.A. zastosują te komponenty w swojej ofercie? Referencja wspomina o komponencie „Oracle EBS”, natomiast nie mówi wprost, że to właśnie „Oracle EBS” pozwala na obsługę 15 mln dokumentów.

Dla porównania - w naszej ofercie powołaliśmy się na wdrożenie gotowego oprogramowania (COTS) firmy Intrisoft International pod nazwą TRMS, które zostało już wykorzystane w realizacji projektów TAXIS i TAXISNet dla Greckiej Administracji Podatkowej. System służy do obsługi 6-iu milionów podatników oraz następujących podatków PIT, VAT, CIT, Podatek u źródła, podatek od kapitału i podatek od nieruchomości. Z informacji wskazanych w naszej ofercie wprost wynikało, że system ten odpowiada wymogom Zamawiającego oraz pozwala na obsługę 15 mln dokumentów.

Nawet gdyby przyjąć, że wspomniana litewska referencja potwierdza, że komponent Oracle EBS spełnia warunek o 15 mln dokumentów rocznie, to trzeba wskazać, że Oracle EBS w istocie nie jest komponentem systemu podatkowego Oracle ETPM. Oba produkty firmy Oracle (EBS oraz ETPM) są samodzielnie pracującymi aplikacjami. Wychodzimy tutaj z założenia, że zaproponowany przez Asseco Poland S.A. i Comarch Polska S.A. COTS do „przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur)” to system ETPM, a nie system EBS.

Reasumując - Wykonawca Asseco Poland S.A. oraz Wykonawca Comarch Polska S.A. - nie powinni otrzymać żadnych punktów w tym zakresie.

Podkreślić należy, że ww. wdrożenie nie spełnia także innego podkryterium zdefiniowanego przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do SIWZ punkcie 7 b): „7 Wykorzystanie rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie:

co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich,

- co najmniej 5 mln kont podatników

- umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników

a. Zaoferowanie przez Wykonawcę i wskazanie rozwiązania klasy ITS posiadającego cechy opisane w kryterium

b. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia. " Waga tego podkryterium: 13%

41

A konkretnie: „Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji, w której dokonano wdrożenia”, ponieważ przedstawione przez Wykonawców Asseco Poland S.A. i Comarch Polska S.A. rozwiązanie ITS jest oparte o system COTS ETPM, a nie o system Oracle E-Business Suite (EBS pakiet zintegrowanych globalnych aplikacji biznesowych), którego dotyczy referencja. System ETPM nie jest oparty o EBS - jest samodzielną aplikacją. Zamawiający nie powinien przyznać Wykonawcom punktów za spełnienie podkryterium nr 7 b).

Reasumując - Zamawiający błędnie ocenił oferty Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A. i powinien im przyznać mniejszą liczbę punktów w Kryterium „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”.

IV. W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez uznanie za skuteczne dokonane zastrzeżenia zawarte w ofertach wykonawców Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., SKG S.A. dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo, że w znacznej części nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa, a przez to - uniemożliwienie weryfikacji ofert w przedmiotowym postępowaniu także z powodu utajnienia przez Zamawiającego korespondencji między Zamawiającym a Wykonawcami (w zakresie tej jej części, która dotyczyła części utajnionej przez Wykonawców), co w konsekwencji stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy podkreślić, że Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach Wykonawców Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., SKG S.A.

W szczególności należy wskazać na następujące elementy należące do formalnoprawnej części oferty, które w ocenie Odwołującego nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa:

1. Wykazy usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług :
- wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi

42

zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu - Rdz. VIII ust. 2a pkt 1 SIWZ, (wykonawca Comarch Polska S.A., Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., SKG S.A.)

- wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu - Rdz. VIII ust. 2a pkt 2 SIWZ, (wykonawca Comarch Polska S.A., Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., SKG S.A.)

W odniesieniu do wykazów usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług - należy wskazać na to, że z zasady powinny one dotyczyć kontaktów publicznych.

Zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej - utajnieniu może podlegać wykaz wykonanych zamówień tylko w zakresie zamówień nie stanowiących kontraktów publicznych. Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2010 r. - „Za niezasadne Izba uznała natomiast wyłączenie jawności dokumentów dotyczących doświadczenia posiadanego przez wykonawców. Nawet przy przyjęciu stanowiska, którego Izba nie podziela, że zastrzeżenie nie udostępnienia zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, czyni zadość wymaganiu art. 11 ust. 4 in fine ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do rozważenia pozostaje kwestia, czy zachodzą łącznie obie pozostałe przesłanki tj. czy zastrzeżone informacje są nieujawnione do wiadomości publicznej oraz, czy mają one wartość gospodarczą dla wykonawcy. Wskazać też należy, że zgodnie z powołanym przez odwołującego się wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem. Zamawiający obowiązowi temu nie uczynił zadość. Wyniki postępowania przed Izbą oraz akta sprawy nie pozwalają na ustalenie, że informacje dotyczące doświadczenia wykonawców: w szczególności wykazy wykonanych usług, karty projektów, wraz z załącznikami, a nawet referencje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że wykazy dotyczą doświadczenia zdobytego przy realizacji kontraktów publicznych, a karty projektów stanowią tabelaryczną informację, której zakres nie odnosi się w ocenie Izby do indywidualnych uwarunkowań techniczne, technologiczne, organizacyjnych wykonawców. Zamawiający odpierając zarzuty nie wykazał, ani braku powszechnej dostępności zastrzeżonych informacji, ani ich ewentualnej wartości gospodarczej, mimo że to on ze swego twierdzenia wywodzi skutki w postaci możliwości

43

wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców (art. 188 ust. 1 Pzp). Również wykonawcy, którzy poczynili zastrzeżenia nie wskazali podstaw prawnych i przyczyn wyłączenia jawności, nie wskazali również na indywidualne uwarunkowań techniczne, technologiczne, organizacyjnych godne ochrony (art. 6 k. c.). Zamawiający poprzestał na braku zgody wykonawców, mimo, iż sam wymagał od nich wskazania powodów wyłączenia jawności, co jest niewłaściwe. Zamawiający mógł wystąpić do wystawców referencji, lub zasięgnąć informacji o stanie prawnym i istniejącej praktyce w poszczególnych państwach. Wobec takiego stanu sprawy Izba uznała, że skoro nie zostało udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione, że zastrzeżone informacje nie są dostępne powszechnie (nie jest możliwe zapoznanie się z nimi na zwykłej drodze) a o ich wartości gospodarcza wynika stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawców pozbawione obiektywnej argumentacji nie można przyjąć, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skoro art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 zostały naruszone zasadne jest ujawnienie całości informacji związanych z wykonaniem kontraktów. ". KIO/938/2010; KIO/997/2010; KIO/1035/10.

Ponadto należy wskazać na wyrok z dnia 5 listopada 2010 r. Sygn. akt KIO 2287/10; KIO 2307/10: „Za niezasadne Izba uznała wyłączenie jawności dokumentów dotyczących doświadczenia posiadanego przez wykonawców. Wobec uznania, że przedsiębiorcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji do rozważenia pozostaje kwestia, czy zachodzą łącznie obie pozostałe przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. czy zastrzeżone informacje są nieujawnione do wiadomości publicznej oraz, czy mają one wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

Zamawiający obowiązowi temu nie uczynił zadość. Zakres zastrzeżonych dokumentów nie odnosi się, w ocenie Izby, do indywidualnych uwarunkowań technicznych, technologicznych lub organizacyjnych wykonawców, a jedynie przez swój ogólny charakter pozwala na ustalenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, mimo że to on ze swego twierdzenia wywodzi skutki w postaci możliwości wyłączenia kontroli części wniosków przez konkurujących wykonawców (art. 188 ust. 1 p.z.p.) nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a poprzestał jedynie na braku zgody wykonawców, co jest niewłaściwe. Dla oceny przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądzającego znaczenia nie może mieć brak zgody podmiotu na rzecz którego została zrealizowana wykazywana umowa na udostępnienie informacji związanych z kontraktem. Izba uznała, że dokumenty' zastrzeżone przez WASKO S.A. mają charakter powszechnie dostępnego, skoro (za

44

wyjątkiem dostaw umożliwiających WASKO S.A. uzyskanie przewagi punktowej) nie zostały zastrzeżone przez innych uczestników postępowania. WASKO S.A. nie wskazało żadnych podstaw prawnych i przyczyn wyłączenia jawności, ani indywidualnych uwarunkowań technicznych, technologicznych, organizacyjnych godnych ochrony. Przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winy mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Izba uznała, że o wartości gospodarczej informacji nie może przesądzać jedynie subiektywne oświadczenie wykonawców pozbawione argumentacji. Wyłączenie jawności dokumentów związanych z doświadczeniem wykonawców jest nieskuteczne".

2. Polisa ubezpieczeniowa i opinia bankowa :

- polisa ubezpieczeniowa, (wykonawca Comarch Polska S.A. SKG S.A.)

- opinia bankowa, (wykonawca Comarch Polska S.A.),

Polisa OC ani opinia bankowa nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Jej posiadanie bądź nie - nie ma żadnej istotnej wartości technicznej, ani organizacyjnej przedsiębiorstwa. Wartość organizacyjna przedsiębiorstwa obejmuje tzw. kulturę organizacyjną danej firmy. Oznacza to, że dana firma może zastrzegać informacje dotyczące swojej wewnętrznej organizacji, sposobu przekazywania informacji, podziału kompetencji, sposobu kontroli itd. Nie można natomiast w żaden sposób mówić o wartości organizacyjnej w stosunku do posiadania ubezpieczenia OC ani określonej ilości środków lub zdolności kredytowej, która w warunkach zamówień publicznych stanowi jedynie potencjalną zdolność kredytową.

Należy również podkreślić, że polisy ubezpieczeniowe z zasady są udostępniane powszechnie, gdyż stanowią zazwyczaj treść ofert w przetargach. Zapewne polisy ubezpieczeniowe Comarch Polska S.A. i SKG S.A. były udostępniane w innych przetargach i dopiero po ich zmianach mających na celu wprowadzenie dodatkowych klauzul, które w ocenie Odwołującego miałyby na celu obniżenie płatności za polisy ale w konsekwencji powodowałyby, że polisy te nie odpowiadałyby wymogom SIWZ - wykonawcy Ci mogli podjąć decyzję o ich utajnieniu aby uniemożliwić ich weryfikację wykonawcom.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 5.9.2001 r. w sprawie I CKN 1159/00 (OSNC 2002/5/67), przepis art. 11 ust. 4 wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

W orzeczeniu z dnia 3 października 2000r. sygn. I CKN 304/00 - Sąd Najwyższy wskazał jednoznacznie — „Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie "tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko

45

dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. "Tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstw a lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Zatem, jak zauważa się w literaturze przedmiotu, na przedsiębiorcy spoczywa dodatkowy ciężar podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy. ...Konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zapewnienia poufności informacji lub powiadomienia zainteresowanego pracownika o tym, że przekazana mu wiadomość jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, obciążają przedsiębiorcę. Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu.

W odniesieniu do kwestii utajnienia informacji z banku o wysokości posiadanych środków finansowych wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2010 r. (KIO/UZP/133/10) :

„Izba uwzględniła ostatni z podnoszonych względem oferty Rapiscan zarzut nieuprawnionego utajnienia opinii bankowej, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Opinia potwierdza wysokość zdolności kredytowej spółki, a zastrzeżenie banku informacji, jako ściśle tajnych nie uzasadnia uznania ich za tajemnicę przedsiębiorcy. Oczywistym jest, iż żaden inny podmiot nie może uzyskać informacji, objętych tajemnicą bankową. W związku z brakiem podstaw do uznania opinii bankowej za tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający powinien odtajnić pierwszą stronę oryginału oraz jego tłumaczenia, która pozwala na ustalenie przez pozostałych wykonawców, czy Rapiscan znajduje się w sytuacji

ekonomicznej wymaganej przez zamawiającego.

oraz w wyroku z dnia 4 kwietnia 2008 r. KIO/UZP/255/08:

46

„W szczególności należy zauważyć, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być objęta informacja z banku o wysokości posiadanych środków finansowych, gdyż nie jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną czy inną posiadającą wartość gospodarczą. Informacja z banku z dnia 22 stycznia 2008 roku, zamieszczona w ofercie AS PAK Sp. z o.o., potwierdza jedynie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych przez Zamawiającego środków finansowych w wysokości min. 150 000 zł. Warunek ten jest jawny i został podany do wiadomości publicznej w treści specyfikacji i ogłoszenia. W ocenie składu orzekającego Izby opinia bankowa, załączona w ofercie uznanej za najkorzystniejszą, nie zawiera żadnych danych, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i które powodowałyby konieczność utajnienia całej jej treści. ”.

3. Formalne dokumenty firm używających swoje zasoby (zaświadczenia z KRK, ZUS, US, KRS tych podmiotów lub ich zagraniczne odpowiedniki) oraz zobowiązania do udzielenia potencjału (z wyłączeniem informacji o zasobach ludzkich), (Wykonawca Comarch Polska S.A., Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., SKG S.A.).

Podkreślenia wymaga, że informacje o nazwach podmiotów, które mogły udzielić swojego doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu są ogólnie znane.

Dokumenty formalne dotyczące tych podmiotów - nie mogły zostać utajnione w przedmiotowym postępowaniu. Nie można traktować w sposób preferencyjny podmiotów udzielających swoje zasoby w stosunku do wykonawców występujących w postępowaniu.

Zgodnie z orzecznictwem - nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa danych zawartych w informacji z Krajowego Rejestru Karnego, odpisach z Krajowego Rejestru Sądowego, zaświadczeniu z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek, zaświadczeniu właściwego naczelnika Urzędu skarbowego oraz oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - wyrok KIO z 8.08.2008 r. KIO/UZP/772/08, wyrok ZA z 15.02.2005 r. UZP/ZO/0-233/05, wyrok ZA z 8 czerwca 2005 r. UZP/ZO/O-1229/05).

Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r. Sygn. akt KIO 2287/10, KIO 2307/10: „Przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winy mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Izba uznała, że o wartości gospodarczej informacji nie może przesądzać jedynie subiektywne oświadczenie wykonawców pozbawione argumentacji. Wyłączenie jawności dokumentów związanych z doświadczeniem wykonawców jest nieskuteczne”.

W niniejszej sytuacji natomiast - w ocenie Odwoławczego - jedyną przyczyną utajnienia tych dokumentów było uniknięcie możliwości weryfikacji oferty oraz prawidłowości jej elementów przez innych Wykonawców.

47

Należy również wskazać na to, że niektóre elementy merytoryczne - również zostały bezzasadnie utajnione przez poszczególnych wykonawców - należy wskazać w szczególności na:

- Specyfikację oferowanych licencji (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
- Specyfikację oferowanego sprzętu (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
- Analizę ryzyka dla kontraktu (Wykonawcy Sygnity SA oraz Asseco Poland SA. SKG SA).

W tym zakresie należy wskazać na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, które dotyczy sytuacji, gdzie Wykonawca utajnił merytoryczną część swojej oferty w celu uniemożliwienia jej weryfikacji innym wykonawcom:

„Zdaniem Izby, Odwołujący słusznie zauważył, że zastrzeżenie przez wykonawców wszystkich informacji składających się na część B oferty, prowadzi w konsekwencji do uniemożliwienia wykonawcom dokonania oceny poprawności opisu i przeprowadzenia

weryfikacji spełnienia oczekiwanych przez zamawiającego założeń, w tym uniemożliwienie dokonania oceny poprawności zadeklarowanych w ofercie parametrów podlegających ocenie. Także zdaniem Izby tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Tym samym tylko te elementy opisu części B, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom. W konkluzji Izba stwierdza, że informacje zawarte w Części B oferty wymagane do oceny ofert, a stanowiące zestawienie wartości parametrów i danych niezbędnych do wyliczenia punktacji, tylko w takim zakresie mogą być przedmiotem zastrzeżenia, w jakim stanowią wynik indywidualnego podejścia wykonawcy dedykowanego do przedmiotu zamówienia. To oznacza, że Zamawiający uwzględniając niniejsze wytyczne powinien w zakresie informacji zastrzeżonych w części B przeanalizować zawarte w wyjaśnieniach wykonawców informacje, rozważyć konieczność ich uzupełnienia i ponownie ocenić prawidłowość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mając na względzie - tak jak podnosi się w orzecznictwie, że ciężar udowodnienia, biorąc również pod uwagę procedury przewidziane ustawą Pzp, spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa. " Wyrok z dnia 4 czerwca 2012 r. KIO/W 16/12.

W niniejszej sytuacji - Wykonawcy, którzy utajnili w całości merytoryczne części swoich ofert - działali nie tyle w celu ochrony jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa, co wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji ich oferty. W wyniku powyższego — części wskazane powyżej powinny zostać odtajnione.

48

V. Reasumując - ww. naruszenia związane z zasadą jawności - mogą stanowić wadę o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Podstawowymi zasadami zamówień publicznych są przejrzystość oraz konieczność zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający - odmawiając dostępu do ofert Wykonawców i korespondencji z nimi (w ostatnim przypadku w dniu 12.09.2012) uniemożliwił ich weryfikację i porównanie z ofertą Odwołującego, czym doprowadził do wypaczenia wyniku postępowania i w konsekwencji tego, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z najnowszym orzecznictwem KIO - zasada jawności ma prymat przed niezasadnym i „masowym” zastrzeganiem tajemnicy przedsiębiorstwa:

„Uznając, że podnoszone w odwołaniu zarzuty nie są zasadne Izba uwzględniła przede wszystkim poglądy wynikające z doktryny i orzecznictwa, w tym orzecznictwa KIO oraz sądowego, w tym Sądu Najwyższego, że zasada jawności, jako podstawowa zasada systemu zamówień publicznych doznaje ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zastrzeżenie może dotyczyć tylko informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i oczywiście nastąpić najpóźniej z momentem złożenia wniosku bądź oferty. 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. Tym samym za skutecznie zastrzeżone mogą być uznane tylko takie informacje, co do których zostały 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. Tak jak słusznie zauważył - powołując się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażane w wyrokach [wyrok z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59; wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67) - wnoszący odwołanie wykonawca, że (...) decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz, że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu." Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym

wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zwraca także uwagę, że w wyroku z dnia 3 października 2000 r. [I CKN 304/00] Sąd Najwyższy stwierdził, że (...) Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Również Krajowa Izba Odwoławcza w dotychczasowym orzecznictwie zwracała uwagę, że (...) nie jest wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, bez konkretnego uzasadnienia, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, czy też wartość gospodarczą bądź posiadają indywidualny charakter i stanowią know-how wykonawcy. Wyrok z dnia 4 czerwca 2012 r. KIO/1016/12.

W związku z powyższym - w niniejszej sytuacji - Zamawiający - poprzez uniemożliwienie weryfikacji ofert a tym samym - poszanowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - wypaczył wynik postępowania, co w konsekwencji powinno doprowadzić do jego unieważnienia. Jediną inną możliwością jest odtajnienie zastrzeżonych informacji w ofertach Wykonawców oraz umożliwienie ich weryfikacji łącznie z możliwością skorzystania ze środków ochrony prawnej.

KIO 1961/12 – odwołanie Asseco Poland S.A.

W dniu 05.09.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny ofert oraz o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.09.2012 r. wobec następujących czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania wbrew przepisom ustawy Pzp, tj.:

- 1) zaniechania wykluczenia Wykonawcy - Sygnity S.A. z postępowania oraz nieodrzczenia jego oferty;
- 2) ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
- 3) dokonania czynności wyboru oferty Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej;
- 4) zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego, wskutek wskazanych wyżej czynności Zamawiającego doszło do naruszenia następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej potwierdzanego posiadaniem opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
- art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ze względu na nieuprawnione prowadzenie negocjacji w sprawie ceny oferty po upływie terminu jej złożenia oraz nieuprawnione poprawienie błędów w obliczeniu ceny;
- art. 8 ust. 2 ze względu na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tj. części oferty Sygnity S.A. oraz ComArch S.A. nie mających charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ze względu na nieodrzczenie oferty Sygnity S.A. której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

- 3) odtajnienia informacji stanowiących część ofert ComArch S.A. oraz Sygnity S.A. nie będących tajemnicą przedsiębiorstwa oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Wykonawcami, a Zamawiającym, wskazanych szczegółowo w treści uzasadnienia;
- 4) wykluczenia Wykonawcy - Sygnity S.A. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
- 5) wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, iż posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem w świetle przyjętych kryteriów oceny oferty jego oferta znajduje się na drugim miejscu, stąd zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy Sygnity S.A. bądź odrzucenia oferty tego podmiotu wprost powoduje pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, rodząc szkodę po jego stronie.

W treści uzasadnienia odwołujący podniósł, co następuje.

1. ZANIECHANIE WYKLUCZENIA WYKONAWCY SYGNITY S.A. NA PODSTAWIE ART.24 UST.2 PKT 4 Z UWAGI NA NIEWYKAZANIE SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W

51

POSTĘPOWANIU DOTYCZĄCEGO SYTUACJI EKONOMICZNEJ POTWIERDZANEGO POSIADANIEM OPŁACONEJ POLISY UBEZPIECZENIA OD ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zawartymi w Rozdziale VIII ust.4 pkt 2 Zamawiający żądał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej sytuacji ekonomicznej wykonawców wykazania się posiadaniem opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości 35 mln złotych nieograniczoną liczbą zdarzeń ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzeniem.

Doprecyzowaniem i wyjaśnieniem żądań Zamawiającego była jego odpowiedź na pytanie zadane przez jednego z wykonawców:

„Czy przedstawione w Rozdziale VIII pkt 4 ppkt 2) sformułowanie dot. Polisy ubezpieczeniowej - „nieograniczoną liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie” odnosi się do polisy ograniczonej jednak sumą ubezpieczeniową 35 mln zł ?” udzielona pismem z dnia 3 lutego 2012 r. (pismo FRA/253/BKT/12/392) o następującej treści:

„Tak. Zamawiający wyjaśnia zgodnie z brzmieniem Rozdziału VIII pkt 4 ppkt 2) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca ma przedłożyć opłaconą polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości; 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć milionów złotych). Polisa nie może zawierać w treści ograniczeń dotyczących liczby zdarzeń ani kwoty określającej wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie, w ramach wskazanej w pierwszym zdaniu kwoty.”

W świetle treści opisu sposobu oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu wybrany Wykonawca SYGNITY S.A. przedstawił trzy odrębne umowy ubezpieczenia zawarte w towarzystwach:

1. TU Allianz SA - Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 000- 12-430-05887941 obejmująca okres ubezpieczenia od 01 maja 2012 do 30 kwietnia 2013 r. na sumę gwarancyjną 20 mln zł;

2. Generali TU SA - Polisa Nr P0/00492291/2012 obejmująca okres ubezpieczenia od 29 maja 2012 r. do 28 maja 2013 r. na sumę gwarancyjną 30 mln zł przy franszyzie redukcyjnej 20 mln zł;

3. ACE European Ltd. - Polisę NR PLCANA03186 obejmująca okres ubezpieczenia od dnia 6 lutego 2012 r. do dnia 5 lutego 2013 r. na sumę gwarancyjną 5 mln zł na jedno i wszystkie zdarzenia ponad 30 mln zł w każdej szkodzie, przy czym bezwzględny udział

52

własny ubezpieczonego wynosi 30 mln zł. Polisa ta jest polisą nadwyżkową związaną z polisami podstawowymi zawartymi w innych towarzystwach ubezpieczeniowych, wraz z dowodami płacenia należnych składek.

Odwołujący wskazuje, iż wątpliwości co do potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku miał również Zamawiający, który pismem z dnia 21.08.2012 r. wezwał wybranego Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień. O zasadności wezwania Zamawiającego świadczy fakt, iż w swojej odpowiedzi z dnia 28.08.2012 r. wybrany Wykonawca odnosi się do brakującego Załącznika nr 1 do polisy Nr 000- 12-430-05887941, którego nie załączył do złożonej oferty, jak twierdzi Wykonawca przez pomyłkę. W treści wyjaśnień SYGNITY S.A. stwierdza, iż ocenie powinien podlegać „sam dokument polisy” a nie zasady jej funkcjonowania, jednocześnie podkreśla, iż wykazane ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej wynosi faktycznie 30 mln złotych (polisa Allianz + polisa Generali), a dopiero łącznie z polisą ACE 35 mln złotych. Tymczasem, suma ubezpieczenia wynikająca z polisy ACE z uwagi na treść złożonych dokumentów nie może podlegać zsumowaniu z pozostałymi załączonymi do oferty polisami.

Przyjęcie przez wybranego Wykonawcę tego typu rozwiązania mogłoby być potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu, o ile stanowiłoby spójną całość z zachowaniem właściwych relacji pomiędzy poszczególnymi umowami oraz nie naruszałoby sformułowanych przez Zamawiającego wymogów. W przypadku umów ubezpieczenia, których kserokopie zostały załączone przez SYGNITY S.A. konstrukcja limitów odpowiedzialności, zakresów pokrycia oraz relacji między umowami wskazuje na brak wypełnienia wymogu wysokości sumy ubezpieczenia dla odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w kwocie 35 mln złotych, a tym samym nie potwierdza spełnienia wymogów w stosunku do polisy określonych przez Zamawiającego.

2 NIEUPRAWNIONE POPRAWIENIE BŁĘDÓW W CENACH DOKONANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO W TRYBIE ART. 87 UST. 2 PKT 3 USTAWY PZP - ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY SYGNITY S.A. POMIMO, ŹE JEJ TREŚĆ NIE ODPOWIADA TREŚCI SIWZ ORAZ POMIMO, ŹE ZAWIERA ONA BŁĘDY W OBLICZENIU CENY

Szczegółowe wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny oraz rozliczeń i płatności Zamawiający ujął w Rozdziale VI SIWZ (str.5 - 7 specyfikacji) oraz w § 8 Umowy. Zgodnie z powyższymi wymaganiami Zamawiający żądał od wykonawców dokonania kalkulacji ceny z uwzględnieniem wyspecyfikowanych składników (komponentów) oraz wskazanych świadczeń niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze „Szczegółową specyfikacją ceny oferty” ujętą w formie wzoru, stanowiącego Załącznik nr 3

53

do SIWZ. Wymaganie Zamawiającego jest zrozumiałe i oczywiste, pomimo iż wynagrodzenia ma charakter ryczałtowy, to jednak z uwagi na przyjęty sposób rozliczeń i dokonywanych płatności niezbędne było wykazanie przez wykonawców cen za poszczególne działania realizowane w różnych okresach czasu w trakcie trwania umowy. Przy czym, w odniesieniu do usług/komponentów dotyczących usług budowy i wdrożenia oraz asysty powdrożeniowej wykonawcy zobowiązani byli skalkulować cenę w podziale na wyspecyfikowane Architektury Pośrednie: TA2, TA3, TA4 (kolumny 4, 5, 6 wzoru Szczegółowej specyfikacji ceny oferty) oraz w podziale na etapy realizacyjne: etap pakietu projektowego Architektury Pośredniej, etap pełnego wdrożenia, etap asysty powdrożeniowej (pozycje 1.2.1, 1.2.2., 1.2.3 Szczegółowej specyfikacji ceny oferty). W taki też sposób Zamawiający dokonywać będzie płatności, odrębnie za każdy powyższy etap w odniesieniu do każdej Architektury Pośredniej (§ 8 ust.2 Umowy).

