sygn. akt: KIO 980/13
KIO 1067/13
KIO 1072/13
KIO 1073/13
KIO 1078/13
KIO 1080/13

WYROK
z dnia 11 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Emil Kawa
Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 21 maja, 22 maja, 23 maja, 24 maja, 4 czerwca, 5 czerwca, 6 czerwca 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez Asseco Poland SA w Rzeszowie (spr. o sygn. KIO 980/13),
B. w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie (spr. o sygn. KIO 1067/13),
C. w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu (spr. o sygn. KIO 1072/13),
D. w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie (spr. o sygn. KIO 1073/13),
E. w dniu 6 maja 2013 r. przez Asseco Poland SA w Rzeszowie (spr. o sygn. KIO 1078/13),
F. w dniu 6 maja 2013 r. przez Comarch SA w Krakowie (spr. o sygn. KIO 1080/13)

w postępowaniu prowadzonym przez Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Asseco Poland SA w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1072/13, KIO 1080/13, KIO 1142/13 - po stronie Zamawiającego oraz o sygn. akt: KIO 1073/13 - po stronie Odwołującego;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 980/13, KIO 1073/13, KIO 1078/13 - po stronie Odwołującego oraz o sygn. akt: KIO 1072/13, KIO 1080/13 - po stronie Zamawiającego;
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1078/13 po stronie Zamawiającego;
D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie, zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1142/13 - po stronie Odwołującego oraz o sygn. akt: KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13 - po stronie Zamawiającego;
E. Comarch SA w Krakowie, zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 980/13 - po stronie Zamawiającego oraz o sygn. akt: KIO 1067/13, KIO

1072/13 po stronie odwołującego oraz o sygn. akt: KIO 1073/13, KIO 1078/13 - po stronie Zamawiającego;

F. wykonawcy Qumak S.A. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 980/13, KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1073/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13 - po stronie Zamawiającego;

G. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ericpol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, GISPartner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, APN Promise SA w Warszawie, zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 980/13, KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13 - po stronie zamawiającego oraz o sygn. akt: KIO 1073/13 - po stronie Odwołującego,

orzeka:

1.

A. oddala odwołanie Asseco Poland SA w Rzeszowie (spr. o sygn. KIO 980/13);

B. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S & T Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie (spr. o sygn. KIO 1067/13);

C. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu (spr. o sygn. KIO 1072/13);

D. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie (spr. o sygn. KIO 1073/13);

E. oddala odwołanie Asseco Poland SA w Rzeszowie (spr. o sygn. KIO 1078/13);

F. oddala odwołanie Comarch SA w Krakowie (spr. o sygn. KIO 1080/13),

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących: Asseco Poland SA w Rzeszowie (spr. o sygn. KIO 980/13 oraz KIO 1078/13); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S & T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie (spr. o sygn. KIO 1067/13); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu (spr. o sygn. KIO 1072/13); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie,

Adasa Sistemas SA w Barcelonie (spr. o sygn. KIO 1073/13); Comarch SA w Krakowie (spr. o sygn. KIO 1080/13) i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w łącznej wysokości 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczone przez Odwołujących, w tym po 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z Odwołujących.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 980/13
KIO 1067/13
KIO 1072/13
KIO 1073/13
KIO 1078/13
KIO 1080/13

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Projekt, budowę i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu"* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2012 r. pod nr 2012/S 218-359479.
W postępowaniu, zostały złożone oferty przez ośmiu wykonawców:

1) Comarch SA w Krakowie z ceną 51 592 650,12 zł,
2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu z ceną 52 984 509,51 zł,
3) Qumak SA w Warszawie z ceną 62 287 785,00 zł,
4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Adasa Sistemas Sa w Barcelonie, Comp SA w Warszawie z ceną 63 947 205,04 zł,
5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Ericpol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi oraz GIS Partner z ceną 69 546 719,82 zł,
6) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Unizeto Technologies SA w Szczecinie i NTT System SA z ceną 70 110 000,00 zł,
7) Asseco Poland SA w Rzeszowie z ceną 71 940 503,63 zł,

8) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie z ceną 76 138 878,21 zł.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Qumak SA w Warszawie, odrzucając oferty złożone przez: Comarch SA w Krakowie; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu, jednocześnie wykluczając tego wykonawcę z postępowania; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Unizeto Technologies SA w Szczecinie i NTT System SA a także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie.
Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniach; złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o oddalenie każdego z nich.
Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia.
Do odpowiednich postępowań odwoławczych przystąpili:

1. Asseco Poland SA w Rzeszowie - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1072/13, KIO 1080/13, KIO 1142/13 - po stronie Zamawiającego oraz o sygn. akt: KIO 1073/13 - po stronie Odwołującego;
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 980/13, KIO 1073/13, KIO 1078/13 - po stronie Odwołującego oraz o sygn. akt: KIO 1072/13, KIO

1080/13 - po stronie Zamawiającego;
3. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1078/13 po stronie Zamawiającego;
4. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie, - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1142/13 - po stronie Odwołującego oraz o sygn. akt: KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13 - po stronie Zamawiającego;
5. Comarch SA w Krakowie, - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 980/13 - po stronie Zamawiającego oraz o sygn. akt: KIO 1067/13, KIO 1072/13 po stronie

odwołującego oraz o sygn. akt: KIO 1073/13, KIO 1078/13 - po stronie Zamawiającego;
6. Qumak S.A. w Warszawie