Nie może więc być spornym, iż kwoty wskazane przez wykonawców w pozycjach 1.2.1, 1.2.2., 1.2.3 kolumnach 4-6 Szczegółowej specyfikacji technicznej ceny oferty stanowią CENĘ w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 o cenach (Dz.U.2001.97.1050 wraz z późniejszymi zmianami, w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W ofercie wybranego Wykonawcy we wskazanych pozycjach „Szczegółowej specyfikacji ceny oferty” wskazano ceny (kwoty do zapłaty) za wykonanie poszczególnych etapów, których sumaryczne wartości w odniesieniu do każdej z trzech Architektur Pośrednich nie odpowiadają wartościom podanym w pozycji 1. Na ten błąd zwrócił uwagę Zamawiający kierując do wybranego Wykonawcy w dniu 17 sierpnia 2012 r. wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo FRA/253/BKT/12/2974) z prośbą o wyjaśnienie stwierdzonego błędu.

W odpowiedzi na wezwanie wybrany Wykonawca w piśmie z dnia 23 sierpnia 2012 r. nie udzielił żadnych wyjaśnień, które mogłyby tłumaczyć stwierdzony błąd, a jedynie stwierdził, iż sumaryczne kwoty wskazane w odniesieniu do każdej z Architektur Pośrednich są „prawidłowe” i załączył fragment „Szczegółowej specyfikacji ceny oferty” (pozycje 1.2.1, 1.2.2., 1.2.3) zawierający wszystkie zupełnie nowe, inne ceny aniżeli w złożonej ofercie bez żadnego uzasadnienia.

Zamawiający, jak wynika z podjętej decyzji, uznał informacje zawarte w piśmie Wykonawcy za wystarczające i dostatecznie wyjaśniające stwierdzony błąd i poprawił wszystkie dziewięć cen (trzy etapy dla każdej z trzech Architektur Pośrednich) przepisując je zgodnie ze wskazaniem Wykonawcy.

W odniesieniu do tej czynności, zdaniem Odwołującego, uprawnione i uzasadnione jest postawienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 - poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków

54

zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a w następstwie tego zaniechania odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy z uwagi na okoliczność wskazaną przepisem art. 89 ust. 1 pkt 6 - oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W ocenie Odwołującego za zasadnością powyższego zarzutu przemawiają następujące okoliczności:

- kwoty podane we wskazanych pozycjach bezspornie stanowią ceny (należności Wykonawcy) zgodnie z treścią SIWZ i postanowieniami § 8 ust. 2 w związku z § 8 ust. 1 pkt 1-3 Umowy - „płatności za realizację Architektury Pośrednich TA2, TA3, TA4, określone w ust. 1 pkt 1-3, będą dokonywane po zakończeniu każdego Etapu w ramach danej Architektury Pośredniej, potwierdzonego protokołem odbioru Końcowego Etapu według ceny za Etap podanej w Załączniku nr 9 do Umowy.” ;
- jednolicie ukształtowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (Np. wyrok z dnia 12 marca 2012 r. Sygn. akt: KIO 429/12; WYROK z dnia 16 lipca 2012 r. Sygn. akt: KIO 1323/12; WYROK z dnia 23 stycznia 2012 r. Sygn. akt: KIO 55/12; WYROK z dnia 27 kwietnia 2012 r. Sygn. akt: KIO 758/12; KIO 774/12) stanowi, iż aby możliwe było dokonanie poprawienia innych omyłek w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest to, iż Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. W przedmiotowej sprawie niemożliwym było dokonanie poprawy bez wcześniejszego uzgodnienia z odwołującym - przyjęcie przez Zamawiającego nowych cen, bez żadnych wyjaśnień ani wskazania okoliczności, jakie mogły spowodować zaistnienie tego błędu przez wybranego Wykonawcę, wezwanego do ich złożenia;
- tego, iż stwierdzony błąd nie ma także koniecznego atrybutu, aby mógł być poprawiony w tym trybie - musiałaby być to OMYŁKA - dowodzi także sposób, w jaki Wykonawca dokonał zmiany cen. Otóż w odniesieniu do każdej Architektury Pośredniej dokonał tylko prostej manipulacji poprzez przemnożenie każdej z trzech wartości odnoszącej się do poszczególnych Architektury Pośrednich - odpowiednio przez stały mnożnik - zmniejszający lub zwiększający podane ceny tak aby rachunkowo odpowiadały wartościom podanym w odpowiednich kolumnach pozycji 1 „Szczegółowej specyfikacji ceny oferty”. Szczegółową ilustrację tego działania przedstawia przykładowo poniższe zestawienie dokonane dla Architektury Pośredniej TA2:

55

Etapy Cena ofertowa Przyjęty przez „Nowa cena” realizacyjne

Wykonawcę

mnożnik przeliczeniowy

1.2.1. 0,989651 9 094 010,35 8 999 894,09 Pakiet projektowy

Architektury Pośredniej (Etap

1- maks.20% poz.I)

1.2.2. 38 361 043,86 37 964 035,53 Pełne wdrożenie

(Etap 2)

1.2.3. Asysta 3 690 000,00 3 651 811,24 wdrożenia (Etap 3)

RAZEM 51 145 054,21 50 615 740,86

Uwagi Cena niezgodna z Wartość

pozycją 1 kalkulacji doprowadzona do
ceny zgodności z pozycją 1 kalkulacji ceny

Wykonawca analogicznie dokonał tej samej manipulacji rachunkowej i zmienił ceny w odniesieniu do:

- a) Architektury Pośredniej TA3 - mnożnik zwiększający 1,010628
- b) Architektury Pośredniej TA4 - mnożnik zmniejszający 0,988286.

W świetle powyższych faktów zrozumiałe staje się, iż w następstwie wezwania Zamawiającego wybrany Wykonawca nie podjął nawet próby udzielenia wyjaśnień i wytłumaczenia przyczyn i powodów popełnionego błędu (np. iż jest to następstwem tego, iż wadliwie ujął dwukrotnie jedną ze wskazanych pozycji w Etapie 2 chociaż jej koszt ponoszony jest w Etapie 1 itp.), jako że stwierdzony błąd nie jest następstwem „omyłki” a efektem świadomego działania Wykonawcy, swobodnego kreowania cen za wykonanie poszczególnych etapów bez powiązania ich z ponoszonymi kosztami, niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Również w tej kwestii Izba wyrażała swoje stanowisko (Np. wyrok z dnia 28 sierpnia 2012 r.. Sygn. akt KIO 1730/12) wskazując, iż swoboda wykonawcy w kształtowaniu

56

poszczególnych cen doznaje ograniczeń, jeżeli zamawiający - tak jak w przedmiotowym postępowaniu - nakazuje ich obliczenia w ściśle określony sposób.

Tym samym, oprócz faktu, iż Zamawiający w oparciu o treść złożonej oferty nie był absolutnie w stanie poprawić tego błędu, to wykazany błąd nie jest „omyłką” co także eliminuje możliwość jego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. A konsekwencją tego Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając powyższe na uwadze zarzut Odwołującego jest uprawniony i uzasadniony.

**3 OBJĘCIE TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA INFORMACJI, KTÓRE Z UWAGI NA POWSZECHNĄ WIEDZĘ O NICH NIE MOGĄ BYĆ SKUTECZNIE ZASTRZEŚONE
KLAUZULĄ „TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA”**

1) W ramach prowadzonego postępowania Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących podstaw zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa na podstawie przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zastrzeżonych przez Wykonawców części ofert. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie mu protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności zaś treść złożonych w tym postępowaniu ofert. Jak wynika z uzyskanych informacji w zakresie dotyczącym Wykonawców Sygnity S.A. i ComArch S.A. utajnili oni nie tylko poszczególne elementy w swoich ofertach, ale również treść dokumentu zawierającego wyjaśnienia powodów utajnienia zastrzeżonych części oferty. Należy przyjąć, iż takie działanie Wykonawcy jest sprzeczne z przepisami art. 8 ust. 1 i 3 ustawy. Zgodnie z treścią tego przepisu postępowanie ma charakter jawny, a wyjątkiem od niego jest możliwość nie ujawnienia tylko tych informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno jednak uznać, że tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowią wyjaśnienia dotyczące powodów utajnienia innych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. O ile bowiem w treści tychże wyjaśnień nie zostały wprost ujawnione informacje, które stanowiły pierwotnie utajnioną część oferty danego wykonawcy, to w pozostałej części wyjaśnienia odnoszą się jedynie do kwestii o charakterze ogólnym (np. referencje dotyczą realizacji zamówień na rzecz podmiotów prywatnych, osoby wskazane do realizacji zamówienia stanowią istotny zasób firmy, koncepcja architektury odnosi się do autorskiej wizji wykonawcy, prezentacja zawiera produkty stanowiące know-how wykonawcy, firma posiada wdrożoną procedurę

zarządzania bezpieczeństwem informacji etc.). Informacje te same z siebie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i wielokrotnie - zarówno przez Sygnity S.A., jak i przez ComArch

57

S.A. - były publicznie ujawniane w ramach innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zatem przyjąć, że Zamawiający zobowiązany był do ujawnienia Odwołującemu treści wyjaśnień złożonych przez konkurencyjnych Wykonawców, co najwyżej za wyjątkiem tych informacji z treści pisma, które stanowiły pierwotnie utajnione części ofert tych Wykonawców.

2) Analiza jawnych części ofert wskazuje, iż Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie zastrzeżonych elementów ofert, uwzględniając w ten sposób treść otrzymanych od Wykonawców wyjaśnień. Należy jednak stwierdzić, iż takie działanie Zamawiającego w odniesieniu do niektórych dokumentów nie jest prawidłowe i narusza zasadę jawności postępowania. Odwołujący wskazuje, iż jak wynika z analizy treści oferty Comarch S.A. firma ta zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa m. in. informację z banku oraz treść zawartej polisy ubezpieczeniowej. Należy podkreślić, iż postawa tego Wykonawcy jest niekonsekwentna, a przez to nie wypełnia wszystkich znamion pozwalających uznać je za tajemnicę w świetle przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jedną z przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest bowiem to, że muszą być to informacje nieujawnione do informacji publicznej. Jeśli zatem chociaż raz dany przedsiębiorca dane informacje ujawni publicznie nie ma mowy o uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu pragniemy podkreślić, iż według najlepszej wiedzy Odwołującego w ramach postępowań o zamówienie publiczne Wykonawca ComArch S.A. kilkakrotnie składał przedmiotowe dokumenty, które w tamtych przypadkach traktowane były jako informacje jawne i powszechnie dostępne. Takie działanie Wykonawcy jest niezgodne z ustawą i - jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2793/10) - „Izba stoi na stanowisku, iż zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców”. Zwrócić należy przy tym uwagę, iż w analogicznej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza już raz w tym roku wyraziła swoje stanowisko w odniesieniu do tej bezprawnej praktyki stosowanej przez ComArch S.A. nakazując Zamawiającemu odtajnienie informacji z banku oraz polisy ubezpieczeniowej dołączonych do oferty ComArch S.A. W wyroku z dnia 12 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 590/12; KIO 600/12) Izba wyraziła następujący pogląd: „Niewątpliwym jest, iż informacje zawarte w opiniach bankowych, jak również w certyfikacie ubezpieczeniowym oraz dowodzie ubezpieczenia nie mają charakteru technologicznego, jak i technicznego, gdyż nie dotyczą sposobów wytwarzania, poziomu specjalizacji, poufności wynalazku i metod działania. Nie stanowią również informacji organizacyjnych i nie posiadają wartości gospodarczej zarówno załączone do wniosku opinie bankowe wykonawcy C. [ComArch S.A. - przyp. własny] i H. oraz certyfikat ubezpieczeniowy

58

wykonawcy C. oraz dowód ubezpieczenia wykonawcy H. nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż potwierdzają jedynie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych przez Zamawiającego środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 PLN oraz posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 30.000.000,00 PLN. Warunek ten jest jawny i został podany do wiadomości publicznej w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zarówno opinia bankowa załączona do wniosku przez wykonawcę C., jak przez wykonawcę H., a także certyfikat ubezpieczeniowy wykonawcy C. oraz dowód ubezpieczenia wykonawcy H., nie zawierają więc żadnych danych, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i które powodowałyby konieczność utajnienia całej ich treści. Ponadto, jak wykazał to odwołujący I., informacje tego rodzaju, w tym certyfikat ubezpieczeniowy i dowód ubezpieczenia o treści identycznej jak w niniejszym postępowaniu, były już ujawniane przez tych wykonawców w innych postępowaniach o zamówienie publiczne. Jediną różnicę, jeśli chodzi o opinie bankowe, stanowią wartości środków finansowych znajdujących się na kontach wykonawcy zawartych w informacjach, a wskazanych na konkretny dzień, co jest naturalną

konsekwencją prowadzenia każdej działalności. Tak więc działania podjęte przez tych wykonawców celem zachowania ich poufności w świetle okoliczności wykazanych przez odwołującego a więc ujawniania ich treści w jednych postępowaniach a utajniania w innych wskazuje na całkowitą dowolność i niekonsekwencję podejmowanych działań. Tym samym Izba uznała iż nieuprawnionym było zastrzeżenie przez wykonawcę C. opinii bankowej i certyfikatu ubezpieczeniowego a przez wykonawcę H. opinii bankowej oraz dowodu ubezpieczenia, nakazując zamawiającemu ich odtajnienie".

3) Z analizy całokształtu dokumentacji postępowania udostępnionej przez
iż oferta wybrana przez Zamawiającego wynika, Wykonawca, którego została Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu korzystał z potencjału podmiotów trzecich, na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy. Co więcej podmiot/-y te będą brały udział w realizacji części zamówienia, a zatem niezbędne w stosunku do tych podmiotów było również przedstawienie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (dokumenty takie znajdują się w treści oferty Sygnity S.A.). Konkluzja ta wynika chociażby z analizy treści odwołania wniesionego przez Sygnity S.A. w dniu 30 lipca 2012 r., które wskazuje na fakt posłużenia się zasobami podmiotu zagranicznego. Oczywiście Odwołujący zdaje sobie sprawę, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów (a także dokumenty dotyczące podwykonawcy, który udostępnił swoje zasoby) mogą być uważane za tajemnicę, ale tylko i wyłącznie w zakresie dotyczącym „tożsamości” tego podmiotu, z którym Wykonawca podjął

59

współpracę. Oznacza to, że w momencie, w którym zostanie ujawniona informacja dotycząca nazwy podmiotu udostępniającego swoje zasoby na rzecz Wykonawcy, dokumenty te winny stać się jawne, gdyż same w sobie nie stanowią one jakiegokolwiek tajemnicy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, ani też nie posiadają wartości gospodarczej. Co więcej treść większości dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia danego podmiotu jest jawna z mocy przepisów prawa i możliwa do uzyskania w dozwolonej przepisami drodze. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Sygnity utajnił treść zobowiązania podmiotu trzeciego oraz treść dotyczących go dokumentów. W momencie składania oferty działanie takie było w ocenie Odwołującego uprawnione. Tym niemniej sytuacja ta zmieniła się w toku postępowania. W dniu 31 lipca 2012 r. ukazał się artykuł „E-podatki coraz bliżej. Wkrótce rozstrzygnięcie przetargu” na stronie Polskiego portalu Finansowego „Bankier.pl”, w którym zawarto m. in. następujące stwierdzenie: „Cena to 40 proc. oceny ogólnej, 30 proc. to referencje, w tym pozycja proponowanego systemu w rankingu firmy Gartner, pozostałe 30 proc. to ocena prezentacji działania systemu - mówi M..... T....., wiceprezes zarządu Sygnity, które złożyło drugą pod względem wielkości ofertę cenową (232 mln zł). Firma startuje z rozwiązaniem GenTax amerykańskiej firmy Fast Enterprises, wdrożonym już w USA w 26 stanach”. Okoliczność tą potwierdza również ocena przyznana tej ofercie przez Zamawiającego, który w kryterium Architektura rozwiązania przyznał jej maksymalną liczbę punktów. Było to możliwe tylko i wyłącznie w przypadku zaoferowania rozwiązania znajdującego się w pierwszej trójce rankingu firmy Gartner w zakresie tej klasy rozwiązań (a rozwiązanie firmy FAST spełnia ten warunek). Jako że z informacji, które Odwołujący się pozyskał od pozostałych producentów rozwiązań najwyższej plasowanych w tym rankingu (Oracle, SAP) wynika, iż rozwiązania tych firm nie zostały zaoferowane przez Sygnity, to oczywistą staje się konkluzja o podjęciu współpracy przez Sygnity z firmą FAST. Dodatkową przesłanką pozwalającą potwierdzić „tożsamość” podmiotu udostępniających swoje zasoby na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia jest również fakt, iż treść odwołania Sygnity S.A. wskazuje na podmiot zagraniczny jako podmiot, z którego zasobów korzysta ten Wykonawca. W końcu w ramach dokumentacji postępowania znajduje się również dokumentacja korespondencji pomiędzy Zamawiającym a pracownikami MSZ dotyczącymi dokumentów amerykańskich w zamówieniach publicznych w odniesieniu do spółki typu LLC. Właśnie tego typu spółką jest FAST Enterprises. Mając powyższe na uwadze należy przyjąć, iż ze względów wskazanych powyżej w przedmiotowej sytuacji brak jest podstaw do pozostawienia jako tajnej części oferty Sygnity S.A. zawierającej zobowiązanie do udostępnienia zasobów podpisanego przez firmę FAST Enterprises LLC oraz dokumentów tej firmy potwierdzających brak podstaw do jej wykluczenia.

4) Okoliczności wskazane w pkt 3) powyżej mają również wpływ na konieczność odstąpienia dodatkowo jeszcze innego dokumentu, tj. części koncepcji architektury rozwiązania zawartej w ofercie Sygnity S.A. - w zakresie dotyczącym dołączonych do niej dokumentów „referencyjnych” potwierdzających wykonanie określonej liczby wdrożeń oferowanych rozwiązań narzędzia GenTax firmy FAST Enterprises LLC. Jeśli bowiem brak jest aktualnie podstaw do zachowania w tajemnicy informacji jakie narzędzie zostało zaoferowane przez Sygnity S.A. (Wykonawca sam bowiem ujawnił tę informację), to również informacja na temat referencyjnych wdrożeń nie powinna stanowić tajemnicy. Należy zwrócić przy tym uwagę na fakt, że informacje te są powszechnie dostępne. Informacja na temat liczby oraz miejsc wdrożeń tego narzędzia znajduje się między innymi na stronie internetowej producenta - FAST Enterprises LLC. Mając zatem na uwadze, że na obecnym etapie postępowania informacje te nie stanowią już tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący domaga się ich udostępnienia.

4. ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY SYGNITY S.A., POMIMO ŚE JEJ TREŚĆ NIE ODPOWIADA TREŚCI SMWZ

Oferta Sygnity S.A. winna zostać również odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści SMWZ. W załączniku nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia „Wymagania główne w zakresie realizowanych produktów” w rozdziale 1 „Wymagania ogólne” podrozdziale 1.1 „Architektura systemów i standardy” Zamawiający zawarł następujące wymaganie:

„S.WYM.411 - Obsługiwane systemy operacyjne klienta. (TA2, TA3, TA4) Przeznaczone dla klientów AP aplikacje desktopowe oraz usługi dostępne przez WWW powinny funkcjonować na systemach Microsoft Windows, Mac OS X, Linux”.

W złożonej ofercie, Sygnity S.A. oferuje oprogramowanie gotowe klasy ITS - Fast Enterprises GenTax, które nie zapewnia realizacji cyt. wymagania. Zastosowana w GenTax, Platforma prezentacyjna Windows Presentation Foundation nie jest bowiem dostępna w systemach operacyjnych Mac OS X i Linux. Windows Presentation Foundation jest zarejestrowanym znakiem towarowym Microsoft Corporation i dostępna jest jedynie w systemach Microsoft Windows.

Strony i uczestnicy postępowania na rozprawie podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska. Tożsame stanowiska zostały podtrzymane w składanych pismach procesowych. W toku rozprawy Odwołujący SMT Software S.A. w ramach odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 1956/12 wycofał wniosek dowodowy o powołanie dowodu z opinii biegłego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w postępowaniu przez wykonawców, jak również korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, po zapoznaniu się z każdym z odwołań, stanowiskiem Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie wszystkich odwołań (sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12 oraz KIO 1961/12) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Izba badała przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia w odniesieniu nie do poszczególnych zarzutów, lecz poszczególnych odwołań.

W zakresie odwołań o sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12 oraz KIO 1961/12 Izba ustaliła, iż Odwołujący złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty. Zamawiający wykluczył z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Odwołującego SMT Software S.A. ze względu na nie wniesienie wadium. Odwołujący SMT Software S.A. podnosząc w ramach odwołania rozpatrywanego pod sygn. akt KIO 1956/12 zarzuty zmierza m.in. do przywrócenia go do postępowania i tym samym poddania jego oferty badaniu, co jednocześnie daje mu szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. W zakresie odwołań o sygn. akt KIO 1955/12 (Comarch Polska S.A.) oraz o sygn. akt KIO 1961/12 (Asseco Poland S.A.) Odwołujący się wykonawcy podnoszą zarzuty wobec ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach w ramach rankingu ofert, co daje im również szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

62

W zakresie zarzutów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący mają interes, gdyż mają prawo do złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania (zasada jawności). Odmowa dostępu do oferty, czy jej części powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia (brak możliwości weryfikacji ofert konkurencji).

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba uwzględniła również przekazaną przez Zamawiającego w oryginale dokumentację postępowania, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu z jego zmianami, SIWZ wraz ze zmianami, protokół postępowania wraz z załącznikami, oferty złożone w postępowaniu wraz z ich uzupełnieniem, jak również korespondencję prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Uwzględniła również protokół z prezentacji oprogramowania.

Tym samym Izba rozpoznając poszczególne zarzuty odnoszące się do kwestii związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa uwzględniła w części zastrzeżonej oferty złożone przez wykonawców Comarch Polska S.A., SKG S.A., Sygnity S.A., SMT Software S.A. oraz Asseco Poland S.A.

W odniesieniu do dokumentacji postępowania Izba uwzględniła wszelkie wnioski dowodowe składane przez Strony i uczestników postępowania na etapie rozprawy oraz w pismach procesowych.

Izba dopuściła również dowody zgłoszone przez strony w toku rozprawy, w tym zgłoszony przez Odwołującego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 w postaci korespondencji mailowej wraz z tłumaczeniem z organami skarbowymi miasta Scottsdale, stanu West Virginia, stanu Montana, stanu Michigan, stanu Utah, miasta New Mexico, stanu Vermont, kopii artykułu „E-podatki coraz bliżej” oraz korespondencji mailowej z przedstawicielem wykonawcy Affecto. Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane przez przystępującego Sygnity S.A. w postaci tłumaczenia przysięgłego „Oświadczenia Krajów Członkowskich dotyczącego Konwencji Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD)”, jak również stanowiska Służby Handlowej Stanów Zjednoczonych przy Ambasadzie Amerykańskiej w Warszawie oraz Certyfikatu Systemu Zarządzania ISO/IEC 27001:2005 i oświadczenia autora artykułu „E-podatki coraz bliżej”.

63

Izba w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 postanowiła dopuścić dowody zgłoszone przez Odwołującego się wykonawcę Comarch. Izba nie uwzględniła w tym

zakresie wniosków Zamawiającego o niedopuszczenie dowodów, gdyż zarzut ten został oparty na argumentacji zmierzającej *de facto* do odparcia zarzutów Odwołującego, a więc nie odnosił się do kwestii formalnych lecz merytorycznych, tj. oceny wiarygodności i mocy dowodowej, o której to ocenie mowa jest w art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. Tym samym oddalenie zgłoszonych przez wykonawcę Comarch wniosków dowodowych, z zarzutów i uwzględnieniem podniesionych przez Zamawiającego Przystępujących, stanowiłoby jednocześnie przesądzenie o zasadności podniesionych zarzutów i ocenę tychże dowodów, która we wskazanym przez Zamawiającego zakresie winna nastąpić na etapie merytorycznego rozpoznania odwołania.

Złożoną w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 przez wykonawcę Comarch Polska S.A. wraz z tłumaczeniem „opinię dotyczącą różnic pomiędzy Sales Tax obowiązującym na terenie Stanów Zjednoczonych a podatkiem VAT obowiązującym w ramach Unii Europejskiej” oraz publikacji Ernest & Young dotyczącej stosowanych w poszczególnych krajach typów podatków pośrednich wraz z tłumaczeniem Izba uznała za stanowisko własne Odwołującego Comarch Polska S.A.

Analogicznie Izba za stanowisko własne Zamawiającego w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 uznała pismo z dnia 25.09.2012 r. sporządzone przez PricewaterhouseCoopers Spółka z o.o. w zakresie definicji administracji podatkowej, pojęcia podatku pośredniego oraz wdrożenia aplikacji w administracji podatkowej kraju OECD.

Izba uwzględniła również dowody zawnioskowane przez Odwołującego Comarch Polska S.A. w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 wraz z pismem z dnia 01.10.2012 r. w postaci korespondencji mailowej z przedstawicielami Oracle oraz korespondencji mailowej z przedstawicielem stanu Vermont wraz z tłumaczeniem.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1956/12 Izba dopuściła dowód zgłoszony przez Przystępującego Sygnity S.A. w postaci dwóch pism Towarzystw Ubezpieczeniowych (Allianz z dnia 20.09.2012 r. oraz Generali z dnia 23.08.2012 r.) odnoszących się do złożonych wraz z ofertą Sygnity S.A. polis od odpowiedzialności cywilnej. Izba dopuściła również dowód z dokumentu zawnioskowany wraz z pismem Odwołującego SMT Software S.A. z dnia 26.09.2012 r. w postaci pisma zawierającego oświadczenie wystawcy gwarancji wadialnej Towarzystwo Ubezpieczeń EUROPA S.A. Izba dołączoną wraz z pismem procesowym Odwołującego SMT Software S.A. opinię prywatna Nexum Brokerzy Ubezpieczeniowi S.A. z dnia 12.09.2012 r. uznała za stanowisko własne Odwołującego.

64

Ponadto Izba w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1961/12 złożoną przez Odwołującego Asseco Poland S.A. analizę sporządzoną przez Gras Savoye Izba uznała, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, za jego stanowisko. Analogicznie Izba oceniła przedstawioną przez przystępującego Sygnity S.A. symulację związaną z poprawieniem formularza cenowego (załącznik nr 3 do SIWZ). Izba w zakresie powyższego odwołania uwzględniła również dowody w postaci kopii artykułów prasowych Izba uwzględniła również dodatkowe dowody złożone przez Przystępującego Comarch Polska S.A. na rozprawie w postaci artykułów prasowych „Asseco i Sygnity najbliższe ePodatków” zamieszczonego w dzienniku Puls Biznesu z dnia 30.07.2012 r. nr 145 str. 8 oraz artykułu „E-podatki coraz bliżej. Wkrótce rozstrzygnięcie przetargu” zamieszczonym w dniu 31.07.2012 r. w serwisie internetowym www.wyborcza.biz. uznając je za w pełni dopuszczalne oraz adekwatne w kontekście podniesionej tezy dowodowej. Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez przystępującego Sygnity S.A. w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności jego oferty z treścią SIWZ w postaci oświadczenia producenta (przy zastrzeżeniu wyłączenia jego jawności) na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp ze względu na okoliczność, iż fakty, które mają być wykazane powyższym dowodem z dokumentu zostały stwierdzone przy użyciu innych dowodów (dokumentacja postępowania – oferta Sygnity S.A.).

Izba uwzględniła również powołane w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1961/12 przez przystępującego Sygnity S.A. dowody z dokumentów w postaci dodatku nr 1 do załącznika do polisy nr PLCANA03186 oraz oświadczenia ACE European Group Ltd. Spółka z o.o. z dnia 29.05.2012 r.

Izba w zakresie wszystkich odwołań uznała przedłożone przez Zamawiającego opinie prawne dotyczące gwarancji wadialnej SMT Software S.A. oraz polis ubezpieczeniowych Sygnity S.A. sporządzone na podstawie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp za stanowisko własne Zamawiającego.

W odniesieniu do sformułowanych na etapie rozprawy zarzutów w zakresie oddalenia wniosków dowodowych Izba postanowiła dopuścić wnioski dowodowe zgłoszone przez Sygnity S.A. i ComArch Polska S.A.

Izba wskazuje, iż jedynie niedopuszczalność dowodu (np. dowód nielegalny lub zdobyty w taki sposób) oraz brak możliwości jego przeprowadzenia (dowód niemożliwy), jak również przesłanki wskazane w treści art. 190 ust. 6 ustawy Pzp mogą decydować o odmowie przeprowadzenia dowodów i tym samym o możliwości oddalenia zgłoszonych wniosków dowodowych. Konsekwencje takie powoduje również brak możliwości sformułowania tezy dowodowej lub sformułowanie jej w sposób nieadekwatny do

65

wykazywanych faktów lub też powodujący, iż zgłoszony wniosek dowodowy nie zmierza do wykazania okoliczności mogących potwierdzić istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia okoliczności, a więc w przypadku gdy przeprowadzenie dowodu jest irrelevantne dla rozstrzygnięcia sporu.

Wskazywane przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego okoliczności odnoszą się do oceny merytorycznej tych dowodów. Zatem nie mogą one zdecydować o ich dopuszczeniu lub braku dopuszczenia a jedynie będą brane pod uwagę na etapie oceny ich wiarygodności i mocy dowodowej.

W doktrynie i piśmiennictwie mającej za przedmiot teorię dowodów w procedurze cywilnej można dostrzec postulaty o braku katalogu zamkniętego środków dowodowych w postępowaniu cywilnym - analogicznie jak w postępowaniu administracyjnym, w którym z art. 75 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) wynika, że: „Jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem”.

Należy wskazać, iż norma prawna wyrażona w art. 190 ust. 3 ustawy Pzp również nie zawiera zamkniętego katalogu dowodów, gdyż przepis ten posługując się zwrotem „(...) w szczególności (...)” i tym samym nie tworzy on zamkniętej listy dowodów.

W doktrynie wskazuje się również, iż ocena dopuszczalności i przydatności dowodu może nastąpić już po jego formalnym dopuszczeniu, tj. dopiero na etapie merytorycznego rozpoznania i samej oceny dowodów.

Tym samym Izba dopuściła jako dowód wydruki korespondencji mailowej złożone przez wykonawcę Comarch Polska S.A. i poddała je ocenie w ramach merytorycznego rozpoznania odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach skład orzekający Izby stwierdził, że odwołania o sygn. akt KIO 1955/12, sygn. akt KIO 1956/12 oraz KIO 1961/12 zasługują na uwzględnienie.

W ramach kwestii związanych z ciężarem dowodów w odniesieniu do zarzutów związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa Izba wskazuje, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciąży on po stronie wykonawcy, który powołuje się na zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż to ten podmiot w związku z tą okolicznością wyciąga dla siebie korzystne skutki prawne. W ramach postępowania odwoławczego, na co słusnie wskazał przystępujący STM Software S.A w ramach odwołania rozpoznawanego pod

66

sygn. akt KIO 1961/12, wystarczające jest przywołanie jako dowodu zawartej w dokumentacji postępowania części zastrzeżonej ofert oraz złożonych przez wykonawców wyjaśnień w tym zakresie. Ocena powyższych dowodów, przy uwzględnieniu okoliczności związanych z wypełnieniem przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala na ocenę zasadności dokonanych zastrzeżeń.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Dokonane przez Izbę poniższe ustalenia faktyczne odnoszą się łącznie do wszystkich rozpoznawanych odwołań.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający określił w treści SIWZ następujące wymagania i informacje:

Rozdział I. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest budowa, wdrożenie i utrzymanie systemu e-Podatki, w tym podsystemów kluczowych, podsystemów dodatkowych, infrastruktury, i oprogramowania standardowego, zmian w istniejących systemach oraz pozostałych komponentów, a także dostarczenie pozostałego wymaganego oprogramowania oraz świadczenie usług dodatkowych obejmujących:

- 1) Wsparcie zarządzania kontraktem;
- 2) szkolenia i przekazywanie wiedzy;
- 3) asystę powdrożeniową;
- 4) wsparcie konsultanckie;
- 5) utrzymanie oprogramowania wspierającego system;
- 6) wsparcie obsługi zmian.

Rozdział VI. Opis sposobu obliczenia ceny, rozliczenia i płatności.

1. Cena całkowita oferty podana na Formularzu Ofertowym, musi stanowić sumę poszczególnych składników wyszczególnionych w Szczegółowej specyfikacji ceny oferty, sporządzonej zgodnie ze wzorem oraz wymaganiami przedstawionymi w Załączniku 3 do SIWZ.
2. Cena całkowita oferty musi obejmować wszelkie obciążenia związane z realizacją Umowy oraz wynikające z przepisów prawa, w tym wynagrodzenie wynikające z przeniesienia praw

autorskich w pełnym zakresie do produktów powstałych w trakcie realizacji Umowy na określonych w Umowie polach eksploatacji, jak również wszystkie koszty, opłaty, wydatki Wykonawcy w tym koszty związane z licencjami lub sublicencjami, oraz prawami zależnymi, a także podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT), jeśli jest należny.

3. Cena, o której mowa w ust. 1 musi być wyrażona w złotych polskich.

4. Rozliczenia między Zamawiającym, a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich, wg wartości nominalnej Przedmiotu Zamówienia, z uwzględnieniem postanowień zawartych we Wzorze Umowy.

5. Szczegółowy sposób rozliczeń, w tym podstawy dokonywania płatności jest określony we Wzorze Umowy, przy czym ogólne zasady rozliczeń i płatności za Przedmiot Zamówienia są Następujące (dla następujących składników przedmiotu zamówienia określił następujący rodzaj wynagrodzenia):

1. Usługa budowy i usługa wdrożenia (łącznie):

1.1. Prototyp (Etap 1) – ryczałtowe;

1.2. Pełne wdrożenie (Etap 2) – ryczałtowe.

2. Usługa i utrzymanie systemu:

2.1. Eksploatacja – ryczałtowe;

2.2. Zmiany w ramach rozwoju systemu – wynagrodzenie niezależne jest wyliczane poprzez przemnożenie wykorzystanych punktów funkcyjnych oraz ceny jednego punktu funkcyjnego wynikającej z oferty.

3. Usługi uzupełniające.

3.1. Wsparcia zarządzania kontraktem – ryczałtowe;

3.2. Szkolenia i przekazywanie wiedzy:

3.2.1. Szkolenia prowadzone metoda bezpośrednią – wynagrodzenie należne jest wyliczane poprzez przemnożenie wykorzystanych dni szkoleń oraz ceny jednego dnia szkolenia wynikającej z oferty.

3.2.2. Przekazywanie wiedzy podmiotom zewnętrznym – wynagrodzenie należne jest wyliczane poprzez przemnożenie wykorzystanych dni przekazywania wiedzy oraz ceny jednego dnia świadczenia usługi wynikającej z oferty.

3.2.3. Pozostałe działania – ryczałtowe.

- 3.3. Asysta powdrożeniowa (Etap 3) – ryczałtowe.
- 3.4. Wsparcie konsultanckie – wynagrodzenie należne jest wyliczane poprzez przemnożenie wykorzystanych osobogodzin oraz ceny jednej osobogodziny wynikającej z oferty.
- 3.5. Utrzymanie oprogramowania wspierającego system – ryczałtowe.
- 3.6. Wsparcie obsługi zmian prawnych – ryczałtowe.
- 4. Pozostałe wymagane oprogramowanie – ryczałtowe.

68

Rozdział VIII. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków.

4. Warunek, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1) lit. c SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się:

2) opłacona polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości: 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć milionów złotych) nieograniczona liczba zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie.

Rozdział IX do SIWZ „Wymagane oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ”:

Pkt 12. Dokument zawierający dowód, zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy, że Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów niezbędnymi do realizacji zamówienia, o ile dotyczy. Jeżeli podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 7 -11.

Rozdział X. Wymagania dotyczące wadium.

1. Wykonawca przystępujący do przetargu jest obowiązany wnieść wadium w wysokości: 6 000 000,00 zł (słownie: sześć milionów złotych).

2. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) w pieniądzu,
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy musi być poręczeniem pieniężnym,
- 3) gwarancjach bankowych,
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych,
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 z późn. zm.).

3. Wniesione wadium musi obejmować okres związania ofertą i nie może zawierać żadnych ograniczeń sprzecznych z ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności ograniczających możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy.

4. Wadium wniesione w pieniądzu musi być przebrane na rachunek bankowy Ministerstwa Finansów: Narodowy Bank Polski Oddział Okręgowy Warszawa
29 1010 1010 0038 1213 9120 0000

5. Potwierdzenie wniesienia wadium należy dołączyć do oferty. Wymagane jest doręczenie oryginału dokumentu, a w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu Wykonawca powinien dołączyć kopię dowodu wykonanej operacji.

69

Rozdział XVI. Kryteria oceny ofert.

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i ich wagami:

Tabela 1. Kryteria oceny ofert

- 1. Cena – waga 40%;
- 2. Koncepcja architektury rozwiązania – waga 30%;
- 3. Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania – waga 30%;
- 4. Razem – 100%.

W ramach kryteriów 2 i 3 Zamawiający określił podkryteria i odpowiadające im wagi. Suma wag podkryteriów w ramach danego kryterium wynosi 100%.

1) Sposób ustalenia najkorzystniejszej oferty

- a) Ocena oferty będzie dokonywana według skali punktowej, przy założeniu, że maksymalna liczba punktów jaką może otrzymać oferta wynosi 100.
- b) Ocena całkowita jaką otrzyma oferta będzie wyznaczona wg określonego przez Zamawiającego wzoru.
2. Sposób wyliczenia wartości punktowych ocen (O) dla poszczególnych kryteriów podano w Załączniku 5 Kryteria oceny ofert.
3. Za ofertę najkorzystniejszą będzie uznana oferta, która przy uwzględnieniu wskazanych kryteriów i ich wag otrzyma najwyższą ocenę całkowitą Oc.
4. Jeżeli nie będzie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że dwie lub więcej ofert uzyska taką samą ocenę całkowitą, Zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z najniższą ceną.
5. Zamawiający zastrzega, że w przypadku wątpliwości co do treści oferty, dla dokonania prawidłowej oceny dokumentów i proponowanych rozwiązań może posłużyć się opinią zewnętrznego eksperta. W przypadku, gdy wątpliwości dotyczyć będą elementów zastrzeżonych skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa ekspert zewnętrzny zostanie zobowiązany do zachowania poufności.

Zamawiający w postaci załącznika nr 3 do SIWZ określił szczegółową specyfikację ceny ofert (wzór).

W załączniku nr 5 do SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert.

W pkt 1 wskazał: Kryterium oceny: cena.

Ocenie podlega cena całkowita oferty (w złotych brutto).

W ramach tego kryterium ustalona zostanie wartość punktowa oceny (O₁) poszczególnych ofert wg określonego przez Zamawiającego wzoru.

70

W pkt 2 wskazał: Kryterium oceny: Koncepcja architektury rozwiązania.

W ramach tego kryterium ustalona zostanie wartość punktowa oceny (O₂) poszczególnych ofert z punktu widzenia architektury oferowanego rozwiązania, na podstawie opisu zawartego w „Koncepcji architektury rozwiązania”, o której mowa Rozdziale XI ust. 3 w pkt 4) SIWZ zgodnie z zasadą, że im bardziej proponowane rozwiązanie odpowiada opisanym poniżej w Tabeli 1 podkryterium oceny, tym wyższa wartość punktowa. Za spełnienie danego stopnia podkryterium zostanie przyznana liczba punktów wskazana w kolumnie „Liczba punktów” jeśli spełniony zostanie dany stopień spełnienia podkryterium oraz wszystkie stopnie poprzedzające.

Ocena dla kryterium ustalana jest określonego przez Zamawiającego wzoru.

W tabeli nr 1 wskazał Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania.

W ramach poszczególnych podkryteriów określił stopień spełnienia podkryterium, liczbę punktów oraz ogólną wagę dla każdego podkryterium.

1. Dojrzałość oferowanego rozwiązania – waga 30%.

a) Umieszczenie i sklasyfikowanie oferowanego oprogramowania opisanego w Koncepcji architektury rozwiązania na liście oprogramowania typu ITS zawartej w raporcie Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products, 2010 (ID:G00209433) przygotowanym przez firmę Gartner lub równoważnej liście (najnowszej wersji opublikowanej najpóźniej w dniu ogłoszenia postępowania) przygotowanej przez podobnego typu organizację, niezależną od producentów i dostawców oprogramowania, powszechnie znaną i prowadzącą działalność badawczą na skalę światową (współpracującą z analitykami z co najmniej Europy, Ameryki Północnej, Ameryki Południowej i Azji). W przypadku powołania się na listy równoważne Wykonawca musi udowodnić jej równoważność oraz zapewnić Zamawiającemu możliwość nieodpłatnego zapoznania się z przywołaną listą w zakresie co najmniej niezbędnym dla potrzeb oceny oferty - liczba punktów 2

b) Oferowane oprogramowanie należy do kategorii trzech najwyżej ocenionych na ww. liście – liczba punktów 3.

2. Możliwość zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie meta danych podatkowych – waga 8%.

a) Zaoferowanie przez Wykonawcę dostarczenia danej funkcjonalności – liczba punktów 1:

b) Wskazanie w Koncepcji architektury rozwiązania planowanych do wykorzystania technologii umożliwiających realizację kryterium – liczba punktów 1;

c) Przedstawienie szczegółowego opisu oferowanego rozwiązania przedstawiającego zakres i sposób wykorzystywanych technologii i realizacji kryterium – liczba punktów 1;

d) Wskazanie i opisanie przykładu wdrożonego rozwiązania w oparciu o technologie przedstawione powyżej – liczba punktów 2.

71

3. Stosowanie wielowarstwowej architektury (tj. co najmniej trójwarstwowej) w następujących komponentach: Centrum Rozliczeń, SSP, Platformie usług administracji podatkowej – waga 5%.

a) Zaoferowanie przez Wykonawcę zastosowania wielowarstwowej architektury dla przynajmniej dwóch z podanych w kryterium systemów (precyzyjnie wskazując systemy) – liczba punktów 1;

b) Zaoferowanie przez Wykonawcę zastosowania wielowarstwowej architektury dla wszystkich z podanych w kryterium systemów- liczba punktów 2;

c) Wskazanie w ofercie planowanych do użycia powszechnie uznanych technologii umożliwiających realizację kryterium dla wszystkich systemów w nim podanych – liczba punktów 2.

4. Możliwość zarządzania procesami biznesowymi, w szczególności zarządzania sprawami z wykorzystaniem języków definiowania i wykonywania procesów biznesowych.

a) Zaoferowanie przez Wykonawcę możliwości zarządzania procesami biznesowymi – liczba punktów 1;

b) Wskazanie w ofercie planowanych do wykorzystania powszechnie uznanych technologii umożliwiających realizację kryterium - liczba punktów 3;

c) Przedstawienie szczegółowego opisu oferowanego rozwiązania przedstawiającego zakres i sposób wykorzystania powszechnie uznanych technologii i realizacji kryterium – liczba punktów 1.

5. Wykorzystanie gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji co najmniej 15 mln w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur) – waga 13%.

a) Zaoferowanie przez Wykonawcę i wskazanie gotowych komponentów posiadających cechy opisane w kryterium – liczba punktów 1;

b) Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 2;

c) Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 2.

6. Wykorzystanie rozwiązania klasy ERP obsługującego co najmniej 5 mln kont rozliczeniowych oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników – waga 13%.

72

a) Zaoferowanie przez Wykonawcę i wskazanie gotowych komponentów posiadających cechy opisane w kryterium – liczba punktów 1;

b) Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 2;

c) Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 2.

7. Wykorzystanie rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie:

– co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich,

– co najmniej 5 mln kont podatników,

– umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników – waga 13%.

a) Zaoferowanie przez Wykonawcę i wskazanie rozwiązania klasy ITS posiadającego cechy opisane w kryterium – liczba punktów 2;

- b) Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 3.
8. Zapewnienie wykorzystania mechanizmów integracji zaoferowanego systemu SSP z otoczeniem oraz integracji jego komponentów w celu umożliwienia potencjalnego zastąpienia lub użycia komponentów innych producentów oprogramowania – waga 10%.
- a) Wykazanie jednego przypadku wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 1;
- b) Wykazanie dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 2;
- c) Wykazanie więcej niż dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia – liczba punktów 2.

3. W ramach kryterium: Wykonalność Koncepcji architektury rozwiązania wskazał, że:
W ramach tego kryterium ustalona zostanie wartość punktowa oferty (O₃) poszczególnych ofert z punktu widzenia sposobu realizacji oferowanego rozwiązania, na podstawie opisu

73

zawartego w Koncepcji architektury rozwiązania, o której mowa w Rozdziale XI ust 3 pkt 4) SIWZ oraz Prezentacji zgodnie z zasadą, że im bardziej proponowany sposób realizacji odpowiada opisanym poniżej podkryteriom oceny, tym wyższa wartość punktowa. Za spełnienie danego stopnia w ramach podkryterium zostanie przyznana liczba punktów wskazana w kolumnie „Liczba punktów” jeśli spełniony zostanie dany stopień spełnienia podkryterium oraz wszystkie stopnie poprzedzające.

Ocena dla kryterium ustalana jest wg określonego przez Zamawiającego wzoru.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż: przy wyznaczaniu wartości O₃ należy wziąć pod uwagę podkryterium Prezentacja w tabeli 2.

Tabela 2 Podkryteria oceny kryterium: Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania.

1. Realność realizacji koncepcji architektury rozwiązania – waga 100%.

- a) zastosowanie gotowego oprogramowania (COTS) klasy ITS w komponencie SSP – liczba punktów 0,5;
- b) zastosowanie gotowego oprogramowania (COTS) w komponencie CR – liczba punktów 0,5;
- c) zastosowanie gotowego oprogramowania (COTS) w co najmniej 1 dodatkowym komponencie w stosunku do komponentów a i b – liczba punktów 0,5;
- d) zastosowanie gotowego oprogramowania (COTS) w co najmniej 2 dodatkowych komponentach w stosunku do komponentów a i b – liczba punktów 1.

2. Prezentacja – w przypadku uzyskania pozytywnego wyniku prezentacji liczba punktów w podkryterium 1 zostanie pomnożona przez 2 (słownie: dwa).

Zamawiający w załączniku nr 7 do SIWZ zatytułowanym „Prezentacja gotowego oprogramowania” wskazał m.in. w pkt 1 „Cel przeprowadzenia prezentacji”:

1.1. W celu dokonania przez Zamawiającego oceny wykonalności Koncepcji architektury rozwiązania Wykonawca winien złożyć razem z ofertą Prezentację oprogramowania posiadającą funkcjonalności na poziomie koniecznym co najmniej do realizacji „Przypadków użycia” wskazanych w Tabeli 1 wraz z oświadczeniem potwierdzającym użycie w niej oferowanego oprogramowania sporządzonym wg wzoru zamieszczonego w pkt 5.

Prezentacja musi zostać przygotowana zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.

1.2. Prezentacja oprogramowania podlega ocenie przez Zamawiającego. Przeprowadzona Prezentacja uzyska Pozytywny Wynik w przypadku potwierdzenia zgodności z SIWZ, poprzez przeprowadzenie przez oferenta pomyślnej prezentacji według procedury opisanej w pkt 3.

1.3. Uzyskanie Pozytywnego Wyniku Prezentacji wymaga przeprowadzenia przez Wykonawcę pełnego scenariusza opisanego w pkt 3, a także:

- potwierdzenia w trakcie Prezentacji, że zaprezentowane oprogramowanie posiada wszystkie wymagane funkcjonalności. Potwierdzeniem posiadania ww. funkcjonalności będzie pozytywny wynik realizacji scenariuszy testowych opisanych w pkt 4 odpowiadających wymaganym przypadkom użycia osiągnięty w trakcie prezentacji.
- zgodności wszystkich elementów oferty tj. typu oprogramowania zastosowanego w Prezentacji i wskazanego w Specyfikacji Prezentacji, opis danego obszaru funkcjonalnego w Koncepcji architektury rozwiązania oraz specyfikacji licencji oferowanych w ramach Zamówienia.
- brak naruszenia formalnych zasad przeprowadzenia Prezentacji określonych w pkt 2 i 3.

W załączniku nr 10 do SIWZ (wzór umowy) Zamawiający m.in. zawarł następujące postanowienia:

§ 1. Definicje: pkt 1 administracja podatkowa - część administracji skarbowej, zajmująca się wymiarem i poborem podatku dochodowego od osób fizycznych, podatku dochodowego od osób prawnych, podatku od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym Unii Europejskiej, podatku od spadków i darowizn, podatku od czynności cywilnoprawnych oraz niepodatkowych należności budżetowych.

§ 22 ust. 10: Załączniki stanowiące integralną część umowy: m.in. – załącznik nr 2 koncepcja architektury rozwiązania.

W załączniku nr 8 do Opisu przedmiotu zamówienia, w słowniku pojęć dla systemu e-Podatki zamieścił definicję „administracji podatkowej”: Część administracji skarbowej, zajmująca się wymiarem i poborem: PIT, CIT, VAT od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym UE, SD, PCC oraz niektórych niepodatkowych należności budżetowych (o znikomym znaczeniu fiskalnym).

W załączniku nr 14 do Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł następujące wytyczne (1.1.Wymagania dodatkowe. 1.1.1.WYM.LIC.1):

1) Dla oprogramowania gotowego klasy ITS:

- a) Licencja nie może ograniczać Zamawiającego w zakresie użytkowania – m.in. w zakresie liczby użytkowników, sprzętu na którym może być dokonana instalacja, środowisk, na których może być wykorzystywane. W szczególności licencja musi pozwalać na wykorzystywanie oprogramowania we wszystkich jednostkach: MF, podległych i przez MF, organizacyjnych jednostkach nadzorowanych uwzględniając również późniejsze zmiany organizacyjne.

2) Dla oprogramowania gotowego klasy ERP i BPM:

- a) Wykonawca dostarcza licencję, która zapewnia w przeciągu 10 lat od zawarcia umowy możliwość zwiększenia liczby licencji o 20 % w stosunku do pierwotnie

75

zakupionej ich liczby, których cena może być maksymalnie większa o 10% w stosunku do ceny zaoferowanej w pierwotnej ofercie, chyba że cena rynkowa w momencie rozszerzania licencji, uwzględniająca rabaty dla Zamawiającego otrzymane w niniejszym Kontrakcie, byłaby bardziej dla niego korzystna. Wówczas taką ofertę Wykonawca musi zaproponować Zamawiającemu

3) Dla oprogramowania w zakresie motorów baz danych i serwerów aplikacyjnych:

- a) Wykonawca dostarcza licencję, która zapewnia:
 - i) zgodność z Księgą Standardów Programu e-Podatki
 - ii) w przeciągu 10 lat od zawarcia umowy możliwość zwiększenia liczby licencji o 20% w stosunku do pierwotnie zakupionej ich liczby, których cena może być maksymalnie większa o 10% w stosunku do ceny zaoferowanej w pierwotnej ofercie, chyba że cena rynkowa w momencie rozszerzania licencji, uwzględniająca rabaty dla Zamawiającego otrzymane w niniejszym Kontrakcie, byłaby bardziej dla niego korzystna. Wówczas taką ofertę Wykonawca musi zaproponować Zamawiającemu

4) Dla oprogramowania wykorzystywanego na potrzeby platformy integracyjnej Resortu Finansów

- a) Wykonawca dostarcza licencję która zapewnia:

- i) zgodność z Księgą Standardów Programu e-Podatki
- ii) w przeciągu 10 lat od zawarcia umowy możliwość zwiększenia liczby licencji o 20% w stosunku do pierwotnie zakupionej ich liczby, których cena może być maksymalnie większa o 10% w stosunku do ceny zaoferowanej w pierwotnej ofercie, chyba że cena rynkowa w momencie rozszerzania licencji, uwzględniająca rabaty dla Zamawiającego otrzymane w niniejszym Kontrakcie, byłaby bardziej dla niego korzystna. Wówczas taką ofertę Wykonawca musi zaproponować Zamawiającemu

5) Dla każdego oprogramowania gotowego dostawa licencji na środowisko produkcyjne następuje nie wcześniej niż 3 miesiące od rozpoczęcia pilotażowego wdrożenia zakresu Systemu, który wymaga danego oprogramowania gotowego. W przypadku licencji ograniczonych (np. co do liczby użytkowników) dostawa następuje w liczbie niezbędnej dla wdrożenia danego zakresu Systemu. W przypadku, gdy później dla spełnienia wymaganych parametrów systemu niezbędne jest dostarczenie kolejnych licencji, dostawa ta następuje zgodnie z planowanym zapotrzebowaniem.

Dostawca powinien dostarczyć odpowiednią liczbę licencji, wystarczającą dla środowisk produkcyjnego oraz szkoleniowego. Przy czym Zamawiający dopuszcza przenoszenie licencji między tymi środowiskami w trakcie eksploatacji systemu zgodnie z chwilowym zapotrzebowaniem. W przypadku skorzystania z możliwości przenoszenia licencji musi

76

istnieć możliwość korzystania z obu środowisk jednocześnie, przy czym Zamawiający zakłada, że jeden użytkownik nie może jednocześnie korzystać z obu środowisk. W przypadku dostawy osobnych licencji dla środowiska produkcyjnego i szkoleniowego należy zapewnić identyczne dla obu środowisk wsparcie producenta oraz dostęp do aktualizacji oprogramowania przez cały czas realizacji Kontraktu

Izba ustaliła ponadto, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone następujące oferty:

Oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Sygnity S.A. z ceną ofertową wynoszącą 232.101.000,00 zł brutto;

Oferta nr 2 złożona przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z ceną ofertową wynoszącą 261.264.986,40 zł brutto;

Oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z ceną ofertową wynoszącą 267.181.589,40 zł brutto;

Oferta nr 4 złożona przez wykonawcę SMT Software S.A. z ceną ofertową 266.385.993,72 zł brutto;

Oferta nr 5 złożona przez wykonawcę SKG S.A. z ceną ofertową wynoszącą 215.249.574,00 zł brutto.

Następnie Izba ustaliła, iż wykonawca Sygnity S.A. na str. 72 oferty (część 1/4 oferty) zamieścił oświadczenie, w którym wskazał, iż treść oferty w poniższym zakresie:

Część 2/4 oferty

- wykaz wykonanych usług potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 SIWZ;
- wykaz wykonanych usług potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 SIWZ;
- wykaz osób potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w Rozdziale VIII ust. 3 SIWZ;
- dokumenty i oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Część 3/4 oferty

- koncepcja architektury rozwiązania – załącznik nr 6 do SIWZ.

Część 4/4 oferty

- prezentacja oferowanego oprogramowania – załącznik nr 7 do SIWZ

77

późn. zm.) i w związku z powyższym wnosimy o nie ujawnianie ww. informacji.

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2012 r. (znak FR4/253/BKT/12/2423) wezwał wykonawcę Sygnity S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazał na treść art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wniósł o wyjaśnienie, czy w przypadku zastrzeżonych informacji spełnione zostały przesłanki zdefiniowane w tym przepisie. Wskazał, iż prosi o dostarczenie żądanych wyjaśnień do dnia 18.07.2012 r. do godz. 12.00 do siedziby Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Sygnity S.A. złożył pismem z dnia 18.07.2012 r. wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismo to zostało przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ze względu na fakt, iż odnosi się do informacji nieujawnionych i zastrzeżonych.

Izba ustaliła ponadto, iż w ramach niniejszego postępowania ofertę złożył wykonawca Asseco Poland S.A. zastrzegając na str. 6 oferty (formularz ofertowy), iż informacje składające się na niniejszą ofertę, zawarte w Tomie I – część formalne na stronach od 7 do 7A, od 15 do 191, od 259 do 312, od 314 do 315, oraz zawarte w całym Tomie II – Koncepcja architektury rozwiązania od strony 1 do strony 182, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...) i nie mogą być udostępniane osobom trzecim.

Izba ustaliła również, iż wykonawca Asseco Poland S.A. na str. 2 złożonej oferty (Tom I – część formalna) w spisie treści w pkt 16 – 18 wskazał firmy podmiotów używających swoje zasoby.

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2012 r. (znak FR4/253/BKT/12/2423) wezwał wykonawcę Asseco Poland S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazał na treść art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wniósł o wyjaśnienie, czy w przypadku zastrzeżonych informacji spełnione zostały przesłanki zdefiniowane w tym przepisie. Wskazał, iż prosi o dostarczenie żądanych wyjaśnień do dnia 18.07.2012 r. do godz. 12.00 do siedziby Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Asseco Poland S.A. złożył pismem z dnia 18.07.2012 r. wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismo to zostało przez wykonawcę

78

zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, ze względu na fakt, iż odnosi się do informacji nieujawnionych i zastrzeżonych.

Wykonawca Comarch Polska S.A. w złożonej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł informację z banku, polisę ubezpieczeniową, wykaz osób, wykaz usług wraz z referencjami, zobowiązania podmiotów trzecich oraz w całości załącznik techniczny.

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2012 r. (znak FR4/253/BKT/12/2423) wezwał wykonawcę Comarch Polska S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca Comarch Polska S.A. złożył w piśmie z dnia 17.07.2012 r. wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismo to zostało przez wykonawcę zastrzeżone w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, iż wykonawca SKG S.A. w złożonej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł następujące dokumenty: wykaz dostaw i usług, wykaz osób, polisa ubezpieczeniowa, oświadczenia podmiotów trzecich, prezentacja oprogramowania oraz koncepcja architektury rozwiązania, załącznik nr 2 – 5 oraz załącznik nr 13 i 13.

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2012 r. wezwał wykonawcę SKG S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca SKG S.A. złożył w piśmie z dnia 17.07.2012 r. wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismo to zostało przez wykonawcę zastrzeżone w

całości jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca SMT Software S.A. wraz z ofertą przedłożył gwarancję zapłaty wadium z dnia 22.06.2012 r. nr 90/W/39/05/2012 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń EUROPA S.A. w której zostało wskazane w pkt 8: „Gwarant nie odpowiada z Gwarancji, gdy oferent nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z Oferty z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności: wskutek wojny, wojny domowej, aktów terroryzmu, rebelii, zamieszek, powstania, konfiskaty wojennej, nacjonalizacji, wprowadzenia stanu wojennego lub wyjątkowego, rekwizycji przez wszelką władzę, działania energii jądrowej, skażenia radioaktywnego lub innego zdarzenia o cechach klęski żywiołowej”.

W ofercie Sygnity S.A. na str. 7 – 10 została załączona szczegółowa specyfikacja ceny oferty (sporządzona wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWIZ) w której

79

wskazano łączną sumę 232.101.000,00 zł (suma pkt 1 – 4). W powyższym dokumencie wykonawca nie dokonał wyceny pozycji 1.1.3.8. ERP na potrzeby e-Podatki wskazując, że pozycja ta zawarta jest w pozycji 1.1.3.7. Nie dokonał ponadto wyceny pozycji 1.1.3.13. – wszelkie inne oprogramowanie niezbędne do wdrożenia systemu wskazując, iż ta pozycja została zawarta w pozycji 1.1.3.

Zamawiający pismem z dnia 17.08.2012 r. wezwał wykonawcę Sygnity S.A. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie odnoszącym się do załącznika nr 3 – szczegółowa specyfikacja ceny oferty w następującym zakresie:

1. Łączna cena za usługę budowy, usługę wdrożenia i asystę powdrożeniową dla Architektury Pośredniej TA2 (pkt 1 specyfikacji) została określona w wysokości 50.615.740,86 zł. Suma cen w podziale na poszczególne komponenty architektoniczne dla ww. usług Architektury Pośredniej TA2 (pkt 1.1. specyfikacji) jest zgodna z ww. łączną ceną za przedmiotowe usługi. Natomiast suma cen w podziale na etapy realizacji Architektury Pośredniej TA2 (pkt 1.2. specyfikacji) wynosi 51.145.054,21 zł, czyli jest wyższa od wskazanej łącznej ceny za usługę budowy, usługę wdrożenia i asystę powdrożeniową dla Architektury Pośredniej TA2 o 529.313,35 zł.

2. Łączna cena za usługę budowy, usługę wdrożenia i asystę powdrożeniową Architektury Pośredniej TA3 (pkt 1 specyfikacji) została określona w wysokości 64.940.216,94 zł. Suma cen w podziale na poszczególne komponenty architektoniczne dla ww. usług Architektury Pośredniej TA3 (pkt 1.1. specyfikacji) jest zgodna z ww. łączną ceną za przedmiotowe usługi. Natomiast suma cen w podziale na etapy realizacji Architektury Pośredniej TA3 (pkt 1.2. specyfikacji) wynosi 64.257.315,61 zł, czyli jest niższa od wskazanej łącznej ceny za usługę budowy, usługę wdrożenia i asystę powdrożeniową dla Architektury Pośredniej TA3 o 682.901,33 zł.

3. Łączna cena za usługę budowy, usługę wdrożenia i asystę powdrożeniową dla Architektury Pośredniej TA4 (pkt 1 specyfikacji) została określona w wysokości 12.957.674,65 zł. Suma cena w podziale na poszczególne komponenty architektoniczne dla ww. usług Architektury Pośredniej TA4 (pkt 1.1. specyfikacji) jest zgodna z ww. łączną ceną za przedmiotowe usługi. Natomiast suma cen w podziale na etapy realizacji Architektury Pośredniej TA4 (pkt 1.2. specyfikacji) wynosi 13.111.262,63 zł, czyli jest wyższa od wskazanej łącznej ceny za usługę budowy, usługę wdrożenia i asystę powdrożeniową dla Architektury Pośredniej TA4 o 153.587,98 zł.

Na zakończenie Zamawiający wskazał, iż w związku z powyższym prosi o wyjaśnienie jakie są prawidłowe ceny za realizację poszczególnych etapów dla Architektury Pośredniej TA2, TA3 i TA4.

80

Wykonawca Sygnity S.A. pismem z dnia 23.08.2012 r. udzielił wyjaśnień w zakresie załącznika nr 3 do SWIZ i wskazał, iż:

Ad. 1. Potwierdzamy, iż prawidłowa suma cen w podziale na etapy realizacji Architektury Pośredniej TA2 (pkt 1.2. specyfikacji) wynosi: 50.615.740,86 zł;

Ad. 2. Potwierdzamy, iż prawidłowa suma cen w podziale na etapy realizacji Architektury Pośredniej TA3 (pkt 1.2. specyfikacji) wynosi: 64.940.216,94 zł;

Ad. 3. Potwierdzamy, iż prawidłowa suma cen w podziale na etapy realizacji Architektury Pośredniej TA4 (pkt 1.2. specyfikacji) wynosi: 12.957.674,65 zł;

Zamawiający pismem z dnia 30.08.2012 r. poinformował wykonawcę Sygnity S.A., iż działając na podstawie art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz w nawiązaniu do pisma wykonawcy Sygnity S.A. z dnia 23.08.2012 r. informuje o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian treści oferty w zakresie przyjęcia prawidłowych cen za realizację poszczególnych etapów dla Architektury Pośredniej TA2, TA3 i TA4 wskazując jako wartości uznane za prawidłowe.

Wykonawca Sygnity S.A. pismem z dnia 31.08.2012 r. oświadczył, iż wyraża zgodę na poprawienie omyłek wyszczególnionych w piśmie Zamawiającego z dnia 30.08.2012 r.

Wraz z ofertą Sygnity S.A. na potwierdzenie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zostały złożone następujące polisy ubezpieczeniowe:

- 1, polisa podstawowa nr 000-12-430-05887941 (TUiR Allianz S.A.) na sumę 20.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia (str. 46 – 51 oferty);
2. polisa nadwyżkowa nr PO/00492291/2012 (Generali TU S.A.) na sumę 30.000.000,00 PLN z klauzulą step down z pierwotnym punktem zaczepienia (polisa podstawowa) na poziomie 20.000.000,00 zł, a dla ryzyka czystych strat finansowych 2.500.000,00 PLN na jedno i 5.000.000,00 PLN na wszystkie zdarzenia (str. 55 – 57 oferty);
3. polisa nadwyżkowa PLCANA03186 (ACE European Group Limited Spółka z o.o.) na sumę 5.000.000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia ponad 30.000.000 PLN w każdej szkodzie (str. 60 – 61 oferty).

Polisa Allianz obejmowała okres 01.05.2012 r. – 30.04.2013 r., zaś jej przedmiotem była odpowiedzialność cywilna (reżim deliktowy i kontraktowy) za szkody rzeczowe i osobowe wyrządzone osobom trzecim w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą oraz posiadaniem mienia w zakresie szkód rzeczywistych (*damnum emergens*) jaki i utraconych korzyści (*lucrum cessans*) obejmująca m.in. odpowiedzialność cywilną projektanta lub wykonawcy systemów komputerowych – włączona zgodnie z klauzulą rozszerzająca zakres ochrony ubezpieczeniowej o odpowiedzialność cywilną projektanta wykonawcy systemów komputerowych; odpowiedzialności cywilnej za produkt;

81

odpowiedzialność za szkody powstałe na skutek wadliwego wykonania zakończonych i przekazanych odbiorcy usług; odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez

za w podwykonawców ubezpieczonego; odpowiedzialności

szkody sporządzone

urządzeniach lub instalacjach w trakcie wykonywania prac lub usług przez ubezpieczonego;

odpowiedzialności za szkody osób trzecich poniesione na usunięcie, demontaż lub odstąpienie wadliwych produktów oraz na montaż, umocowanie lub położenie produktu bez wad – włączenie zgodnie z klauzulą nr 13; odpowiedzialność za szkody spowodowane w

urządzeniach lub instalacjach w trakcie wykonywania prac lub usług przez ubezpieczonego. Jako rodzaj ubezpieczonej działalności wskazano w jej treści: zgodnie z KRS z dnia 3

stycznia 2012 r., w tym: produkcja i wdrażanie oprogramowania, konsulting w zakresie przedsięwzięć informatycznych, budowa i integracja systemów lokalnych i rozległych sieci komputerowych (LAN, WLAN), dostawy i instalacja sprzętu w tym usługi remontowo-budowlane, usługi serwisu oprogramowania, sieci i sprzętu (24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu), usługi szkoleniowe oraz prace związane z montażem systemów, w tym drobne prace budowlane. Jako suma gwarancyjna została wskazana kwota 20.000.000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia z następującymi podlimitami:

- 2.500.000,00 PLN na jeden i 5.000.000,00 PLN na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia w odniesieniu do ryzyka określonego klauzulą rozszerzającą zakres ochrony ubezpieczeniowej o odpowiedzialność cywilną projektanta lub wykonawcy systemów komputerowych,

- 1.000.000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia w odniesieniu do ryzyka określonego klauzulą nr 13,

- 200.000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia w odniesieniu do szkód wynikłych z utraty danych lub informacji wskutek przypadkowego lub przedwczesnego ich usunięcia albo wysłania pod niewłaściwy adres w czasie ich wymiany.

W odniesieniu do złożonej wraz z ofertą wykonawcy Sygnity S.A. polisą Generali z dnia 28.05.2012 r. wskazującą jako ubezpieczonych Sygnity S.A. oraz MAX Elektronik S.A. o należy wskazać, iż obejmuje ona następujące działania: zgodnie z KRS, w tym – produkcja i wdrażanie oprogramowania – konsulting w zakresie przedsięwzięć informatycznych – budowa i integracja lokalnych sieci komputerowych (LAN, WAN) – dostawy i instalacja sprzętu (w ty usługi remontowo-budowlane) – usługi serwisu oprogramowania, sieci i sprzętu (24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu) – usługi szkoleniowe. Okres ubezpieczenia 0d 29 maja 2012 r. do 28 maja 2013 r. Franszyza redukcyjna – 20.000.000,00 PLN w odniesieniu do szkód osobowych i rzeczowych, 2.500.000,00 PLN na jedno i 5.000.000,00 PLN na wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia w odniesieniu do szkód majątkowych (klauzula nr 16). Jako przedmiot ubezpieczenia została wskazana: odpowiedzialność cywilna z tytułu

82

posiadania mienia oraz prowadzonej działalności z rozszerzeniem o ryzyko OC na produkt. Suma ubezpieczenia 30.000.000,00 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia. W uzgodnieniach i postanowieniach końcowych zostało wskazane: klauzula step down:

1. Jeżeli łącznie spełnione są poniższe warunki:

a) odpowiedzialność cywilna ubezpieczonego jest objęta ubezpieczeniem zawartym na sumę gwarancyjną na jedno zdarzenie w zakresie znajdującym się poniżej ustalonego w niniejszej umowie punktu zaczepienia (polisa podstawowa);

b) na skutek wypłaty odszkodowania lub pokrycia kosztów pomocy prawnej nastąpiło zmniejszenie sumy gwarancyjnej na wszystkie zdarzenia przewidziane w polisie podstawowej, następuj obniżenie punktu zaczepienia.

2. Obniżenie następuje w odniesieniu do każdej następnej szkody o wartość równą zmniejszeniu wymienionej sumy gwarancyjnej, jednakże minimalna wysokość punktu zaczepienia jest równa kwocie franszyzy redukcyjnej w polisie podstawowej.

3. Obniżenie punktu zaczepienia nie następuje, gdy zmniejszenie sumy gwarancyjnej na wszystkie zdarzenia w polisie podstawowej nastąpiło na skutek roszczeń, które nie są objęte ubezpieczeniem nadwyżkowym.

4. Pierwotny punkt zaczepienia (polisa podstawowa) wynosi 20.000.000 PLN, a dla ryzyka czystych strat finansowych 2.500.000 PLN na jedno i 5.000.000 PLN na wszystkie zdarzenia.

Dołączona wraz z ofertą Sygnity S.A. polisa ACE Europealn Group Limited Spółka z o.o. wskazuje jako przedmiot i zakres ubezpieczenia: odpowiedzialność cywilna za szkody osobowe i rzeczowe z tytułu posiadanego mienia i prowadzonej działalności; jako prowadzoną działalność: zgodnie z KRS w tym działalność informatyczna. Jako suma gwarancyjna zostało wskazane: 5.000.000 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia ponad 30.000.000 PLN w każdej szkodzie – odpowiedzialność ACE zawsze powyżej 30.000.000 PLN w każdej szkodzie. Okres ubezpieczenia: 06.02.2012 r. do 05.02.2013 r. W załączniku do polisy nr PLCANA03186 zostało wskazane, iż polisami podstawowymi są:

a) ubezpieczyciel: 1) TUiR Allianz Polska S.A.; 2) Generali TU S.A.

b) Polisa Nr: 1) 00-11-430-05880431; 2) PO/405644/2011

Suma ubezpieczenia: 1) 10.000.000 PLN; 2) 20.000.000 PLN.

Izba ustaliła ponadto, iż wykonawca Sygnity S.A. w koncepcji architektury rozwiązania wskazał, iż realizacja systemu opierać się będzie na systemie GenTax.

83

Wykonawca Sygnity S.A. pismem z dnia 14.08.2012 r. uzupełnił m.in. pełnomocnictwo dla pani A. Z. z dnia 25.04.2012 r. upoważniające do samodzielnego reprezentowania Sygnity w przedmiotowym postępowaniu i obejmujące również prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz reprezentowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wykonawca Sygnity S.A. pismem z dnia 28.08.2012 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 21.08.2012 r. wskazał, iż uzupełnia ofertę o załącznik nr 1 do polisy 000-12-430-05887941. Wskazał ponadto, iż zasady funkcjonowania polisy nie podlegają ocenie, a sam dokument polisy nie ma na celu zabezpieczenia roszczeń

Zamawiającego, a jedynie potwierdzić warunek udziału w postępowaniu, na tym etapie szczegółowe zasady funkcjonowania stanowią tajemnice handlową. Przedłożył ponadto oświadczenie do plisy Generali wystawione przez TU Generali.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w toku postępowania, działając na podstawie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się o sporządzenie opinii prawnej do Supra Brokes Spółka z o.o. w zakresie polis ubezpieczeniowych przedłożonych wraz z ofertą Sygnity S.A. Powyższe poskutkowało sporządzeniem przez powyższy podmiot opinii prawnej z dnia 30.08.2012 r., w której zostało wskazane, iż przedłożone przez wykonawcę Sygnity S.A. polisy zawierają szereg ograniczeń i realizacja ubezpieczenia w wymaganej przez Zamawiającego wysokości może być znacznie utrudniona. W podsumowaniu zostało wskazane, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 05.09.2012 r. (znak FR4/253/BKT/12/) poinformował wszystkich wykonawców, iż w dniu 03.09.2012 r. zakończył czynności badania i oceny ofert, w tym również w zakresie dotyczącym części ofert objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Poinformował, iż w odniesieniu do niżej wymienionych ofert dla poszczególnych wykonawców Zamawiający nie odtajnił dokumentów w zakresie:

1. Wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie - w części oferty złożonej przez tego wykonawcę w zakresie obejmującym:
 - a) Dojrzałość oferowanego rozwiązania, tzn. oświadczenie dotyczące umieszczenia oferowanego rozwiązania na liście oprogramowania typu ITS zawartego w raporcie „Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products”, 2010 (ID: G00209433) przygotowanym przez firmę Gartner - załącznik techniczny,
 - b) Oświadczenie w sprawie „Możliwości zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych”, w tym Referencji dotyczącej możliwości

zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych - załącznik techniczny,

c) Oświadczenie dotyczące „Stosowania wielowarstwowej architektury (tj. co najmniej trójwarstwowej) w następujących komponentach: Centrum Rozliczeń, SSP, Platformie usług administracji podatkowej” - załącznik techniczny,

d) Oświadczenie dotyczące Możliwości zarządzania procesami biznesowymi, w szczególności zarządzania sprawami z wykorzystaniem języków definiowania i wykonywania procesów biznesowych - załącznik techniczny,

e) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania oferowanych, gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji co najmniej 15 min w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur) w tym Referencji potwierdzającej przypadek wdrożenia zadeklarowanych ww. gotowych komponentów” - załącznik techniczny,

f) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ERP lub ITS obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych podatników oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników oraz Referencję potwierdzającą przypadek wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej podpisaną przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,

g) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich, co najmniej 5 min kont podatników umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników oraz Referencję wykazującą przypadek wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,

h) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania mechanizmów integracji zaoferowanego systemu SSP z otoczeniem oraz integracji jego komponentów w celu umożliwienia potencjalnego zastąpienia lub użycia komponentów innych producentów oprogramowania oraz wszystkie Referencje wykazujące przypadki wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej

przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia"

i) Specyfikację oferowanych licencji (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji) - załącznik techniczny,

j) Specyfikację oferowanego sprzętu (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji) - załącznik techniczny,

85

k) Dokumenty Użyczeń (zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych zasobów),

1) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 1 SIWZ („Referencje dotyczące usług wykonania i wdrożenia"),

m) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie -potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 2 SIWZ („Referencje dotyczące Usług utrzymania"),

n) Polisę ubezpieczeniową,

o) Opinię bankową,

p) Wszystkie formalne dokumenty (KRS, ZUS, Urząd Skarbowy, KRK) firm udzielających swoich zasobów w tym:

- aktualny odpis z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP;
- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP;
- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

86

lub ich właściwe odpowiedniki dla podmiotów nie mających siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium Polski, Zamawiający uznał, że informacje te zgodnie z treścią złożonej oferty, wyjaśnieniami wykonawcy oraz orzecznictwem KIO mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie - w części oferty złożonej przez tego wykonawcę w zakresie obejmującym:

a) Oświadczenie dotyczące części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom - powyższe znajduje się w Formularzu Ofertowym ust. 2 - udostępnionym Państwu w dniu 10.07.2012 r.,

b) Dojrzałość oferowanego rozwiązania, tzn. oświadczenie dotyczące umieszczenia oferowanego rozwiązania na liście oprogramowania typu ITS zawartego w raporcie „Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products", 2010 (ID: G00209433)

- przygotowanym przez firmę Gartner - załącznik techniczny,
- c) Oświadczenie dotyczące „Możliwości zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych”, w tym Referencji dotyczącej możliwości zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych,
- d) Oświadczenie dotyczące „Stosowania wielowarstwowej architektury (tj. co najmniej trójwarstwowej) w następujących komponentach: Centrum Rozliczeń, SSP, Platformie usług administracji podatkowej” - załącznik techniczny,
- e) Oświadczenie dotyczące „Możliwości zarządzania procesami biznesowymi, w szczególności zarządzania sprawami z wykorzystaniem języków definiowania i wykonywania procesów biznesowych” - załącznik techniczny,
- f) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania oferowanych, gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji co najmniej 15 min w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur) wraz z Referencją potwierdzającą przypadek wdrożenia zadeklarowanych ww. gotowych komponentów” - załącznik techniczny,
- g) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ERP lub ITS obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych podatników oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników oraz Referencję potwierdzającą przypadek wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej podpisaną przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,
- h) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich, co najmniej 5 min kont podatników umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników oraz

87

Referencję wykazującą przypadek wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,

- i) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania mechanizmów integracji zaoferowanego systemu SSP z otoczeniem oraz integracji jego komponentów w celu umożliwienia potencjalnego zastąpienia lub użycia komponentów innych producentów oprogramowania oraz wszystkie Referencje wykazujące przypadki wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,
- j) Analizę ryzyka dla kontraktu,
- k) Specyfikację oferowanych licencji (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
- 1) Specyfikację oferowanego sprzętu (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
- m) Dokumenty Użyć (zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych zasobów),
- n) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 1 SIWZ („Referencje dotyczące usług wykonania i wdrożenia”,
- o) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 2 SIWZ

(„Referencje dotyczące Usług utrzymania”),

p) Wszystkie formalne dokumenty (KRS, ZUS, Urząd Skarbowy, KRK) firm udzielających swoich zasobów w tym:

88

-
- aktualny odpis z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP;
 - aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
 - aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
 - aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP;
 - aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, lub ich właściwe odpowiedniki dla podmiotów nie mających siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium Polski. Zamawiający uznał, że informacje te zgodnie z treścią złożonej oferty, wyjaśnieniami wykonawcy oraz orzecznictwem KIO mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. Wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie - w części oferty złożonej przez tego wykonawcę w zakresie obejmującym:

- a) Oświadczenie dotyczące części zamówienia powierzonej podwykonawcom - powyższe znajduje się w Formularzu Ofertowym ust. 2 - udostępnionym Państwu w dniu 10 lipca 2012 r.,
- b) Dojrzałość oferowanego rozwiązania, tzn. oświadczenie dotyczące umieszczenia oferowanego rozwiązania na liście oprogramowania typu ITS zawartego w raporcie „Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products”, 2010 (ID: G00209433) przygotowanym przez firmę Gartner - załącznik techniczny,
- c) Oświadczenie dotyczące „Możliwości zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych”, w tym Referencji dotyczącej możliwości zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych - załącznik techniczny,
- d) Oświadczenie dotyczące „Stosowania wielowarstwowej architektury (tj. co najmniej trójwarstwowej) w następujących komponentach: Centrum Rozliczeń, SSP, Platformie usług administracji podatkowej” - załącznik techniczny,

89

-
- e) Oświadczenie dotyczące „Możliwości zarządzania procesami biznesowymi, w szczególności zarządzania sprawami z wykorzystaniem języków definiowania i wykonywania procesów biznesowych” - załącznik techniczny,
 - f) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania oferowanych, gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji co najmniej 15 mln w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur) wraz z Referencją potwierdzającą przypadek wdrożenia zadeklarowanych ww. gotowych komponentów” - załącznik techniczny,
 - g) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ERP lub ITS obsługującego co najmniej 5 mln kont rozliczeniowych podatników oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników oraz Referencją potwierdzającą przypadek wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej podpisaną przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,

- h) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich, co najmniej 5 mln kont podatników umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników oraz Referencję wykazującą przypadek wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia" - załącznik techniczny,
- i) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania mechanizmów integracji zaoferowanego systemu SSP z otoczeniem oraz integracji jego komponentów w celu umożliwienia potencjalnego zastąpienia lub użycia komponentów innych producentów oprogramowania oraz wszystkie Referencje wykazujące przypadki wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia" -załącznik techniczny,
- j) Analizę ryzyka dla kontraktu,
- k) Specyfikację oferowanych licencji (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
- 1) Specyfikację oferowanego sprzętu (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
- m) Dokumenty Użyć (zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych zasobów),
- n) Oświadczenie o spełnieniu wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia,

-
- o) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 1 SIWZ („Referencje dotyczące usług wykonania i wdrożenia",
- p) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie -potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 2 SIWZ („Referencje dotyczące Usług utrzymania"),
- q) Wszystkie formalne dokumenty (KRS, ZUS, Urząd Skarbowy, KRK) firm użyczających swoich zasobów w tym:
- aktualny odpis z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP;
 - aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
 - aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
 - aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP;
 - aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, lub ich właściwe odpowiedniki dla podmiotów nie mających siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium Polski Zamawiający uznał, że informacje te zgodnie z treścią

złożonej oferty, wyjaśnieniami wykonawcy oraz orzecznictwem KIO mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

91

4. Wykonawcy SKG S.A. z siedzibą w Bielsko Białej - w części oferty złożonej przez tego wykonawcę w zakresie obejmującym:

- a) Oświadczenie dotyczące części zamówienia powierzonej podwykonawcom - powyższe znajduje się w Formularzu Ofertowym ust. 2 - udostępnionym Państwu w dniu 10 lipca 2012 r.,
- b) Dojrzałość oferowanego rozwiązania, tzn. oświadczenie dotyczące umieszczenia oferowanego rozwiązania na liście oprogramowania typu ITS zawartego w raporcie „Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products”, 2010 (ID: G00209433) przygotowanym przez firmę Gartner - załącznik techniczny,
- c) Oświadczenia dotyczące „Możliwości zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych”, w tym Referencji dotyczącej możliwości zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych - załącznik techniczny,
- d) Oświadczenie dotyczące „Stosowania wielowarstwowej architektury (tj. co najmniej trójwarstwowej) w następujących komponentach: Centrum Rozliczeń, SSP, Platformie usług administracji podatkowej” - załącznik techniczny,
- e) Oświadczenie dotyczące „Możliwości zarządzania procesami biznesowymi, w szczególności zarządzania sprawami z wykorzystaniem języków definiowania i wykonywania procesów biznesowych” - załącznik techniczny,
- f) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania oferowanych, gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji co najmniej 15 min w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur) wraz z Referencją potwierdzającą przypadek wdrożenia zadeklarowanych ww. gotowych komponentów” - załącznik techniczny,
- g) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ERP lub ITS obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych podatników oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników oraz Referencję potwierdzającą przypadek wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej podpisaną przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,
- h) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich, co najmniej 5 min kont podatników umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników oraz Referencję wykazującą przypadek wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia

92

podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,

- i) Oświadczenie dotyczące „Wykorzystania mechanizmów integracji zaoferowanego systemu SSP z otoczeniem oraz integracji jego komponentów w celu umożliwienia potencjalnego zastąpienia lub użycia komponentów innych producentów oprogramowania oraz wszystkie Referencje wykazujące przypadki wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu organizacji w której dokonano wdrożenia” - załącznik techniczny,
- j) Analizę ryzyka dla kontraktu,
- k) Specyfikację oferowanych licencji (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
 - 1) Specyfikację oferowanego sprzętu (nazwa, liczba, typ, okres asysty technicznej i konserwacji),
- m) Dokumenty Użyć (zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych zasobów),
- n) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również

wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 1 SIWZ („Referencje dotyczące usług wykonania i wdrożenia” ,

o) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie -potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w ROZDZIALE VIII ust. 2a pkt 2 SIWZ („Referencje dotyczące Usług utrzymania”),

p) Polisę ubezpieczeniową,

q) Wszystkie formalne dokumenty (KRS, ZUS, Urząd Skarbowy, KRK) firm używających swoich zasobów w tym:

- aktualny odpis z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP;

93

- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP;

- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, lub ich właściwe odpowiedniki dla podmiotów nie mających siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium Polski Zamawiający uznał, że informacje te zgodnie z treścią złożonej oferty, wyjaśnieniami wykonawcy oraz orzecznictwem KIO mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 05.09.2012 r. zatytułowanym „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” wskazał, iż:

1. Zgodnie z postanowieniami art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Ministerstwo Finansów informuje o wykluczeniu firmy: SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. W niniejszym postępowaniu wykonawca załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową nr 90/W/39/05/2012. Z treści tego dokumentu wynika, iż zakład ubezpieczeń zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty na rzecz zamawiającego wymaganej kwoty wadium w wysokości 6.000.000.,00 zł w wypadku zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonej w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy. W pkt 8 przedmiotowej gwarancji zawarto zastrzeżenie, zgodnie z którym „Gwarant nie odpowiada z Gwarancji, gdy oferent nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z Oferty z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności: skutek wojny, wojny domowej, aktów terroryzmu, rebelii, zamieszek, powstania, konfiskaty wojennej, nacjonalizacji, wprowadzenia stanu wojennego lub wyjątkowego, rekwizycji przez wszelką władzę, działania energii jądrowej, skażenia radioaktywnego lub innego zdarzenia o cechach klęski żywiołowej”. Przedmiotowy zapis zawiera klauzulę wyłączającą odpowiedzialność ubezpieczyciela wobec zamawiającego, w przypadku niewypełnienia zobowiązań przez wykonawcę na skutek okoliczności, za które nie

ponosi on odpowiedzialności. Uzupełniony został o przykładowe wyliczenie zdarzeń, kwalifikowanych jako siła wyższa. Z punktu widzenia przepisów ustawy, w szczególności art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy, wyżej przywołane ograniczenie odpowiedzialności gwaranta nie jest dopuszczalne. W przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium nie może być mowy o badaniu przez ubezpieczyciela czy przyczyną niewypełnienia przez wykonawcę zobowiązań wobec Zamawiającego było zdarzenie, za które ponosi on bądź nie, odpowiedzialność.

Przedłożona gwarancja nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w rozdziale X ust. 3 SIWZ, zgodnie z którym „wniesione wadium musi obejmować okres związania ofertą i nie może zawierać żadnych ograniczeń sprzecznych z ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności ograniczających możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy”. Ograniczenia odpowiedzialności gwaranta wskazane w pkt 8 przedmiotowej gwarancji, powodują, iż gwarancja traci charakter bezwarunkowy i nie zabezpiecza we właściwy sposób interesów zamawiającego. Mając na uwadze powyższe wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem nie wniósł wadium w sposób określony w przepisach ustawy oraz siwz. Tym samym należało wykluczyć wykonawcę z postępowania, a w konsekwencji ofertę odrzucić.

2. Zgodnie z postanowieniami art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, Ministerstwo Finansów informuje o odrzuceniu oferty SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdyż złożona została przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3. Zgodnie z postanowieniami art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, Ministerstwo Finansów informuje o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wybrana została oferta nr 1 złożona przez Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w ramach kryteriów określonych w SIWZ, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu.

Zamawiający wskazał liczbę punktów przyznanych poszczególnym ofertom:

1. Sygnity S.A. - 37,10 pkt (cena), 30 pkt (konceptcja architektury rozwiązania), 30 pkt (wykonalność koncepcji architektury rozwiązania) 97,10 pkt (całkowita liczba punktów);
2. Asseco Poland S.A. – 32,95 pkt (cena), 30 pkt (konceptcja architektury rozwiązania), 30 pkt (wykonalność koncepcji architektury rozwiązania) 92,95 pkt (całkowita liczba punktów);

95

-
3. Comarch Polska S.A. - 32,23 pkt (cena), 30 pkt (konceptcja architektury rozwiązania), 30 pkt (wykonalność koncepcji architektury rozwiązania) 92,23 pkt (całkowita liczba punktów);
 4. SMT Software S.A. - --- pkt (cena), --- pkt (konceptcja architektury rozwiązania), --- pkt (wykonalność koncepcji architektury rozwiązania) --- pkt (całkowita liczba punktów);
 5. SKG S.A. - 40 pkt (cena), 21 pkt (konceptcja architektury rozwiązania), 15 pkt (wykonalność koncepcji architektury rozwiązania) 76 pkt (całkowita liczba punktów).

W ramach ogólnych rozważań Izba wskazuje, iż postanowiła rozpoznać odrębnie poszczególne odwołania oraz zawarte w tychże odwołania zarzuty pomimo niekiedy ich tożsamości w zakresie istoty, argumentacji, jak również co do prawnego oraz faktycznego uzasadnienia. Powyższe jest wynikiem okoliczności, iż poszczególni Odwołujący oparli zarzuty na odmiennych założeniach oraz w odmienny sposób przedstawili i przywołali dowody na ich potwierdzenie. Tym samym brak było podstaw do agregacji poszczególnych zarzutów nawet w przypadku, gdy dotyczyły one tych samych okoliczności faktycznych i były tożsame pod względem uzasadnienia prawnego.

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba wskazuje, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelki wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla

96

każdego zainteresowanego. Powyższe stanowi pośrednio realizację zasady bezpośredniej kontroli przez obywateli działalności wszelkich organów administracji publicznej lub jedynie kontroli nad działalnością podmiotów uprawnionych do wydatkowania środków o charakterze publicznym. Tym samym pewne elementy ofert na skutek złożenia ich w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskują status informacji publicznej. W szczególności, gdy dotyczą one tak istotnego dla funkcjonowania państwa systemu jakim jest ogólnokrajowy podatkowy system informatyczny.

Jak wynika z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.) każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu i ponownemu wykorzystaniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie. Zakres podmiotowy funkcjonowania „prawa do informacji publicznej” został uregulowany w art. 2 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, który stanowi, że każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5, prawo dostępu do informacji publicznej, zwane dalej „prawem do informacji publicznej”. W art. 5 ust. 2 ww. ustawy uregulowany są wyjątki od tej zasady, gdyż prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy.

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została uregulowana w art. 11 ust. 4 ww. ustawy, który stanowi, że: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Zgodzić się zatem należy z twierdzeniami Odwołującego Comarch Polska S.A., iż: „Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

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

Zatem, w jego ocenie, uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym”.

Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8

97

ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to zamawiający, przy użyciu dostępnych środków i mechanizmów, jest zobligowany do samodzielnej oceny, czy

zostały spełnione przesłanki do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym czy istnieją podstawy prawne i faktyczne do odstąpienia od zasady jawności uregulowanej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na zaistnienie okoliczności wynikających z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Jak wyżej wskazano czynność tą należy zakwalifikować jako obowiązek podmiotu zamawiającego, a nie jedynie jako jego uprawnienie. To zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, stoi na straży zasady transparentności w szeroki tego słowa znaczeniu. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania zasadności postępowania w tym zakresie, w tym żądać udowodnienia okoliczności faktycznych, z których wykonawca ten wywodzi dla siebie korzystne skutki prawne. Aby można było mówić o uprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający winien ocenić to zastrzeżenie, zaś podmiot powołujący się na tą okoliczność udowodnić, że zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przypadku negatywnej weryfikacji dokonanej przez wykonawcę zastrzeżenia podmiot zamawiający jest zobligowany informacje te ujawnić pozostałym uczestnikom postępowania, jak również ogółowi zainteresowanych podmiotów, gdyż wspomniana wyżej zasada, uregulowana w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, nie ogranicza się jedynie do wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia.

Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsięwzięte przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufności charakteru. Za informacje, co do zasady nie podlegające ochronie, należy uznać informacje mające za przedmiot kontrakty realizowane na rzecz podmiotów publicznych, które zobligowane są do stosowania przepisów o dostępie do informacji publicznej.

W zakresie dalszych wyłączeń opowiedziała się m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku rozpoznawanym pod sygn. akt KIO/UZP 409/08, w którym zostało wskazane, że: „W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na budowę systemu informatycznego wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, a więc nazwy (firmy), adresu, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, gdy informacje te są kryteriami oceny ofert. Analiza art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, iż pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Jeżeli zastrzeżona informacja może zostać uzyskana przed zainteresowane podmioty w zwykłej dozwolonej drodze odbiera jej to przymiot informacji mogącej stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie Izba wskazuje, iż w ramach zarzutów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa po stronie wykonawcy podnoszącego tego rodzaju zarzut zachodzą trudności związane z przedstawieniem szczegółowej argumentacji w tym zakresie oraz trudności dowodowe. W zasadzie wykonawca w takim przypadku jako dowody może jedynie podnieść dokumentację postępowania, w tym złożoną przez wykonawcę ofertę, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz złożone w tym zakresie wyjaśnienia.

W tym zakresie należy z dużą ostrożnością podchodzić do zasady regulującej kwestię ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego. Jak słusznie wskazał w toku rozprawy Przystępujący SMT Software S.A. na poparcie twierdzeń, co do zasadności zastrzeżenia określonych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy co do zasady uznać za wystarczające wskazanie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zastrzeżonych dokumentów.

Jednakże nie oznacza to, iż odwołujący może w tym zakresie poprzestać na samych twierdzeniach. Jeżeli nawet zakłada, iż przedmiotem oferty jest pewne założenie technologiczne lub określony produkt i jednocześnie kwestionuje spełnienie przez ten element oferty pewnych cech winien wykazać, że cech tych on nie posiada.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach Sygnity S.A. oraz Asseco Poland S.A. Izba uznała, iż zarzuty te

zasługują w części na uwzględnienie.

Izba na wstępie wskazuje, iż zarzut ten należy uznać za podniesiony w ustawowym terminie. Zamawiający bowiem w toku postępowania w odpowiedzi na wnioski poszczególnych wykonawców wskazywał, iż kwestia związana z tajemnicą przedsiębiorstwa jest przedmiotem badania. Dopiero wraz z pismem z dnia 05.09.2012 r. (znak FR4/253/BKT/12/) poinformował wszystkich wykonawców, iż w dniu 03.09.2012 r. zakończył czynności badania i oceny ofert, w tym również w zakresie dotyczącym części ofert objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Poinformował, iż w odniesieniu do wymienionych tam ofert dla poszczególnych wykonawców Zamawiający nie odtajnił dokumentów, wskazując ten zakres.

W tym zakresie Izba podzieliła argument przedstawiony na rozprawie przez Przystępującego SMT Software S.A., iż początek biegu terminu na wniesienie odwołania

99

dotyczącego tajemnicy należy upatrywać w informacji o zakończeniu czynności badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże powyższe złożenie nie stanowi ogólnej zasady, lecz jest jedynie konsekwencją istniejącego w ramach przedmiotowego postępowania specyficznego stanu faktycznego.

I.1. Przechodząc do merytorycznego rozpoznania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje, iż w odniesieniu do wykonawcy **Sygnity S.A.** za nieuzasadnione uznała zarzuty w zakresie **tajemnicy przedsiębiorstwa** odnoszące się do **wykazu usług** wraz z dokumentami potwierdzającymi ich **należyte wykonanie**. Izba wskazuje w tym zakresie, iż wszelkie dane odnoszące się do kontaktów handlowych, jak również powiązań biznesowych podmiotu mogą zostać uznane jako inne informacje posiadające wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa niezależnie od okoliczności, czy są to realizacje własne podmiotu, czy też realizacje udostępnione na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W tym wypadku należy również wskazać, iż nawet w przypadku gdy w wykazie ujęto realizacje na rzecz podmiotów publicznych, lecz są one wykazane przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia na zasadach określonych przez art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby zobligował wykonawcę do zachowania ich poufności zasadne jest respektowanie tego zastrzeżenia zarówno przez wykonawcę, któremu zasoby udostępniono, jak również przez pozostałe podmioty, w tym Zamawiającego. Podmiot ten bowiem może mieć interes w zachowaniu poufności relacji biznesowych oraz zakresu współpracy.

Informacje zawarte w wykazie oraz zobowiązaniach i pozostałych dokumentach z nimi powiązanych mają z pewnością charakter handlowy i organizacyjny mający wartość gospodarczą, gdyż dotyczą m.in. użytej technologii, rynków zbytu, rodzaju i wartości wykonanych usług oraz kontaktów i relacji biznesowych określonych podmiotów. Tym samym nie sposób przyznać racji Odwołującemu, iż w tych okolicznościach mają one walor na tyle ogólny, że nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszać tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Także fakt, iż składane są one na potwierdzenia warunków udziału, zdaniem Izby, samo przez się nie odbiera im waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto powyższe okoliczności wskazują, iż od zasady braku możliwości zastrzeżenia w wykazie usług realizacji na rzecz podmiotów publicznych istnieją uzasadnione wyjątki, determinowane szczególnym stanem faktycznym, z którym mamy do czynienia w niniejszych okolicznościach. Należy również wskazać, iż Odwołujący nie wykazał, iż we wszystkich krajach w odniesieniu do organów władzy publicznej obowiązują regulacje odpowiadające

100

polskiemu systemowi prawnemu, tj. regulujące dostęp do informacji publicznych. Także w Polsce istnieją regulacje odnoszące się do ograniczenia informacji związanych z obszarami o znaczeniu specjalnym oraz obiektami o takim przeznaczeniu. Wskazać również należy, iż w polskim systemie prawnym istnieją ograniczenia odnoszące się do informacji o działalności organów władzy publicznej. Zgodnie z 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001, Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.) prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. W

art. 5 ust. 2 ww. ustawy wskazano wprost, iż prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy również wskazać, iż wykonawca Sygnity S.A. poczynił starania zmierzające do zachowania tej informacji jako zastrzeżonej, zaś Odwołujący nie przedstawił, poza ogólnymi argumentami, żadnych okoliczności mogących wskazywać, iż nie posiadają one waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie brak jest również dowodu, iż informacje na temat usług wskazanych na potwierdzenie warunku, na skutek ich ujawnienia, straciły walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Wszakże warunki udziału w postępowaniu w ramach niniejszego postępowania były dość liberalne, gdyż odnosiły się do systemów informatycznych o bardziej ogólnych zastosowaniach, niż specyfika przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca mógł samodzielnie spełniać warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia i w tym zakresie przedstawić szereg realizacji, których dotychczas nie wykazywał w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wymagał bowiem w ramach warunków doświadczenia we wdrożeniu systemu o cechach analogicznych jak zamawiany w przedmiotowym postępowaniu.

Izba powyższe założenia oparła na znajdujących się w ofercie (część 2/4) wykonawcy Sygnity S.A. wykazach (str. 78-79 oraz 88-89 oferty) na potwierdzenie warunków wskazanych w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ, jak również na oświadczeniu podmiotu udostępniającego swoje zasoby (str. 110-112 oferty), w którym zostało wskazane, iż: „Wszystkie dokumenty powinny być traktowane jako tajemnica handlowa i ujawnione wyłącznie Zamawiającemu w celu prowadzenia postępowania publicznego o numerze referencyjnym R/102/11/AP/B/371/A-1/66 FR4/253/BKT/12/ oraz wyboru oferty” oraz w oparciu o znajdujące się na str. 76 oferty oświadczeniu Sygnity S.A. o tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsekwencją powyższego jest również nieuwzględnienia zarzutów w odniesieniu do dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazach. Zawierają one bowiem tożsame informacje, które przesądziły o oddaleniu tego zarzutu w stosunku do tych ostatnich.

Ponadto Izba powyższe oparła na wyjaśnieniach wykonawcy Sygnity S.A. z dnia 18.07.2012 r., w których przedstawił on argumentację odnoszącą się do pochodzenia usługobiorców oraz faktów współpracy handlowej samego wykonawcy. Wskazał ponadto, iż ujawnienie tych informacji mogłoby narazić Sygnity S.A. na roszczenia ze strony kontrahentów z tytułu ujawnienia tajemnicy handlowej.

Tym samym zarzut powyższy nie potwierdził się w odniesieniu do wykazu usług złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Sygnity S.A.

I.2. W odniesieniu do wykonawcy Sygnity S.A. Izba za nieuzasadnione uznała zarzuty w zakresie **tajemnicy przedsiębiorstwa** odnoszące się do **zobowiązań podmiotu trzeciego** wraz z dokumentami i oświadczeniami (dokumentami formalnymi) wymaganymi ogłoszeniem.

W zakresie niniejszego zarzutu Izba podtrzymuje w całości argumentację zawartą w zakresie wykazów usług wykonawcy Sygnity S.A. wskazując dodatkowo, iż zastrzeżenie przez wykonawcę Sygnity S.A. przedmiotowych informacji miało charakter wtórny, gdyż wynika on z żądania podmiotu trzeciego. Nie sposób jest tym samym rozpatrywać tej kwestii w oderwaniu od prawa podmiotu udostępniającego swoje zasoby do zachowania poufności współpracy ze względu na określone okoliczności. Podmiot ten bowiem może posiadać interes prawny i ekonomiczny w zastrzeżeniu ujawnienia charakteru i zakresu współpracy, jak również samego faktu kontaktów handlowych z określonym podmiotem. Może to mieć również znaczenie ze względu na fakt, iż przedmiotem udostępnienia może być, poza doświadczeniem i wiedzą, także kadra tego podmiotu oraz jego zdolność finansowa. Tym samym te dodatkowe argumenty przemawiają za tezą, iż wykonawca Sygnity S.A. został pozbawiony w tym zakresie, w odniesieniu do przedmiotowych informacji, jakiegokolwiek elementu uznania, czy zastrzec je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż dotyczą one podmiotu od niego całkowicie niezależnego organizacyjnie i finansowo, który takiego zastrzeżenia żądał.

W zakresie dokumentów formalnych odnoszących się i wymaganych ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających zasoby Izba wskazuje, iż Odwołujący

swoją argumentację w tym zakresie oparł jedynie na domniemaniach i przypuszczeniach. Nie przedstawił on wszakże żadnego dowodu, iż dokumenty te zostały przedłożone w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i miały one tam charakter jawny.

W tym zakresie Izba uwzględniła również argumentację zawartą w wyjaśnieniach Sygnity S.A. zawartych w piśmie z dnia 18.07.2012 r., w którym wskazał m.in., że dane dotyczące zakresu wsparcia podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia stanowią cenną informację o potencjale technicznym oraz organizacyjnym firmy. Powyższe koresponduje z zastrzeżeniem dokonany przez podmiot trzeci w treści zobowiązania.

102

Tym samym Izba uznała, iż zarzut obejmujący tajemnicę przedsiębiorstwa w powyższym zakresie nie potwierdził się.

I.3. W odniesieniu do kwestii związanej z koncepcją architektury rozwiązania wraz z tabelą podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania (m.in. oświadczenia potwierdzające, że rozwiązanie zawiera daną cechę, funkcjonalność), jak również odnoszących się do **prezentacji oferowanego rozwiązania oraz specyfikacji prezentacji oferowanego oprogramowania** w odniesieniu do wykonawcy Sygnity S.A. Izba uznała, iż powyższy zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba uznała, iż przedstawione przez Odwołującego źródło w postaci artykułu „E-podatki coraz bliżej” wskazuje, iż informacja ta uzyskała charakter powszechny i bez znaczenia jest, w zakresie utraty przez tę informację niejawnego charakteru, czy okoliczność ta miała charakter zamierzony, niezamierzony, czy też jest zależna od Sygnity S.A. i ponosi on winę za jej ujawnienie. Powyższe okoliczności mają irrelevantne znaczenie, zaś wszelkie negatywne skutki dla przedsiębiorcy związane z powyższym faktem mogą być dochodzone na drodze powództwa cywilnego. Jeżeli bowiem doszło do ujawnienia tej informacji w sposób bezprawny wykonawca może domagać się w drodze cywilnej naprawienia wyrządzonej takim faktem szkody. Nadto, w ocenie Izby powyższy artykuł prasowy oraz zawarta tam kluczowa dla przedmiotu sporu informacja nie ma charakteru „spekulacji prasowych”, odnosi się wprost do konkretnego oprogramowania i ma swoje źródło bezpośrednio pośród przedstawicieli Sygnity S.A.

Jak słusznie wskazał Odwołujący Comarch Polska S.A. jest to fakt który decyduje o obiektywnym stanie rzeczy w zakresie niniejszego zarzutu. Tym samym wobec tej części oferty odpadła jedna z ustawowych przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyniąca to zastrzeżenie zasadnym. Bez znaczenia dla tego faktu ma również okoliczność na jakim etapie ta informacja została ujawniona, tj. czy do jej ujawnienia doszło przed zastrzeżeniem, czy też po jej zastrzeżeniu. Istotny jest tu bowiem sam fakt ujawnienia. Zarzut postawiony bowiem został Zamawiającemu, że w toku postępowania nie ujawnił tej informacji, a nie wykonawcy Sygnity S.A., że dokonał jej zastrzeżenia na etapie składania ofert. Ujawnienie tej okoliczności w ogólnopolskiej prasie oraz w Internecie powoduje, iż dostęp do niej ma nieograniczona liczba zainteresowanych. Tylko i wyłącznie ten fakt powoduje, iż straciła ona walor „nieujawnionej do wiadomości publicznej informacji” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba oceniając przedłożone dowody wskazała, iż brak jest możliwości uwzględnienia złożonego przez przystępującego Sygnity S.A. oświadczenia autora artykułu. Po pierwsze oświadczenie to nie ma wpływu na okoliczność, że informacja ta stała się informacją

103

powszechną, tj. ujawnioną do wiadomości publicznej i tym samym nie zmienia to faktu, iż jej adresatami może być nieograniczony krąg odbiorców. Ponadto z kontekstu powyższego artykułu wynika, iż autorem tej wypowiedzi są przedstawiciele Sygnity S.A. – zatem to oni ewentualnie mogliby złożyć oświadczenie w tym przedmiocie. Jak słusznie wskazali - Odwołujący Comarch Polska S.A. oraz przystępujący po jego stronie wykonawcy - ustawa Prawo prasowe zawiera stosowne mechanizmy umożliwiające sprostowanie tego rodzaju informacji. Przystępujący Sygnity S.A. nie wskazał, iż skorzystał z powyższych uprawnień umożliwiających jej zdementowanie. Wdrożenie w spółce Sygnity S.A. Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji, co Przystępujący wykazał dołączonym dowodem, w tych okolicznościach nie może decydować o oddaleniu powyższego zarzutu.

Izba jako konsekwencję ujawnienia koncepcji architektury rozwiązania uznała również konieczność ujawnienia prezentacji oferowanego rozwiązania oraz specyfikacji prezentacji oferowanego oprogramowania. Ujawnienie powyższych elementów oferty Sygnity S.A. jest jedynie logiczną konsekwencją odpadnięcia jednej z ustawowych przesłanek uznania za dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa Koncepcji architektury rozwiązania. W tym zakresie Izba jedynie częściowo podzieliła argumentację Odwołującego Comarch Polska S.A., jednakże przekładając ją na informacje zawarte w samej Koncepcji architektury rozwiązania, nie zaś w oparciu o treść SIWZ i opis przedmiotu zamówienia (OPZ). Odwołujący bowiem wskazał, że jeżeli oferowany system miał spełniać pewne warunki, które są jawne dla wszystkich powoduje to, iż informacje o zaoferowanym systemie nie mają cech tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ujawnienie prezentacji oferowanego rozwiązania jest wynikiem faktu, iż powyższy element oceny ofert miał na celu, jak wynika z treści załącznika nr 7 do SIWZ „Prezentacja gotowego oprogramowania”, ocenę wykonalności Koncepcji architektury rozwiązania (ppkt 1.1. załącznika nr 7 do SIWZ). Zatem stanowił on praktyczną symulację odnoszącą się do cech oferowanego systemu. Ponadto z treści ppkt 2.1. załącznika nr 7 do SIWZ wynika, iż prezentacja ma być przygotowana i przeprowadzona jedynie z wykorzystaniem narzędzi i mechanizmów zaproponowanych przez wykonawcę w ofercie. Jeżeli zaś zaoferowane przez Sygnity S.A. oprogramowanie ma cechy oprogramowania typu COTS (Commercial off the Shelf), czyli oprogramowania gotowego – ogólnodostępnego i znana jest jego nazwa brak jest podstaw do nieujawnienia jego funkcjonowania, jeżeli dojdzie do ujawnienia koncepcji architektury rozwiązania. Tym samym prezentacja ma za zadanie jedynie weryfikację w praktyce (w oparciu o założoną i znaną w SIWZ symulację) prawidłowości funkcjonowania zaoferowanego produktu, który jest produktem gotowym i znanym z nazwy i producenta. W taki okolicznościach prezentacja nie zawiera zatem informacji nie ujawnionych, gdyż znany jest fakt jaki program i przy użyciu jakich cech oraz funkcjonalności spełnia wymagania Zamawiającego.

Należy również wskazać, iż specyfikacja prezentacji oferowanego oprogramowania określa jedynie przypadki użycia, za którą Zamawiający uznał wymaganą funkcjonalność oprogramowania prezentacji określoną w Tabeli 1, odpowiadającą wybranym podstawowym procesom biznesowym administracji podatkowej (str. 51 SIWZ – załącznik nr 7).

Tym samym biorąc pod uwagę przypisane przez Zamawiającego dla prezentacji oferowanego rozwiązania oraz specyfikacji oferowanego oprogramowania znaczenie i rolę tych elementów brak było podstaw do oddalenia zarzutów w tym zakresie. Powyższe jest konsekwencją faktu, iż ujawnienie nazwy zastosowanego programu (GenTax) i w konsekwencji koncepcji architektury rozwiązania powoduje, przy roli prezentacji gotowego oprogramowania i znanym zakresie symulacji jego działania oraz znanych przypadkach użycia (tj. wymagalnej funkcjonalności oprogramowania określonej w Tabeli 1 odpowiadającym wybranym podstawowym procesom biznesowym administracji podatkowej - wskazanym w załączniku nr 7 do SIWZ), brak jest podstaw do uznania jako tajemnicy także informacji o spełnieniu przez oferowany system wymagań Zamawiającego.

Mając na względzie kwestie wykonania orzeczenia Izba wskazuje, iż ujawnienie powyższych informacji nie może prowadzić do naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pozostałym zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający winien dokonać ujawnienia (upublicznienia) zawartej w części 3/4 oferty Sygnity S.A. koncepcji architektury rozwiązania aby zapewnić ochronę informacji odnoszących się do konkretnych wdrożeń tego systemu oraz aby nie ujawniać innych składników systemu poza systemem GenTax. Dla przykładu Izba wskazuje, iż powyższe cechy noszą m.in. następujące informacje (część 3/4 oferty): wszelkie informacje od pkt 3 zatytułowanego „Opis cech/właściwości architektury rozwiązania” odnoszące się do poszczególnych podkryteriów, w tym wskazane w spisie rysunków przykłady zrzutów ekranowych (np. str. 96, 97, 153, 155, 158 itp.), jak również same informacje zawarte w spisie treści oraz w szczególności zawarta na str. 141 - 143 historia rozwoju wdrożeń GenTax i zawarte na str. od 668 do 718 dokumenty potwierdzające, że wdrożone rozwiązanie zawiera daną funkcjonalność. Nie jest to katalog zamknięty powyższych informacji, które Izba uznała za zastrzeżone w sposób uprawniony, zatem to na Zamawiającym, jako podmiocie odpowiedzialnym za prawidłowy przebieg postępowania i wykonanie orzeczenia, ciąży obowiązek dochowania w tym zakresie

należytej staranności celem jego wykonania. Ujawnione winny zostać dokumenty dotyczące samego systemu GenTax i jego architektury oraz funkcjonalności, bez informacji na temat wdrożeń tego systemu.

Izba nie uznała za zasadne ujawnienie informacji wskazanych w tabeli podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania, w tym oświadczeń potwierdzających,

105

że rozwiązanie zawiera daną cechę, funkcjonalność, tj. informacji wskazującej na konkretne wdrożenia oferowanego systemu, ze względu na możliwość pośredniego ujawnienia innych informacji, które Izba uznała za zastrzeżone w sposób uprawniony, poza samą informacją odnoszącą się do zaoferowanego systemu GenTax i jego funkcjonalności oraz architektury. Wdrożenia określonego oprogramowania mogą stanowić tajemnicę prawnie chronioną, gdyż wskazują one określone źródła zbytu oraz kontrahentów, a więc można je uznać za inne informacje o znaczeniu gospodarczym w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt, iż wdrożenia miały odnosić się do organów administracji podatkowej nie odbiera im automatycznie cech informacji nie mogących stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie Izba wskazuje, iż zasadne jest zastrzeżenie przez wykonawcę informacji odnoszącej się do konkretnych wdrożeń oferowanego systemu, instytucji lub podmiotów, które używają tego systemu nawet jeżeli mają one status organów administracji publicznej danego kraju. Jak wskazano w zakresie zarzutu I.1. Odwołujący nie wykazał, iż we wszystkich krajach w odniesieniu do organów władzy publicznej obowiązują regulacje odpowiadające polskiemu systemowi prawnemu, tj. regulujące dostęp do informacji publicznych. Podmiot realizujący wdrożenia ma prawo zastrzec te informacje, jeżeli tylko uzna, iż ich ujawnienie stanowi zagrożenie jego interesów majątkowych.

Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Odwołującego wyrażonego w toku rozprawy, iż zarówno na stronie internetowej Fast Enterprises, jak i raporcie Gartnera te wdrożenia zostały wymienione z nazwy, gdyż twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami. Powyższe fakty nie są powszechnie znane, a zatem wymagają one udowodnienia.

Tym samym Izba nakazała odtajnienie zawartej w części 3/4 oferty Sygnity S.A. „koncepcji architektury rozwiązania” z tym zastrzeżeniem, iż jeżeli zostały tam ujawnione informacje, co do wdrożenia tego systemu w konkretnych lokalizacjach lub u konkretnych podmiotów informacje te winny pozostać nieujawnione do wiadomości publicznej.

I.4. W zakresie tożsamyh zarzutów w odniesieniu do wykonawcy Asseco Poland S.A. odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała, iż zarzut w zakresie **wykazu** usług nie zasługuje na uwzględnienie.

W powyższym zakresie Izba w całej rozciągłości podtrzymuje swoją argumentację podniesioną w zakresie analogicznego zarzutu skierowanego wobec oferty wykonawcy Sygnity S.A.

Mając na uwadze treść oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. (zastrzeżenie informacji – str. 6 tom I oferty, wykaz usług str. 16 i 22 tom I oferty wraz z dokumentami składanymi na

106

potwierdzenie należytego ich wykonania oraz zobowiązania podmiotów trzecich – str. 260, 276, 297 - 298) Izba uznała, iż informacje te spełniają cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze jedna z wykazanych przez Przystępującego Asseco Poland S.A. realizacji odnosi się do podmiotu prywatnego, zaś dołączony list referencyjny wskazuje na określone relacje handlowe, nazwy użytych produktów, właściwości zrealizowanego systemu i inne informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej usługobiorcy. Ponadto z treści powyższego dokumentu wynika, iż został on sporządzony na potrzeby postępowania prowadzonego przez Ministerstwo Finansów, a więc nie znajdował się on dotychczas w obiegu prawnym. W zakresie drugiej pozycji wykazu została ona wskazana w ramach instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zaś w dołączonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego została zawarta następująca klauzula: „Właściciel zasobów gwarantuje sobie prawo do utrzymania informacji dotyczących jego wiedzy, doświadczenia, zdolności technicznej oraz potencjału jako tajemnica przedsiębiorstwa, i wymaga od wykonawcy utrzymania tych informacji jako

niejawne, w szczególności pozostawiając je niejawnymi w trakcie ww. postępowania przetargowego”.

Powyższa argumentacja została podniesiona w piśmie z dnia 17.07.2012 r. zawierającym argumentację Asseco Poland S.A. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz argumentację zawartą w pkt I.1. niniejszego uzasadnienia Izba uznała, iż zarzut ten w odniesieniu do wykazu oraz dokumentów przedłożonych w ofercie Asseco Poland S.A. na ich należyte wykonanie nie potwierdził się.

I.5. W odniesieniu do wykonawcy **Asseco Poland S.A.** Izba za nieuzasadnione uznała zarzuty w zakresie **tajemnicy przedsiębiorstwa** odnoszące się do **zobowiązań podmiotu trzeciego** wraz z dokumentami i oświadczeniami (dokumentami formalnymi) wymaganymi ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających zasoby.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba podtrzymuje całą swoją argumentację zaprezentowaną w zakresie analogicznego zarzutu wobec wykonawcy Sygnity S.A. Zastrzeżenie przez wykonawcę Asseco Poland S.A. przedmiotowych informacji miało charakter wtórny, gdyż wynika on z żądania podmiotu trzeciego. Nie sposób jest tym samym rozpatrywać tej kwestii w oderwaniu od prawa podmiotu udostępniającego swoje zasoby do zachowania poufności współpracy ze względu na określone okoliczności. Podmiot ten bowiem może posiadać interes prawny i ekonomiczny w zastrzeżeniu ujawnienia charakteru i zakresu współpracy, jak również samego faktu kontaktów handlowych z określonym podmiotem. Może to mieć również znaczenie ze względu na fakt, iż przedmiotem udostępnienia może być, poza doświadczeniem i wiedzą, także kadra tego podmiotu oraz jego zdolność finansowa.

Wszystkie zobowiązania podmiotów trzecich ujęte na str. 260, 276, 297-298 oferty Asseco Poland S.A. posiadają w swojej treści zastrzeżenia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tego rodzaju argument Asseco Poland S.A. zawarło w piśmie z dnia 17.07.2012 r. Odnośnie dokumentów formalnych złożonych dla tych podmiotów Odwołujący swoją argumentację oparł jedynie na przypuszczeniach i domniemaniach. Za pozbawioną znaczenia Izba uznała okoliczność, iż podmioty te zostały wymienione z nazwy w spisie treści znajdującym się na str. 2 Tom I oferty. Wskazanie nazwy podmiotu nie może bowiem skutkować ujawnieniem innych informacji, tj. odnoszących się do zakresu udostępnionego zasobu, charakteru współpracy oraz relacji biznesowych. Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach mają znacznie szerszy zakres, zaś twierdzenie, iż dokumenty podmiotów trzecich zostały ujawnione w innych postępowaniach nie zostało udowodnione przez Odwołującego oraz przystępujących po jego stronie wykonawców.

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

I.6. W odniesieniu do kwestii związanej z **koncepcją architektury rozwiązania** wraz z **tabelą podkryteria oceny kryterium** Koncepcja architektury rozwiązania (m.in. oświadczeń potwierdzających, że rozwiązanie zawiera daną cechę, funkcjonalność), jak również odnoszących się do **prezentacji oferowanego rozwiązania** oraz **specyfikacji prezentacji oferowanego oprogramowania** w odniesieniu do wykonawcy **Asseco Poland S.A.** Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę fakt, iż dokument ten został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba wskazuje jedynie, iż zawiera on specyficzne rozwiązanie technologiczne, które wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 17.07.2012 r. uznał za unikalne, obejmujące *know how* wykonawcy. Izba biorąc pod uwagę dokument w postaci Koncepcji architektury rozwiązania uznała, iż zastrzeżenie tych informacji znajduje swoje uzasadnienie w treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Są to bowiem informacje technologiczne mające wartość gospodarczą i handlową.

Izba w tym zakresie nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż ze względu na opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy i dokładny, i przy założeniu, że oferowany system musiał spełniać wymagania SIWZ brak jest tym samym podstaw do uznania go za zawierający informacje ustawowo chronione. Tego rodzaju implikacja materialna, w ocenie Izby, jest znacznym uproszczeniem. Nie sposób bowiem uznać, iż jeżeli znany jest opis przedmiotu zamówienia i zaoferowano produkt zgodny w tym opisem to jednocześnie informacje na temat zaoferowanego systemu nie posiadają cech

właściwych dla tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym nie sposób uznać prawdziwości całego twierdzenia tylko w oparciu o prawdziwość pierwszego z założeń, tj. poprzednika implikacji. W tym zakresie należy wskazać, iż to nie samo spełnienie wymagań

Zamawiającego ma znaczenie ale również sposób jego spełnienia. Różnorodność rozwiązań informatycznych decyduje bowiem o różnorodności sposobów uzyskania zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia. Z faktu, iż Zamawiający preferował wykonanie zamówienia z produktów gotowych (COTS) i wykonawcy zaoferowali takie produkty nie oznacza, iż pozbawiało ich to w pewnym zakresie kreatywności w zakresie proponowanych rozwiązań. Wobec powyższego właśnie te autorskie rozwiązania mogą być przedmiotem prawnej ochrony.

Wskutek stwierdzenia braku podstaw do ujawnienia dokumentu Koncepcji architektury rozwiązania znajdującego się w ofercie Asseco Poland S.A., analogicznie jak w przypadku zarzutu wobec Sygnity S.A., Izba konsekwentnie rozciągnęła przedmiotowe rozstrzygnięcie również na prezentację oferowanego rozwiązania oraz specyfikację prezentacji oferowanego oprogramowania. Następnie, biorąc pod uwagę uznanie za dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa Koncepcji architektury rozwiązania, Izba oddaliła powyższy zarzut w odniesieniu do wykonawcy Asseco Poland S.A. Oddaleniu podlegał również zarzut odnoszący się do tabeli podkryteria oceny kryterium.

I.7. W odniesieniu do kwestii związanej ze szczegółową specyfikacją **ceny** oferty w odniesieniu do wykonawcy **Asseco Poland S.A.** Izba uznała, iż powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Należy wskazać, iż rolą wykonawców w odniesieniu do szczegółowego formularza cenowego, przygotowanego zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, było jedynie wypełnienie jego treści o poszczególne składniki cenowe. W ocenie Izby dokument dołączony do oferty Asseco Poland S.A. nie ma charakteru autorskiego i tym samym nie posiada cech wskazujących na możliwość uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sposób skalkulowania ceny (specyfikacja usług i komponentów, rozbić ceny detalicznej), na który powołał się Przystępujący Asseco Poland S.A. w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 17.07.2012 r., *per se* nie może decydować o uznaniu ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby nie są to informacje technologiczno - organizacyjne stanowiące wartość gospodarczą, lecz jedynie standardowe informacje ofertowe. W tym zakresie Izba podzieliła w całej rozciągłości argumentację Odwołującego Comarch Polska S.A. wraz z przywołaną tezą z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1072/11.

Wobec uwzględnienia powyższego zarzutu Izba nakazała ujawnienie szczegółowej specyfikacji ceny oferty w odniesieniu do wykonawcy Asseco Poland S.A.

Biorąc pod uwagę powyższe doszło również do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ze względu

na bezpodstawne respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji, co do których potwierdziły się zarzuty z art. 8 ustawy Pzp, doszło do zróżnicowania sytuacji prawnej wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej. Odmowa dostępu do pewnych informacji zawartych w ofercie, w przypadku braku podstaw do uznania zawartych tam informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, różnicuje w sposób nieuprawniony ich sytuację prawną i faktyczną w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Samo nieuprawnione zastrzeżenie informacji można bowiem rozpatrywać w kontekście czynu naruszającego uczciwą konkurencję.

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **Sygnity S.A.** oraz przyznanie **zbyt dużej ilości punktów** ofercie **Asseco Poland S.A.**, jak również naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp na skutek przyznania wykonawcom Sygnity S.A. oraz Asseco Poland S.A. punktów z naruszenie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ Izba uznała, iż powyższe zarzuty nie zasługuje na uwzględnienie.

II.1. Jak wskazał w treści odwołania Odwołujący Zamawiający w załącznik 5 do SIWZ w Tabeli 1 Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania wskazał, że spełnienie jakich wymagań będą przyznawane dodatkowe punkty. I tak zgodnie z opisem w pozycjach 5c, 6c, 7b i 8 a - c Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty za wykazanie wdrożeń (jednego lub więcej) zadeklarowanych gotowych komponentów/rozwiązania klasy ITS/mechanizmów integracji systemów SSP w administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej.

Comarch Polska S.A. podniósł również, iż Zamawiający w Załączniku 8 do OPZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w słowniku pojęć określił, iż przez Administrację Podatkową należy rozumieć „Część administracji skarbowej zajmująca się wymiarem i poborem: PIT, CIT, VAT od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym UE, SD, PCC oraz niektórych niepodatkowych należności budżetowych (o znikomym znaczeniu fiskalnym).” Z kolei w umowie (Załącznik 10 do SIWZ) w § 1 „Definicje” w ust. 1 „Administracja podatkowa” wskazano, iż jest to „część administracji skarbowej, zajmująca się wymiarem i poborem podatku dochodowego od osób fizycznych, podatku dochodowego od osób prawnych, podatku od towarów i usług wytworzonych na obszarze celnym Unii Europejskiej, podatku od spadków i darowizn, podatku od czynności cywilnoprawnych oraz niepodatkowych należności budżetowych.”

W jego ocenie określenie takiej a nie innej definicji Administracji podatkowej przez Zamawiającego jest niezwykle istotne.

Izba wskazuje, iż Odwołujący powyższy zarzut oparł na błędnych założeniach wynikających z nadinterpretacji postanowień SIWZ. W tym zakresie Izba podzieliła pogląd Zamawiającego wyrażony w toku rozprawy, iż odrębnie należy traktować definicje i pojęcia użyte na potrzeby OPZ i umowy, w stosunku do pojęć funkcjonujących na potrzeby kryteriów oceny ofert. W tym zakresie podzieliła również stanowisko wyrażone w złożonym przez Zamawiającego piśmie z dnia 25.09.2012 r.

Izba wskazuje, iż w postanowieniach załącznika nr 5 do SIWZ – Kryteria oceny ofert brak jest definicji o tożsamej treści jak w OPZ i umowie. Zawarta tam definicja jest bardziej pojemna, gdyż obejmuje jedynie zwrot „administracji podatkowej kraju OECD” i nie zawiera żadnych odniesień do rodzajów podatków.

Ponadto w ocenie Izby Odwołujący w sposób nieuprawniony interpretuje zwrot „administracji podatkowej kraju OECD lub Unii Europejskiej”. Z powyższej definicji nie wynika, wbrew twierdzeniom Odwołującego podniesionym w toku rozprawy, aby oferowany system, w związku z powyższą definicją, dotyczył podatku pobieranego na terenie całego kraju. Otóż słowo „kraju” należy odnieść do zwrotów „OECD lub Unii Europejskiej” jako logicznej konsekwencji budowy całego zdania, a w zasadzie z ograniczeniem do skrótu „OECD”, gdyż tylko w takim brzmieniu pojęcie to występuje w załączniku nr 5 do SIWZ „Kryteria oceny ofert” (pkt 5c, 6c, 7b oraz 8 a-c). Gdyby Zamawiający miał zamiar przypisania dla tego pojęcia odmiennego znaczenia, tj. takiego które wskazywałoby na wdrożenie w ramach administracji podatkowej całego państwa to takie znaczenie wynikałoby z jego literalnej treści. Nawet definicja zawarta w OPZ i umowie posługując się zwrotem „Część administracji skarbowej (...)” wskazuje jedynie na pewną ograniczoną część administracji a nie administracji na poziomie ogólnopaństwowym. A zatem Izba uznała, iż odniesienie tej definicji przez Odwołującego do administracji podatkowej na poziomie całego państwa stanowi jej nadinterpretację. Tym samym w ramach zwrotu użytego w załączniku nr 5 do SIWZ Kryteria oceny ofert zwrotu „administracji podatkowej kraju OECD” umożliwia wskazanie dowolnej realizacji na dowolnym poziomie organów administracji podatkowej w kraju OECD.

Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do kwestii związanej z podatkiem VAT oraz innymi podatkami wskazanymi w definicji Administracji Podatkowej w zakresie OPZ i umowy. Po pierwsze brak jest podstaw do rozciągania wyspecyfikowanych w definicjach Administracji Podatkowej, zawartych w OPZ i projekcie umowy, rodzajów podatków na treść załącznika nr 5 do SIWZ – Kryteria oceny ofert. Załącznik ten jedynie w jednym miejscu (Tabela 1. Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania w podkryterium nr 7) posługuje się nazwą i typem podatku, tj. wskazuje „co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich”. Wobec powyższego jego literalna treść nie odnosi się

do tych definicji, które operują typowymi dla polskiego systemu podatkowego rodzajami danin publicznych. Wszakże poszczególne skróty zawarte w definicji „Administracji podatkowej” odnoszą się do: podatku od osób prawnych, podatku od osób fizycznych, podatku od towarów i usług, podatku od spadków i darowizn, podatku od czynności cywilnoprawnych, jak również innych niepodatkowych należności budżetowych, do których zaliczyć można np. składki na ubezpieczenia społeczne. Tym samym, jak słusznie wskazał w toku rozprawy Zamawiający, gdyby przyjąć wykładnię tego pojęcia reprezentowaną przez Odwołującego brak byłoby możliwości wykazania jakichkolwiek wdrożeń, gdyż trudno jest uznać, że istnieje w jakimkolwiek kraju inny system podatkowy obejmujący daniny publiczne w analogicznym zakresie jak obowiązujące w Polsce. Nie ulega też wątpliwości, iż wspomniany przez Odwołującego i obowiązujący na terenie USA podatek sales-tax nosi znamiona podatku pośredniego, co jednoznacznie wynika z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów w postaci opinii Sincerely, The Experts, Corp. oraz publikacji Ernest & Young, z których wynika, iż na terenie Stanów Zjednoczonych istnieją podatki mające cechy podatków pośrednich (podatków od sprzedaży, obrotu), tj. podatków, których przedmiotem jest obrót a nie dochód.

Tym samym Izba odmówiła znaczenia (mocy dowodowej) przywołanych przez Odwołującego Comarch Polska S.A. dowodów z dokumentów w zakresie powyższych zarzutów ze względu na błędne założenia mające swoje źródło już w tezie dowodowej, tj. błędnej przesłance, którą mają wykazać, a dotyczącej konieczności wskazania realizacji odnoszących się do ogólnokrajowej administracji podatkowej kraju OECD lub UE pobierającej wszystkie rodzaje podatków wskazanych w definicjach Administracji Podatkowej zawartych w OPZ i wzorze umowy, w tym podatku VAT. Wszakże poszczególne pytania kierowane do organów mających swoją siedzibę w Stanach Zjednoczonych dotyczyły właśnie podatku VAT.

Izba, na podstawie dowodów przedłożonych przez Sygnity S.A., uznała za udowodnioną okoliczności, iż ratyfikacja konwencji OECD przez Stany Zjednoczone Ameryki Północnej stanowiła ratyfikację w odniesieniu do każdego terytorium znajdującego się pod kontrolą i jurysdykcją USA.

Brak jest zatem przesłanek do uwzględnienia powyższego zarzutu, gdyż u jego podstaw legły błędne założenia wyjściowe. Nawet uznanie za trafne domniemania Odwołującego, że Sygnity S.A. oraz Asseco Poland S.A. wskazały wdrożenia dokonane w poszczególnych stanach Stanów Zjednoczonych, nie powodowałoby uwzględnienia powyższych zarzutów ze względu na nadinterpretację postanowień załącznik nr 5 do SIWZ dokonaną przez Odwołującego.

III. W ramach zarzutu odnoszącego się do przyznania zbyt dużej ilości punktów wykonawcy Asseco Poland S.A. w ramach podkryterium 7b Kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania (Wykorzystanie rozwiązania klasy ITS) Izba wskazuje, iż niniejszy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego Asseco Poland S.A. zawartej w piśmie procesowym z dnia 02.10.2012 r. odnoszącą się do podkryterium 7 a i b w którym to piśmie wskazano, że: „O ile zatem w przypadku punktu 7a) chodził o wskazanie przez danego Wykonawcę rozwiązania, które – dla uzyskania punktów – musiało posiadać cechy opisane w tym kryterium (na co wskazuje treść pkt 7a), o tyle w treści pkt 7b nie przywołano cech systemu opisanego w kryterium. Nie chodziło więc o potwierdzenie, że przypadek wdrożenia musiał spełniać wszystkie cechy wskazane w podkryterium 7a, a jedynie o to, aby potwierdzić fakt wdrożenia systemu, który miał możliwość realizowania wymagań z pkt 7a.”. Otóż za uznaniem tej argumentacji za nieprawidłową przemawia okoliczność, iż w pkt 7b jest mowa o „zadeklarowanym rozwiązaniu” a więc rozwiązaniu, o którym mowa w pkt 7a. Świadczy o tym użycie w pkt 7a zwrotów „Wykorzystanie rozwiązania klasy ITS (...)” oraz „Zaoferowanie przez wykonawcę i wskazanie rozwiązania klasy ITS (...)”, co jednocześnie wymogi odnoszące się do typów podatków, 5 mln kont podatników oraz 5000 urzędników rozciąga na pkt 7b. Jeżeli wykonawca miał zatem wykorzystać rozwiązanie o określonych

cechach i jednocześnie wskazać przypadek wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania to wdrożenie musiało również spełniać te cechy.

Jednakże za oddaleniem powyższego zarzutu przemawiają zupełnie inne okoliczności niż wskazane przez Przystępującego Asseco Poland S.A. W pkt 7a wskazano bowiem, że wykorzystane rozwiązanie klasy ITS winno jako jedną z cech posiadać możliwość równoczesnej pracy co najmniej 5000 urzędników. Tym samym zwrot „umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników” należy traktować jako potencjalną funkcjonalność systemu, co jednocześnie nie oznacza, iż wskazane na potwierdzenie pkt 7b wdrożenie ma współpracować z taką ich liczbą. W świetle tego postanowienia wdrożony i zadeklarowany system ma jedynie dawać potencjalną możliwość równoczesnej pracy co najmniej 5000 urzędników. W przeciwnym wypadku warunek ten byłby uzależniony od liczebności personelu urzędniczego w danym organie administracji podatkowej. Zgodzić się zatem należy z Przystępującym, że fakt wdrożenia miał odnosić się do potencjału technicznego systemu, a więc elementu niezależnego od potrzeb klienta.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż założenie Odwołującego Comarch Polska S.A. oraz przedstawione na jego potwierdzenie dowody nie uwzględniają objętej tajemnicą przedsiębiorstwa koncepcji realizacji systemu. Ponadto powyższe dowody, w postaci korespondencji mailowej z przedstawicielami Oracle, złożone wraz z pismem z dnia 01.10.2012 r., opierają się na błędnym założeniu nie uwzględniającym adekwatnego do

113

treści pkt 7 rozumienia postanowień załącznika nr 5 do SIWZ. Ich treść wskazuje również, iż są oderwane od postawionej tezy dowodowej. Teza ta odnosi się do oferty wykonawcy Asseco Poland S.A., zaś odpowiedzi dotyczą Sygnity S.A. Ponadto nie sposób uznać, w ramach dokonanej przez Izbę interpretacji wymogów w zakresie podkryterium 7, że znaczenie mają w tym zakresie dowody wskazujące na liczbę urzędników zatrudnionych w administracji podatkowej stanu Vermont (odpowiedź organu podatkowego stanu Vermont). Z powyżej odpowiedzi wynika ponadto, iż urząd ten „nigdy nie próbował większej liczby urzędników”.

Następnie Izba wskazuje, iż Odwołujący powyższy zarzut oparł również na dwóch alternatywnych domniemaniach, tj. zależne od zastosowanego rozwiązania programowego (Oracle EBS lub Oracle ETPM) wiążąc je z wymaganiami odnoszącymi się do licencjonowania (załącznik nr 14 do OPZ – specyfikacja licencji na zamawiane systemy gotowe oraz przeniesienia praw autorskich, WYM.LIC.I). Odwołujący nie uwzględnił w ramach tego zarzutu okoliczności, iż zastosowanie specyficznych rozwiązań konfiguracyjnych umożliwić może spełnienie wymogów wskazanych w ramach podkryterium 7. W tym zakresie Odwołujący opierając się na konstrukcji alternatywy rozłącznej i swoich przypuszczeniach dokonał oceny rozwiązania zaoferowanego przez Asseco Poland S.A. Jednakże, jak wyżej wskazano, treść oferty Asseco Poland S.A. wskazuje, iż teza prezentowana przez Odwołującego jest nietrafna i nie uwzględnia stanu faktycznego, tj. oferowanej przez Przystępującego Asseco Poland S.A. koncepcji architektury rozwiązania i tym samym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby wskazane w piśmie Asseco Poland S.A. z dnia 02.10.2012 r. strony oferty, tj. str. 143, 144, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 181a i 181b Tomu II, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, potwierdzają możliwości systemu w zakresie określonym w kwestionowanym przez Odwołującego pkt 7b. W toku rozprawy Zamawiający w powyższym zakresie wskazał w piśmie z dnia 25.09.2012 r. str. 172 Tom II oferty Asseco Poland S.A.

Tym samym w zakresie powyżej wskazanym i przy uwzględnieniu powyższych okoliczności zarzut ten nie potwierdził się.

IV. Biorąc pod uwagę fakt oddalenia zarzutu odnoszącego się do przyznania zbyt dużej ilości punktów wykonawcy Asseco Poland S.A. w zakresie podkryterium 7b nie sposób również uznać, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnoszącego się do złożenia nieprawdziwych informacji. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń zawartych w odwołaniu.

114

V. W zakresie zarzutu odnoszącego się do przyznania wykonawcy Asseco Poland S.A. zbyt dużej ilości punktów w zakresie podkryterium pkt 2 Kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania (Możliwość zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych) Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż powyższy zarzut Odwołujący oparł na domniemaniach odnoszących się do możliwego zaoferowania oprogramowania Oracle ETPM, które samodzielnie nie zapewnia możliwości budowy formularzy podatkowych udostępnionych na portalu internetowym podatnika. Jednakże Odwołujący oparł swój zarzut na domniemaniu, któremu przeczy treść oferty Przystępującego Asseco Poland S.A. Wskazał on bowiem na strony oferty 123 - 127, które w ocenie Izby potwierdzają spełnienie tego wymogu. Na powyższą okoliczność Zamawiający w piśmie z dnia 25.09.2012 r. wskazał na str. 123 Tom II oferty Asseco Poland S.A. wskazując na użycie w tej części oferty, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, określonych z nazwy platform przetwarzania formularzy. Izba powyższe dowody z dokumentacji postępowania uznała za wystarczające dla oddalenia zarzutu w powyższym zakresie.

VI. W zakresie zarzutu odnoszącego się do podkryterium pkt 2b i pkt 3b oraz 4b, tj. wskazania planowanych do wykorzystania powszechnie uznanych technologii umożliwiających realizację kryterium w zakresie ofert wykonawców Asseco Poland S.A. oraz Sygnity S.A. Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie został nawet uprawdopodobniony przez Odwołującego. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji.

Na odparcie twierdzeń Odwołującego Przystępujący Asseco Poland S.A. wskazał następujące strony oferty Tom II str. 123 - 127 (dla pkt 2b), str. 131 - 134 (dla pkt 4b), zaś gdyby omyłkowo wskazany w odwołaniu zarzut dotyczył pkt 3c (zamiast nieistniejącego pkt 3d) wskazał str. 21 - 31.

Przystępujący Sygnity S.A. na odparcie powyższego zarzutu przywołał następujące strony oferty 456, 469 oraz 461 (zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa).

W tym zakresie Zamawiający w pismach z dnia 25.09.2012 r. wskazał dla Asseco Poland S.A. następujące strony ofert Tom II: str. 123 (dla pkt 2b); str. 31 (dla pkt 4b) oraz podniósł, iż podkryterium 3d nie występuje w SIWZ. W zakresie oferty Sygnity S.A. wskazał następujące strony oferty: str. 52 i 148 część 3/4 (dla pkt 2b), str. 103 części 3/4 (dla pkt 4b) oraz wskazał, iż kryterium o nr 3d nie występuje w SIWZ.

W odniesieniu do uwag poczynionych przez Odwołującego należy wskazać, iż rozbieżności w numeracji wskazanej przez Zamawiającego i Przystępującego Sygnity S.A. mają swoje źródło w podwójnej numeracji tej części oferty.

115

Izba oceniła powyższe elementy dokumentacji postępowania uznając, iż potwierdzają one bezzasadność zarzutów Odwołującego. Wskazane stron ofert wykonawców odnoszą się wprost do kwestionowanych wymogów.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż odtajnienie poszczególnych dokumentów w ofertach umożliwia ich merytoryczną weryfikację przez pozostałych wykonawców, co jednocześnie może mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

KIO 1956/12

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp na skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na brak wniesienia wadium Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W powyższym zakresie Odwołujący wskazał, iż złożona gwarancja wadialna umożliwia Zamawiającemu realizację kwoty wadialnej w zakresie zgodnym z przepisami

ustawy Pzp. Podniósł, iż kwestionowany przez Zamawiającego pkt 8 dokumentu wadialnego ma jedynie charakter informacyjny i nie ogranicza uprawnień Zamawiającego wynikających z tego dokumentu.

Izba wskazuje, że powyższy zapis zawiera następująca treść: „Gwarant nie odpowiada z Gwarancji, gdy Oferent nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z Oferty z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności: wskutek wojny, wojny domowej, aktów terroryzmu, rebelii, zamieszek, powstania, konfiskaty wojennej, nacjonalizacji, wprowadzenia stanu wojennego lub wyjątkowego, rekwizycji przez

wszelką władzę, działania energii jądrowej, skażenia radioaktywnego lub innego zdarzenia losowego o cechach klęski żywiołowej. ”

Zdaniem Izby, wbrew powyższym twierdzeniom Odwołującego, to literalna treść dokumentu gwarancyjnego przedkładanego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ustalonych dla danego postępowania okolicznościach stanowi, czy jest on dokumentem skutecznie zabezpieczającym ekonomiczne interesy Zamawiającego związane z rolą, jaką w ramach przetargu pełni wadium.

Powyższy element (treść pkt 8 gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej wraz z ofertą przez Odwołującego) stanowi szczególnie istotną treść przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium i tym samym wpływa w sposób decydujący na prawa i obowiązki stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Istotą wadium jest możliwość zatrzymania lub uzyskania w możliwie prosty sposób pewnej kwoty pieniężnej na wypadek zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w ustawie Pzp. Regułą jest, iż okoliczności faktyczne umożliwiające Zamawiającemu zatrzymanie wadium stanowią w momencie zawarcia ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium zdarzenia przyszłe i niepewne, tj. mają walor zdarzeń o charakterze losowym.

Takie też znaczenie mają postanowienia pkt 8 gwarancji z tym rozróżnieniem, iż wyłączają one odpowiedzialność gwaranta wobec Zamawiającego w przypadku wystąpienia określonych okoliczności.

Zamawiający wraz z ofertą otrzymuje oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, zatem tylko i wyłącznie ten dokument stanowi źródło jego uprawnień z tytułu umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, tj. umowy zawartej pomiędzy zleceniodawcą – wykonawcą a bankiem lub towarzystwem ubezpieczeniowym. Wobec powyższego Izba za pozbawione znaczenia, czyli bezprzedmiotowe dla realizacji roszczenia uznała dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci pisma TU EUROPA S.A. zawierającego oświadczenie wskazujące na charakter i znaczenie postanowienia zawartego w pkt 8 przedmiotowej gwarancji. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko wyrażone w przywołanym przez Przystępującego Comarch Polska S.A. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 66/12, że wadium nie podlega uzupełnieniu i nie mają w tym momencie znaczenia oświadczenia wystawcy gwarancji. Ocenie powinna podlegać sama gwarancja i tylko z tego dokumentu wynika zakres zobowiązania gwaranta. Analogicznie zostało wskazane w przywołanym przez Przystępującego Comarch Polska S.A. wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2009 r. (sygn. akt XII Ga 350/09), w myśl którego: „Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne, treść

gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 P.Z.P.”.

Na charakter gwarancji wadialnej i relacje pomiędzy gwarantem, zleceniodawcą oraz beneficjentem gwarancji wskazuje przywołany przez Odwołującego w treści odwołania wyrok Sądu Najwyższego. W powyższym wyroku Sąd Najwyższy wskazał, iż: zobowiązanie z gwarancji jest zobowiązaniem o „samodzielnym, nieakcesoryjnym charakterze. Z nie akcesoryjności tego zobowiązania wynika natomiast, iż gwarant płaci własny, a nie cudzy dług. Taki charakter tego zobowiązania przemawia za istotnym ograniczeniem zarzutów przysługujących gwarantowi. Zasadniczo nie służą jemu zarzuty wynikające z istniejącego

stosunku podstawowego.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2004r. II CK 17/04). Teza powyższa nie potwierdza zarzutów Odwołującego a wręcz wskazuje na ich bezzasadność.

Biorąc pod uwagę tezę wyrażoną w powyższym orzeczeniu kwestionowany przez Zamawiającego pkt 8 gwarancji ubezpieczeniowej uprawnia Gwaranta do uchylecia się od spełnienia świadczenia na rzecz Zamawiającego ze względu na okoliczności mające swoje źródło w stosunku podstawowym, tj. stosunku pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Gwarancja ta, wskutek takiego zastrzeżenia, traci walor gwarancji bezwarunkowej. W pkt 3 rozdziału X SIWZ zatytułowanego „Wymagania dotyczące wadium” zostało wskazane, iż: „Wniesione wadium musi obejmować okres związania ofertą i nie może zawierać żadnych ograniczeń sprzecznych z ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności ograniczających możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy”. Wskazany pkt 8 gwarancji ogranicza możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, jednocześnie zawierając w tym zakresie katalog otwarty okoliczności dających prawo Gwarantowi do odmowy spełnienia świadczenia.

Izba nie podzieliła poglądów Odwołującego, który wskazał, iż nawet przy braku powyższego zapisu na mocy 475 oraz 405 ustawy Kodeks cywilny wyłączenia wskazane w pkt 8 gwarancji będą obowiązywały. Regulacje te, na co wskazał przystępujący Comarch Polska S.A., mają zastosowanie do odpowiedzialności kontraktowej, z którą nie mamy do czynienia pomiędzy Gwarantem a Beneficjentem – Zamawiającym. Przystępujący wskazał ponadto, iż uprawnienie Beneficjenta nie wynika z kontraktu ale dokumentu, który został przedłożony przez Odwołującego w toku postępowania. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż będą miały one zastosowanie nawet wówczas, gdy nie zostaną określone w treści gwarancji.

Wniesienie wadium jest wymogiem formalnym i jako wymóg o takim charakterze jest oceniane pod kątem wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wniesienie wadium, które nie spełnia wszystkich wymogów SIWZ, oznacza w istocie, że wadium nie zostało wniesione, co obliuguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy

118

z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wadium wówczas skutecznie zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ oraz w ustawie Pzp.

Warunkowość możliwości realizacji kwoty wadium należy utożsamić z brakiem wniesienia wadium w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jego realizacja staje się bowiem niepewna i jest uzależniona od szerokiego spectrum okoliczności, gdyż zawarty w pkt 8 gwarancji katalog nie ma charakteru zamkniętego.

Niezasadny okazał się zarzut Odwołującego dotyczący nierównego traktowania wykonawców. Wskazał on bowiem, iż Zamawiający wezwał wykonawcę Sygnity S.A. do wyjaśnień dotyczących polisy oc, czego nie uczynił w odniesieniu do gwarancji wadialnej Odwołującego. Należy wskazać, iż brak jest podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu gwarancji wadialnej, gdyż nie jest on elementem treści oferty, jak również nie jest dokumentem przedkładanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co wyłącza możliwość zastosowania wobec tego dokumentu instytucji uregulowanych w art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp była czynnością pozbawioną wad prawnych.

II. W zakresie zarzutu art. 24 ust. 2 pkt 4, względnie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, względnie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy Sygnity S.A. z uwagi na to, że polisa OC przedstawiona w ofercie nie odpowiada wymaganiom SIWZ Izba uznała, iż zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Izba na wstępie wskazuje, iż ustawodawca, w ramach warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przyjął założenie, że na rynku funkcjonują profesjonalne instytucje finansowe (banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo kredytowe oraz towarzystwa ubezpieczeniowe), które przed zaoferowaniem swoim klientom (przedsiębiorcom - wykonawcom) określonych produktów finansowych weryfikują za pomocą wykwalifikowanej kadry i specjalistycznych mechanizmów

analitycznych wiarygodność ekonomiczną i finansową swoich klientów. Posiadają one dużo większe możliwości niż ma Zamawiający w tym zakresie. Samo objęcie ubezpieczeniem, tak jak i promesa kredytowa pozwalają uznać, iż instytucje finansowe, które wystawiły te dokumenty oceniły pozytywnie zdolność finansową i ekonomiczną podmiotu. Konkretny podmiot działający na rynku ubezpieczeń, w ramach stałej współpracy, posiada nierzadko

rozległą wiedzę na temat kondycji ekonomicznej danego przedsiębiorcy mającą swoje źródło niejednokrotnie w wieloletnich kontaktach handlowych. Należy zatem wskazać, na co zwrócił uwagę na rozprawie w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1961/12 Odwołujący Asseco Poland S.A. w odniesieniu do analogicznego zarzutu, że towarzystwo ubezpieczeniowe ma wiedzę na temat wiarygodności danego wykonawcy na podstawie jego dotychczasowej działalności oraz zaistniałych szkód i zdarzeń je powodujących i w tym zakresie jest w stanie ocenić na jakim poziomie przyzna mu ochronę ubezpieczeniową.

Zdolność do poniesienia kosztów ubezpieczenia, na co wskazuje zamieszczona na stronie www.uzp.gov.pl opinia Urzędu Zamówień Publicznych, jest jednym z elementów decydujących o spełnieniu warunku odnoszącego się do zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W powyższej opinii zostało bowiem wskazane, że celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem :

(1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.);

(2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

Należy wskazać, iż Zamawiający w powyższym zakresie określił w Rozdziale VIII zatytułowanym „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków”, iż „Warunek, o którym mowa w ROZDZIALE VII pkt 1) lit. c) SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się: opłaconą polisą ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości: 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć milionów złotych) nieograniczoną liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie.”

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła twierdzeń Przystępującego Sygnity S.A., podniesionych na rozprawie, o braku przedstawienia przez Zamawiającego szczegółowych wymagań w odniesieniu do polisy.

W tym miejscu należy wskazać, iż wymagania postawione przez Zamawiającego wobec polisy od odpowiedzialności cywilnej są w pełni dopuszczalne oraz adekwatne do warunku, jak również korespondują z przepisami ustawy Pzp oraz rozporządzeniem o dokumentach regulujących tę materię. Wymagania to, w postaci dookreślenia wytycznych odnoszących się wprost do ogólnej kwoty ubezpieczenia, miało na celu zapobieganiu przedstawiania dokumentów gwarantujących tylko pozorną ochronę. Wytyczne te należy

ocenić jako postanowienia oddające istotę warunku wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz korespondujące z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Tym samym postanowienia SIWZ w odniesieniu do polisy od odpowiedzialności cywilnej są wiążące na etapie oceny ofert wobec wszystkich uczestników postępowania oraz Zamawiającego, jak również na mocy art. 191 ust. 2 ustawy Pzp winny być brane pod uwagę na etapie postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę treść polisy podstawowej wystawionej przez TU Allianz, w ocenie Izby, rozszerzenie zakresu ubezpieczenia o zdarzenia związane z działalnością projektowania systemów komputerowych miało na celu wykazanie spełnienia warunku. Ten element polisy bowiem koresponduje z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), który stanowi, że: „W celu wykazania spełnienia przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (...) zamawiający może żądać, następujących dokumentów: opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Określona w polisie Allianz klauzula rozszerzająca zakres ochrony ubezpieczeniowej o odpowiedzialność cywilną projektanta - wykonawcy systemów komputerowych odnosi się do zakresu prowadzonej działalności przez wykonawcę Sygnity S.A. i jednocześnie związana jest z przedmiotem niniejszego postępowania. To właśnie ten zakres ubezpieczenia, wprowadzony do ww. polisy na mocy klauzuli rozszerzającej, stanowi w szczególności o potwierdzeniu warunku zdolności ekonomicznej i finansowej w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Biorąc pod uwagę treść art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.) o swobodzie działalności gospodarczej podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Tym samym zakres działalności ujawniony w Krajowym Rejestrze Sądowym w odniesieniu do konkretnego podmiotu ma jedynie znaczenie statystyczne, a ponadto odnosi, w spółce kapitałowej, jedynie skutki wewnętrzne bez wpływu na jej relacje zewnętrzne z innymi podmiotami. Nie ogranicza zatem prawa podmiotu, co do wyjścia poza zakres ujawniony w rejestrze KRS. Powyższe zostało podniesienie ze względu na fakt, iż z dokumentu polisy zasadniczej (polisa Allianz – str. 48 oferty Sygnity S.A.) wynika, iż rodzaj ubezpieczonej działalności został dookreślony zgodnie z KRS. Jednakże w ramach regulacji ww.

wskazanego rozporządzenia o dokumentach należy wskazać na istnienie korelacji pomiędzy prowadzoną przedmiotową działalnością (nie zaś ujawnioną) a przedmiotem zamówienia. Tym samym zakres zdarzeń objętych ochroną ubezpieczeniową wskazany w polisie przedkładanej na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu winien korespondować z prowadzoną działalnością oraz przedmiotem zamówienia i z faktu, iż prowadzona działalność może nie odpowiadać ujawnionej w rejestrze KRS nie sposób wywieść żadnych skutków w tym zakresie. Nie ulega wątpliwości, iż przedmiot zamówienia w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje czynności projektowania systemów komputerowych.

Na potwierdzenie warunku w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wykonawca Sygnity S.A. złożył następujące dokumenty:

1. polisa podstawowa nr 000-12-430-05887941 (TUiR Allianz S.A.) na sumę 20.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia;
2. polisa nadwyżkowa nr PO/00492291/2012 (Generali TU S.A.) na sumę 30.000.000,00 PLN z klauzulą step down z pierwotnym punktem zaczepienia (polisa podstawowa) na poziomie 20.000.000,00 zł, a dla ryzyka czystych strat finansowych 2.500.000,00 PLN na jedno i 5.000.000,00 PLN na wszystkie zdarzenia;
3. polisa nadwyżkowa PLCANA03186 (ACE European Group Limited Spółka z o.o.) na sumę 5.000.000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia ponad 30.000.000 PLN w każdej szkodzie.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż polisa ubezpieczeniowa Allianz, złożona przez Sygnity S.A. – zawiera wskazanie sumy gwarancyjnej w wysokości 20.000.000,00 zł, jednakże zawiera szereg ograniczeń i podlimitów (str. 3 i 4 polisy Allianz), które powodują, że nie spełnia ona wymagań zawartych w SIWZ. Jako przykład wskazał zawarty na str. 4 podlimit 200.000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia w odniesieniu do szkód wynikłych z utraty danych lub informacji wskutek przypadkowego lub przedwczesnego ich usunięcia albo wysłania pod niewłaściwy adres w czasie ich zmiany. Wskazał również, że w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca Sygnity S.A. nie odpowiedział bezpośrednio na pytania dotyczące limitów w wypłacie odszkodowania zdefiniowanych w polisie Allianz.

Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, że odpowiedź Sygnity S.A., obejmująca ogólne wywody wskazujące na funkcję polisy OC w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - nie miała znaczenia z uwagi na fakt, że podlimity ograniczające odpowiedzialność ubezpieczyciela - dotyczyły elementów koniecznych polisy, związanych z

zakresem zamówienia, a tym samym - obniżały sumę gwarancyjną w tym zakresie - w przypadku polisy Allianz - do 200.000,00 zł.

122

W ocenie Izby powyższe postanowienia polisy Allianz, wskazane przez Odwołującego, stanowią niedopuszczalne w SIWZ ograniczenia sumy gwarancyjnej.

W tym zakresie na szczególną uwagę zasługuje treść opinii prawnej Supra Brokers Spółka z o.o. z dnia 30.08.2012 r., która została w rozległej części przywołana w ramach analogicznego zarzutu Assecos Poland S.A. (odwołanie o sygn. akt KIO 1961/12). Z jej treści wynikają daleko idące wnioski, co do zakresu ubezpieczenia, jego sumy oraz istniejących wartościowych wyłączeń odpowiedzialności ubezpieczyciela.

Tym samym, w ocenie Izby, już tylko z tego powodu, tj. ze względu na ograniczenia odpowiedzialności zawarte w podstawowej polisie Allianz wykonawca Sygnity S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Podlimity powyższe odnoszą się do podstawowej działalności prowadzonej przez Przystępującego Sygnity S.A. związanej ściśle z przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe i biorąc pod uwagę wskazane powyżej postanowienia dotyczące podlimitów w polisie Allianz należy wskazać, iż są one sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w tym zakresie.

Uwzględniając ww. argumentację Izba uznała, iż potwierdził się zarzut braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Sygnity S.A. w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej.

Izba, ze względu na oświadczenie Zamawiającego złożone w toku rozprawy o braku zastosowania wobec wykonawcy Sygnity S.A. wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności uznała za zasadne wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i dopiero w oparciu o wynik tej czynności nakazała rozważyć zasadność jego wykluczenia z postępowania. Jednakże jego zastosowanie Izba uzależniła od czynności będącej wynikiem uwzględnienia zarzutów w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. akt KIO 1961/12. Stąd też celem uniknięcia sprzeczności rozstrzygnięć w zakresie poszczególnych odwołań Izba wskazuje, iż najdalej idące konsekwencje wynikają z uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 1961/12 oraz z faktu uwzględnienia zarzutu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym sentencja w ramach tego odwołania czyni zadość uzasadnionym żądaniom Odwołującego SMT Software S.A. w odniesieniu do wykonawcy Sygnity S.A.

III. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na brak wskazania przez wykonawcę Sygnity S.A. w formularzu cenowym wszystkich cen jednostkowych Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

123

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający w Rozdziale VI zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny, rozliczenia i płatności” nie zawarł nakazu dokonania określenia wszystkich cen jednostkowych, jak również nie wykluczył możliwości ujmowania poszczególnych wartości w innych pozycjach niż zostały im przypisane. Co do zasady wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma swobodę w kształtowaniu swojego wynagrodzenia, o ile czynności te są zgodne z przepisami prawa oraz wytycznym zawartymi w treści SIWZ.

Tym samym ujęcie pozycji nr 1.1.3.13 (wszelkie inne oprogramowanie niezbędne do wdrożenia Systemu) oraz pozycji 1.1.3.8. (ERP na potrzeby e-podatki) w innych pozycjach (poz. 1.1.3. – infrastruktura i oprogramowanie standardowe oraz poz. 1.1.3.7. – oprogramowanie klasy ITS na potrzeby e-podatki) było w pełni dopuszczalne w kontekście wymagań zawartych w SIWZ.

Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do przychylenia się do argumentacji Odwołującego, że ma do czynienia z błędem w obliczeniu ceny lub niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. W tym zakresie, tj. co do konieczności ujęcia w formularzu cenowym wszystkich pozycji jednostkowych i ich wyceny bez możliwości dokonywania jakichkolwiek

zmian czy przesunięć, jak wyżej wskazano, SIWZ nie zawiera żadnych postanowień. Zatem wobec braku wytycznych w tym zakresie nie można mówić o niezgodności treści i tym bardziej błędzie w obliczeniu ceny. Brak jest również podstaw do uznania, że poz. 1.1.3. – Infrastruktura i oprogramowanie standardowe nie podlegała osobnej wycenie. Izba wskazuje, iż pozycja ta jest pozycją zespoloną i tym samym składa się z wielu elementów podlegających wycenie. Nie oznacza to jednak, iż nie można w tej pozycji ująć ogólnie innych wartości.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba uznała oświadczenie Przystępującego złożone w toku rozprawy za wiarygodne i racjonalne. Otóż wskazał on, że ze względu na brak możliwości rozdzielenia elementu wykazu została zawarta jedna pozycja, do której odnosiła się pozycja kwestionowana przez Odwołującego.

Tym samym należy wskazać, iż brak było podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

IV. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ze względu na wady **pełnomocnictwa** uzupełnionego przez wykonawcę **Sygnity S.A.** Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

W ofercie Sygnity S.A. pierwotnie zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 25.04.2012 r. upoważniające osobę, która podpisała ofertę, do samodzielnego reprezentowania Sygnity S.A. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia

124

publicznego wyłącznie w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej i reprezentowania wykonawcy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ramach uzupełnienia wykonawca Sygnity S.A. dołączył dla tej samej osoby, która podpisała ofertę pełnomocnictwo z dnia 25.04.2012 r. upoważniające osobę, która podpisała ofertę do samodzielnego reprezentowania Sygnity S.A. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego również w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej i reprezentowania wykonawcy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie Izby z przedłożonych pełnomocnictw nie wynika jakakolwiek wzajemna relacja mogąca powodować ich wzajemne oddziaływanie na zakres umocowania pełnomocnika. Oba pełnomocnictwa mają charakter pełnomocnictw rodzajowych i mogą bez przeszkód jednocześnie funkcjonować w obrocie prawnym. Należy również wskazać, iż Odwołujący na poparcie swoich zarzutów nie przedstawił żadnych dowodów mogących wskazywać na brak umocowania osoby podpisującej ofertę, odwołanie któregośkolwiek z pełnomocnictw, czy też jego antydatowanie.

W tym zakresie Izba dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego Sygnity S.A. podniesionym na etapie rozprawy. Wskazał on, iż w spółce przed złożeniem ofert na początkowym etapie postępowania przygotowywane są dwa rodzaje pełnomocnictw – jedno dotyczące wyłącznie środków ochrony prawnej, zaś następne obejmujące również czynności składania ofert. W tym wypadku nastąpiła omyłka skutkująca załączeniem do oferty niewłaściwego pełnomocnictwa.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

V. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnoszącego się do zakresu licencji zaoferowanego przez wykonawców Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A. i SKG S.A. rozwiązania Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący powyższy zarzut oparł na dwóch założeniach, tj. założeniu, że ww. wykonawcy mogli zastosować technologię SAP, Microsoft lub technologię Oracle (COTS), co wywodzi on w świetle postanowień SIWZ (przyznawanie maksymalnej liczby punktów wyłącznie za rozwiązania z czołówki listy Gartnera) oraz informacji o punktacji przyznanej poszczególnym Ofertom przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego przy założeniu, że ww. Wykonawcy zastosowali technologię Microsoft lub Oracle tj., że ich oferty oparte są o produkty COTS tych firm – mogłoby to stanowić element istotnej niezgodności ich ofert z wymaganiami SIWZ. Otóż w ocenie Odwołującego - oferty Wykonawców Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska

125

S.A. i SKG S.A. mogą nie spełniać w pełnym zakresie wymogu podanego w zał. 14 do OPZ, strona 8, przypis pod Tabelą 1 Specyfikacja licencji na zamawiane systemy gotowe.

Przez sformułowanie w powyższej tabeli „Jednocześnie pracujących nie nazwanych użytkowników ” należy zdaniem Odwołującego rozumieć, że oprogramowanie musi:

- 1) Pozwalać na jednoczesną pracę wymienionej liczby użytkowników
- 2) Licencje nie mogą być przypisane do użytkownika (odpowiednik licencji typu floating).

W ocenie Odwołującego - rozwiązania oparte o ww. technologie, przy nie odpowiednim wyborze, nie zapewniają licencji typu „floating”, a zamiast tego są to licencje na użytkownika nazwanego lub na urządzenie. Powyższy warunek zdefiniowany przez Zamawiającego w Załączniku 14 do OPZ stanowi wymóg bezwarunkowy, którego niespełnienie przez Wykonawcę powinno powodować odrzucenie jego oferty. Wskazał, iż opierając się na wiedzy o produktach ww. firm standardowe warunki licencjonowania produktów, nie przewidują licencjonowania typu floating.

Izba wskazuje, że Odwołujący swój zarzut w całości oparł na domniemania, zarówno co do rozwiązań zastosowanych przez poszczególnych wykonawców, jak również na założeniu, iż zaoferowane rozwiązania technologiczne przy nieodpowiednim wyborze nie zapewniają licencji typu floating oraz w oparciu o jego wiedzę o domniemanych produktach, z której wywodził, że nie zapewniają one wymagań Zamawiającego. Ten szereg domniemań i przypuszczeń nie może stanowić podstawy do uwzględnienia powyższego zarzutu. W odniesieniu do powyższego Izba uznała twierdzenia Odwołującego za nieudowodnione. Po pierwsze założył on, jakie rozwiązania zaproponowali poszczególni wykonawcy, jak również założył, iż rozwiązania te opierają się na standardowych warunkach licencjonowania. Tego typu przypuszczenie nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu. Sam bowiem wskazał, iż jako wykonawca uzyskał od Oracle zgodę na odstąpienie od standardowych warunków licencjonowania. Oznacza to, iż taka zgodę mógł uzyskać każdy wykonawca pozostający z Oracle w kontaktach handlowych.

Dodatkowo należy wskazać, iż właściwości wskazanego przez Odwołującego oprogramowania nie stanowią w zakresie licencjonowania wiedzy powszechnie dostępnej. Wobec powyższego Odwołujący w tym zakresie winien udowodnić rodzaj licencji, jakimi dysponują wskazane przez niego produkty.

Na odparcie powyższych twierdzeń Przystępujący Comarch Polska S.A., wskazał objęty tajemnicą przedsiębiorstwa załącznik nr 14 przypis 1 oferty oraz str. 182 oferty. Wykonawca Asseco Poland S.A. wskazał w powyższym zakresie str. 159 – 161 oferty oraz wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 14.08.2012 r.

Tym samym Izba uznała, iż powyższy zarzut nie został przez Odwołującego udowodniony i podlegał on oddaleniu.

VI. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcom Asseco Poland S.A. oraz Comarch Polska S.A. zbyt dużej ilości punktów (załącznik nr 5 do SIWZ Tabela 1 ppkt 5 a), b,) i c), jak również pkt 7b) Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W tym zakresie, jak w przypadku zarzutu V, Izba wskazuje, iż swoje twierdzenia Odwołujący oparł jedynie na domniemaniach i przypuszczeniach.

W tym zakresie Przystępujący Asseco Poland S.A. wskazał na tom II oferty str. od 138 do 140 oraz str. 143 i 144 oferty i znajdujące się na następnych stronach listy referencyjne. W tym zakresie Comarch Polska S.A. wskazał na pkt 11 str. 184 i 185 oraz pkt 5 załącznika technicznego, w tym str. 264 oraz referencje na str. 190 i 191. Ponadto podniósł w zakresie zarzutu dot. pkt 7b zawarty na str. 166, tj. zapis od myślnika do przecinka oraz na str. 193 i 194, jak również na str. 199 i 200.

W tym zakresie Izba podtrzymuje swoją argumentację zawartą w odniesieniu do tożsamyh zarzutów – zawartą w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności powyższych zarzutów i podlegają one oddaleniu. O powyższym stanowią przywołane przez Przystępujących dowody z dokumentacji postępowania oraz bezczynność dowodowa po stronie Odwołującego.

VII. W zakresie art. 7 ust. 1 i art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt

7 Pzp, poprzez uznanie za skuteczne dokonane zastrzeżenia zawarte w ofertach wykonawców Sygnity S.A., Asseco Poland S.A., Comarch Polska S.A., SKG S.A. dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego Izba wskazuje, iż powyższy zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odnoszącej się do wykazu zrealizowanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług oraz dokumentów formalnych odnoszących się do podmiotów udostępniających swoje zasoby Izba w całej rozciągłości podtrzymuje swoją argumentację zawartą w ramach uzasadnienia w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/12 rozciągając ją na zarzuty odnoszące się do wykonawców Comarch Polska S.A. oraz SKG S.A. Wynika to z faktu, iż zastrzeżenie informacji stanowiących podstawę utajnienia tych dokumentów znajduje się w treści zobowiązania podmiotu trzeciego i zostało dokonane przez podmiot niezależny od oferentów. W ocenie Izby informacje te, ze względu na ich charakter oraz brak wykazania, iż zostały one ujawnione do wiadomości publicznej spełniają przesłanki dla uznania ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.

127

Izba nie znalazła również podstaw do odtajnienia wyjaśnień wykonawców w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Fakt, iż wyjaśnienia te odnoszą się do informacji, które zastrzeżone zostały w sposób prawidłowy powoduje również oddalenie zarzutu w tej części.

Jednakże w zakresie polisy ubezpieczeniowej wykonawcy SKG S.A. (str. 250 oferty) oraz polisy ubezpieczeniowej i opinii bankowej wykonawcy Comarch Polska S.A. (str. 30-34 oraz 29 oferty) Izba uznała, iż informacje zawarte w tychże dokumentach nie spełniają ustawowych przesłanek dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Uwzględniając w całej rozciągłości argumentację Odwołującego SMT Software S.A. Izba wskazuje, iż polisa oc oraz opinia bankowa nie posiadają istotnej wartości technicznej, technologicznej ani organizacyjnej przedsiębiorstwa. Zatem to z istoty tych dokumentów i zawartych tam informacji wynikają przesłanki do uznania ich za pozbawione elementów właściwych dla informacji mogących zostać uznane za taką tajemnicę.

Okoliczności tej nie zmieniają informacje wskazane przez wykonawców Comarch Polska S.A. oraz SKG Polska S.A. w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach.

W powyższym zakresie, tj. w odniesieniu do polisy ubezpieczeniowej i opinii bankowej wykonawcy Comarch Polska S.A. oraz polisy ubezpieczeniowej wykonawcy SKG S.A. zarzut ten potwierdził się, zaś w odniesieniu do pozostałych przesłanek podlegał oddaleniu.

Izba uznała ponadto, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy bowiem wskazać, iż wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi być na tyle istotna, iż odnosi skutek wobec wszystkich czynności w postępowaniu i jest wadą niemożliwą do usunięcia. Jednakże w ramach przedmiotowego odwołania Izba zakwestionowała w części wadliwe czynności Zamawiającego odnoszące się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa i nakazała ujawnienie zastrzeżonych w sposób bezpodstawny informacji, co tym samym powoduje odpadnięcie jednej z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1956/12 naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2

128

pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również w odniesieniu do części zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej przez wykonawcę **Sygnity S.A.** potwierdzonego posiadaniem opłaconej **polisy** ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej Izba uznała, iż powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie powyższego zarzutu i jego uzasadnienia należy wskazać, iż Odwołujący Asseco Poland S.A. rozszerzył ten zarzut w odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego SMT Software S.A. w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1956/12 o kwestie związane również z triggerami czasowymi realizacji świadczeń oraz brakiem powiązań i spójności przedłożonych polis.

Izba w ramach powyższych zarzutów podtrzymuje w całości swoją argumentację wskazaną w ramach analogicznego zarzutu w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. akt KIO 1956/12.

Na wstępie należy wskazać, na co słusznie wskazał Odwołujący w toku rozprawy, iż kwestia zasadności oceny fransyz redukcyjnych oraz sublimitów znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał on na orzeczenie w postaci wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2012 r. rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 2786/11, w którym zostało wskazane, że: „Izba nie neguje i podziela przedstawiane w dotychczasowym orzecznictwie stanowisko, że polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej składana przez wykonawcę w postępowaniu służy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy i nie powinna być utożsamiana przez zamawiającego z ubezpieczeniem konkretnego kontraktu. Podziela również pogląd, że generalnie zamawiający badając składane przez wykonawców polisy nie jest uprawniony do oceniania stosowanych przez ubezpieczycieli klauzul dotyczących wariantów ubezpieczenia, fransyz czy sublimitów. Jednakże ten ostatnio pogląd w ocenie

129

Izby ulega modyfikacji w sytuacji, w której zamawiający w sposób wyraźny zastrzega, że suma gwarancyjna ma dotyczyć każdego i wszystkich zdarzeń. Przy tak określonym warunku udziału w postępowaniu zamawiający jest uprawniony do badania wyłączeń i podlimitów dotyczących zdarzeń kluczowych z punktu widzenia prowadzonej przez wykonawcę działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dotychczas analizowane przez Izbę stany faktyczne nie odnosiły się do sytuacji w której wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą sumę gwarancyjną dotyczył nie tylko prowadzonej przez wykonawcę działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ale i wszystkich zdarzeń wynikających z takiej działalności, jak to miało miejsce w analizowanym postępowaniu”.

Izba podziela pogląd wyrażony w powyższym uzasadnieniu wskazując, iż uregulowania odnoszące się do polis ubezpieczeniowych zawarte w SIWZ nie mogą pozostawać bez wpływu na ocenę jej skuteczności w kontekście dookreślonego warunku.

Należy zgodzić się również ze stanowiskiem Odwołującego, które co do zasady nie było kwestionowane przez przeciwników procesowych, iż polisy Generali oraz ACE European Group są polisami nadwyżkowymi uzupełniającymi kwotę sumę ubezpieczenia polisy podstawowej (Allianz).

Biorąc pod uwagę sposób prezentacji argumentacji Izba w zakresie niniejszego zarzutu uwzględniła przedłożone przez Zamawiającego oraz Odwołującego Asseco Poland S.A. dokumenty w postaci opinii prawnej z dnia 30.08.2012 r. Supra Brokers Spółka z o.o. oraz analizy z dnia 28.09.2012 r. Gras Savoye, które uznała za stanowiska własne stron. Należy bowiem wskazać, co słusznie podniósł Odwołujący, iż oba te stanowiska są co do zasady zbieżne w zakresie oceny merytorycznej przedłożonych przez wykonawcę Sygnity S.A. polis ubezpieczeniowych, zaś różnią się jedynie wnioskami w zakresie spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż Zamawiający, biorąc pod uwagę treść wymagań sprecyzowanych w SIWZ w odniesieniu do polisy oc i biorąc pod uwagę rozważania zawarte w opinii Supra Brokers, winien podjąć zupełnie inną decyzję w odniesieniu do wykonawcy Sygnity S.A.

Izba nie uwzględniła podniesionego w toku rozprawy przez Odwołującego Asseco Poland S.A. oraz wynikającego z treści analizy prawnej Gras Savoye zarzutu, iż Zamawiający w treści warunku oraz w ramach określenia dokumentów składanych na jego potwierdzenie żądał „polis” a nie „polis” i tym samym, że intencją Zamawiającego było potwierdzenie posiadania ochrony w ramach sumy gwarancyjnej w ramach jednej umowy ubezpieczenia. W tym zakresie Izba wskazuje, iż bez znaczenia dla Zamawiającego jest okoliczność, czy wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej zostanie osiągnięte w ramach jednej polisy, czy też mechanizmu z wykorzystaniem polis nadwyżkowych. Rynkowe mechanizmy stosowane przez ubezpieczycieli umożliwiają w

130

różny sposób osiągnięcie wymaganej sumy ubezpieczenia. W tym wypadku decydujący dla Zamawiającego jest osiągnięty efekt w postaci wykazania się ubezpieczeniem o określonej wysokości, z uwzględnieniem szczegółowych postanowień w tym zakresie.

Należy wskazać na wyrażone w opinii prawnej Supra Brokers stanowisko (str. 5 – 6) w odniesieniu do polisy podstawowej Allianz: „W odniesieniu do odpowiedzialności cywilnej projektanta lub wykonawcy systemów komputerowych zastosowano podlimit znacząco ograniczający ochronę ubezpieczeniową w postaci obniżenia sumy gwarancyjnej tj. kwoty 5.000.000,00 zł na wszystkie i 2.500.000,00 zł na jeden wypadek w okresie ubezpieczenia. Ponadto w polisie wprowadzono inne, nie mniej ważne, podlimity sumy gwarancyjnej dot. m.in. szkód wynikłych z utraty danych lub informacji wskutek przypadkowego lub przedwczesnego ich usunięcia albo wystania pod niewłaściwy adres w czasie ich wymiany (podlimit 200.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia), szkód poniesionych przez osoby trzecie z powodu wadliwości produktu końcowego, powstającego w wyniku połączenia lub mieszanina produktów dostarczonych przez ubezpieczonego z innymi wyrobami (podlimit 2.000.000,00 zł na wszystkie i 1.000.000,00 zł na jeden wypadek ubezpieczeniowy w okresie ubezpieczenia), odpowiedzialności za czyste szkody majątkowe nie związane z czynnościami w zakresie projektowania, wykonawstwa, wdrażania oprogramowania komputerowego (software), serwisowania i wsparcia systemów informatycznych, Web hostingu i usług w zakresie Internetu, usług związanych z obróbką danych (podlimit 1.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia), odpowiedzialności za szkody osób trzecich poniesione na usunięcie, demontaż lub odsłonięcie wadliwych produktów oraz na montaż, umocowanie lub położenie produktu bez wad (podlimit 1.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia)”.

Na str. 6 ww. opinii zostało ponadto wskazane, iż: „Przedstawiona do analizy polisa zawiera również niepokojące, z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, wyłączenia ochrony ubezpieczeniowej w zakresie odpowiedzialności cywilnej projektanta wykonawcy systemu komputerowego, w tym: za szkody wynikłe z przekroczenia harmonogramu prac i kosztorysów wszelkiego rodzaju, wynikłe z niewykonania właściwych testów lub prób oprogramowania”. W zakresie polisy nadwyżkowej Generali w opinii zostało wskazane, iż: „Wysokie niejasne zapisy polisy odnoszące się do sum gwarancyjnych (zgodnie z polisą „punktów zaczepienia”) oraz tzw. uzgodnienia i postanowienia końcowe nie pozwalają na jednoznaczną ocenę możliwości uzyskania ewentualnego odszkodowania a tym bardziej do wysokości całkowitej sumy gwarancyjnej, tj. 30.000.000,00 zł.”. W ocenie Izby już tylko ta wątpliwość powoduje, iż brak jest pewności co do osiągnięcia wymaganej przez Zamawiającego sumy ubezpieczenia.

W powyższej opinii, w ramach konkluzji, zostało ponadto wskazane na str. 9, iż: „wskazane wyżej zastrzeżenia, w szczególności dotyczące triggerów czasowych, fransyz,

131

limitów i wyłączeń, prowadzą do wniosku, że możliwość wypłaty ewentualnego odszkodowania w pełnej wysokości sumy gwarancyjnej (30.000.000 zł) jest w wysokim stopniu ograniczona”.

Powyższe ustalenia i ich ocenę, będących stanowiskiem własnym Zamawiającego, należy uznać za przyznanie okoliczności stanowiących podstawę przedmiotowego zarzutu. Nie sposób jednak uznać, iż konkluzja zawarta w przedmiotowej opinii stanowi logiczną konsekwencję tak sformułowanych przesłanek zawartych w opinii. Ustalenia faktyczne oraz analiza prawna i ekonomiczna przedmiotowych polis, w ocenie Izby, nie powinna w żadnym wypadku prowadzić do stwierdzenia, iż wykonawca potwierdził spełnianie warunku udziału w

postępowania w zakresie zdolności ekonomicznej, co zostało wskazane w opinii sporządzonej na zlecenie Zamawiającego. W tym zakresie Izba nie miała wątpliwości w zakresie oceny ustaleń faktycznych i prawnych dotyczących polis przedłożonych przez Przystępującego Sygnity S.A., gdyż co do zasady nie były one pomiędzy Stronami sprzeczne. Ocena polisy podstawowej zaprezentowana w obu dokumentach (opinia prawna Supra Brokers oraz analiza Gras Savoye) były w podstawowym zakresie analogiczne w zakresie odnoszącym się do wartościowych zakresów ubezpieczenia i korelacji zakresu ubezpieczenia z zakresem działalności wykonawcy Sygnity S.A. oraz z zakresem przedmiotowego zamówienia. W tym wypadku ocenie prawnej dokonanej przez Izbę podlegały skutki tych ustaleń w kontekście ustawy Pzp, co jest związane jedynie z przeniesienie tychże ustaleń na grunt przepisów regulujących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego brak było podstaw do powołania z urzędu dowodu z opinii biegłego w zakresie działalności brokerskiej i ubezpieczeniowej, gdyż stanowiska Stron w zakresie wymagającym wiadomości specjalnych nie pozostawały w opozycji. Izba ocenę merytoryczną polis dokonaną na zlecenie Zamawiającego i Odwołującego uznała za logiczną konsekwencję zawartych w tych dokumentach postanowień (franszyz redukcyjnych, podlimitów, klauzul rozszerzających i zawężających zakres ubezpieczenia, mechanizmów typu step down, triggerów czasowych), a zatem uznała, iż brak jest podstaw do powołania w tym zakresie biegłego na mocy art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp.

Tym samym, w ocenie Izby, już tylko z tego powodu, tj. ze względu na ograniczenia odpowiedzialności zawarte w podstawowej polisie Allianz wykonawca Sygnity S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Podlimity powyższe odnoszą się do podstawowej działalności prowadzonej przez Przystępującego Sygnity S.A. związanej ściśle z przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę wskazane powyżej postanowienia dotyczące podlimitów w polisie Allianz są sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w tym zakresie.

132

Izba nie uwzględniła przedłożonych na rozprawie przez Przystępującego Sygnity S.A. dowodów z dokumentów w postaci dodatku nr 1 do załącznika do polisy nr PLCANA03186 oraz oświadczenia ACE European Group Ltd. Spółka z o.o. z dnia 29.05.2012 r. dotyczącego wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności. Izba wskazuje, iż dokumenty te nie zmieniają charakteru i ograniczeń polisy podstawowej wystawionej przez Allianz, której treść i postanowienia miały zasadniczy wpływ na uwzględnienie niniejszego zarzutu. Po pierwsze inny podmiot niż wystawca nie może dokonywać tak daleko idącej wykładni i wiążącej interpretacji postanowień umów ubezpieczeniowych, których nie jest stroną i to wykładni pozostającej w opozycji do ich literalnej treści. Należy również wskazać, iż pisma złożone przez Przystępującego Sygnity S.A. nie mają odniesienia do szczegółowych wyłączeń odpowiedzialności zawartych w polisie zasadniczej wystawionej przez TU Allianz.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe oraz biorąc pod uwagę argumentację wskazaną w ramach analogicznego zarzutu rozpoznawanego dla odwołania o sygn. akt KIO 1956/12 Izba uznała, iż potwierdził się zarzut z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej. Biorąc jednak pod uwagę oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, iż nie stosował on w przedmiotowym zakresie instytucji uregulowane w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czynność wykluczenia winna być poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia dokumentów.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na skutek nieuprawnionego poprawiania błędów w ofercie wykonawcy Sygnity S.A. oraz zaniechania odrzucenia oferty pomimo tego, że zawiera on błędy w obliczeniu ceny i jej treść nie odpowiada treści SIWZ
Izba uznała, iż powyższy zarzut potwierdził się częściowo.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż Zamawiający poprzedzając poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyjaśnieniami na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wprost naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, który stanowi, że: „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie

jakiegokolwiek zmiany jej treści”.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, na co wskazywali Odwołujący i Przystępujący po jego stronie wykonawcy, czynność poprawienia innych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winna być dokonana przez Zamawiającego w sposób samodzielny w oparciu o samą treść oferty oraz

133

treść SIWZ - stanowiącą dla oferty punkt odniesienia, tj. wzorzec określony w art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. Wszakże niezbędne informacje pozwalające uznać, jaką treść winna zawierać oferta ujęte są w treści SIWZ i mogą one stanowić bazę do jej poprawienia.

Izba w odniesieniu do stanowisk Zamawiającego i Przystępującego Sygnity S.A. przedstawionych na rozprawie wskazuje, iż z treści dokumentacji postępowania (Rozdział VI „Sposób obliczenia ceny” pkt SIWZ) wynika, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z ceną wynikową, tj. ceną która winna zostać wyliczona w oparciu o określone elementy składowe i w określony sposób, z tym że dla poszczególnych jej elementów (TA2 i TA4) Zamawiający dookreślił dodatkowy wymóg w postaci limitów procentowych.

Co do zasady sposób wyliczenia wynagrodzenia jest wyłączną domeną wykonawcy. Jednakże od tej zasady istnieją wyjątki, z którym mamy do czynienia w ramach niniejszego stanu faktycznego. W związku z powyższym należy wskazać, iż w tym zakresie otrzymanie kwoty całkowitej wynagrodzenia winno być wynikiem określonych operacji matematycznych, dla których określono pewne reguły ograniczające swobodę wykonawców w zakresie wyliczenia należnego im wynagrodzenia.

Tym samym za punkt wyjścia dla oceny poprawności wyliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia należało przyjąć części składowe wynagrodzenia, a nie jak to uczynił Zamawiający, sumę całkowitą. Nie sposób również uznać, iż w ramach niniejszego postępowania wynagrodzenie globalne ma charakter ryczałtowy. W § 8 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SIWZ) zostało wskazane, iż: „za wykonanie przedmiotu umowy wykonawca otrzyma łączne wynagrodzenie w wysokości maksymalnie zgodnie ze złożoną ofertą stanowiącą załącznik nr 8 do umowy (...)”. Brak jest tam postanowień o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia całkowitego, jak to ma miejsce w odniesieniu do jego poszczególnych składników. Jako ryczałtowe zostały bowiem określone jedynie poszczególne składniki wynagrodzenia odnoszące się do architektury pośredniej TA2, TA3 oraz TA4, jak również odnoszące się do niektórych elementów wyceny. W związku z powyższym należy wskazać, iż wynagrodzenie to jest wynagrodzenie wynikowym mającym, co do formy poszczególnych elementów wynagrodzenia charakter mieszany, tj. obejmujący zarówno elementy wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia o charakterze kosztorysowym (np. § 8 ust. 1 pkt 5 lit. d) wzoru umowy).

Biorąc pod uwagę powyższe za stałe i niezmiennie składniki wynagrodzenia należy uznać jego poszczególne elementy, w tym w szczególności te o charakterze ryczałtowym, zaś ogólną sumę należy traktować jako wynik działań matematycznych na poszczególnych składnikach wynagrodzenia.

Tym samym Izba za całkowicie nieuprawnione uznała działania Zamawiającego polegające na poprawieniu składników wynagrodzenia w taki sposób, aby uzyskać wskazaną przez wykonawcę Sygnity S.A. wartość całkowitą. Należy bowiem podnieść, iż instytucja

134

uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, o której to niezgodności nie można mówić w niniejszym stanie faktycznym. Wszakże za niezgodny należy uznać sam wynik działań matematycznych, który w zależności od okoliczności może być uznany za błąd lub omyłkę w obliczeniu ceny.

Jednakże w tych okolicznościach Izba zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uznała za przedwczesny. W pierwszej kolejności Zamawiający winien dokonać próby poprawienia zaistniałych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a gdyby czynność ta nie dała oczekiwanych wyników, np. w zakresie braku możliwości zachowania wymaganych poziomów procentowych dla TA2 i TA4, winien dopiero rozważyć zasadność odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity S.A. W tym miejscu należy również wskazać, iż konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp mogą

wszakże powodować zmianę ceny całkowitej, w szczególności w ramach wynagrodzenia dla którego Zamawiający określił jego wynikowy charakter.

Należy również wskazać, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący Comarch Polska S.A., iż w tym zakresie pomocne mogą okazać się wytyczne zawarte w uchylonym art. 88 ustawy Pzp. Uchylenie powyższego przepisu nie oznacza, iż zawarte w nim wytyczne utraciły swoje znaczenie. Celem ustawodawcy uchylającego cytowany przepis było umożliwienie Zamawiającemu poprawienia omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w szczególności omyłki wskazane w uchylonym art. 88 ustawy Pzp będą mogły być nadal poprawiane. Nie jest to jednak katalog zamknięty, który obowiązywał przed zmianą ustawy. Tym samym w niniejszych okolicznościach zastosowanie mogą mieć wytyczne zawarte w uchylonym art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania doszło do naruszenia instytucji uregulowanych w art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

III. W zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. naruszenia przepisów art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Izba uznała, iż powyższy zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W zakresie wyjaśnień odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców Comarch Polska S.A. oraz Sygnity S.A. oraz zobowiązania podmiotu trzeciego dołączonego do oferty Sygnity S.A. Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do uwzględnienia powyższych

135

zarzutów. Zostały one bowiem oparte jedynie na domniemaniach i ogólnej argumentacji. W tym zakresie Izba podtrzymuje całą argumentację zawartą w uzasadnieniu w zakresie odwołań rozpatrywanych pod sygn. akt KIO 1955/12 oraz KIO 1956/12, w szczególności na okolicznościach, iż podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby zawarły w jego treści zastrzeżenia wiążące wykonawców korzystających z tych zasobów oraz na okoliczności, iż wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa bezpośrednio odnoszą się do informacji zastrzeżonych w ofertach.

W odniesieniu do opinii z banku oraz polisy ubezpieczeniowej złożonej wraz z ofertą wykonawcy Comarch Polska S.A., jak również w zakresie koncepcji architektury rozwiązania złożonej wraz z ofertą Sygnity S.A. Izba podzieliła w argumentację Odwołującego oraz Przystępujących. W tym zakresie Izba podtrzymuje całą argumentację w zakresie analogicznych zarzutów opartych na analogicznych okolicznościach faktycznych podniesioną w ramach odwołań rozpoznanych pod sygnaturami akt KIO 1955/12 oraz KIO 1956/12. Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać za bezpodstawne nieujawnienie przez Zamawiającego ww. części ofert tychże wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do koncepcji architektury rozwiązania złożonej wraz z ofertą Sygnity S.A. Izba uwzględniła również dodatkowe dowody złożone przez Przystępującego Comarch Polska S.A. w postaci artykułów prasowych „Asseco i Sygnity najbliższej ePodatków” zamieszczonego w dzienniku Puls Biznesu z dnia 30.07.2012 r. nr 145 str. 8 oraz artykułu „E-podatki coraz bliżej. Wkrótce rozstrzygnięcie przetargu” zamieszczonym w dniu 31.07.2012 r. w serwisie internetowym www.wyborcza.biz.

Tym samym należy uznać, iż powyższy zarzut potwierdził się w części.

IV. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Sygnity S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Powyższy zarzut Odwołujący oparł na następujących założeniach: wskazał, iż w załączniku nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia „Wymagania główne w zakresie realizowanych produktów” w rozdziale 1 „Wymagania ogólne” podrozdziale 1.1 „Architektura systemów i standardy” Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „S.WYM.411 - Obsługiwane systemy operacyjne klienta. (TA2, TA3, TA4) Przeznaczone dla klientów AP aplikacje desktopowe oraz usługi dostępne przez www powinny funkcjonować na systemach Microsoft Windows, Mac OS X, Linux”.

Wskazał, iż w złożonej ofercie, Sygnity S.A. oferuje oprogramowanie gotowe klasy ITS - Fast Enterprises GenTax, które nie zapewnia realizacji cyt. wymagania. Zastosowana w GenTax, Platforma prezentacyjna Windows Presentation Foundation nie jest bowiem

jest zarejestrowanym znakiem towarowym Microsoft Corporation i dostępna jest jedynie w systemach Microsoft Windows.

W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Nie przedstawił bowiem dowodów odnoszących się do właściwości platformy Windows Presentation Foundation, której to właściwości nie można uznać za fakt powszechnie znany i nie wymagający udowodnienia. Udowodnienie tej okoliczności należałoby bowiem uznać za punkt wyjścia dla argumentacji Odwołującego.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Zamawiający w oświadczeniu z dnia 25.09.2012 r. wskazał, iż aplikacje desktopowe oraz usługi dostępne przez www nie będą realizowane przez wykonawcę Sygnity S.A. w oparciu o wskazane przez Odwołującego oprogramowanie. Wskazał na diagram na str. 17 w części 3 oferty Koncepcja architektury rozwiązania oraz str. 32 pkt 1.1.2.4. w tabeli znajdującej się w ofercie wykonawcy Sygnity S.A. Dowód ten Izba uznała za wystarczający dla oddalenia przedmiotowego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż powyższy zarzut nie został poparty żadnymi dowodami i tym samym podlegał oddaleniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1961/12 części zarzutów wobec wykonawcy Sygnity S.A. oraz wykonawcy Comarch Polska S.A. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołań o sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12 oraz KIO 1961/12 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....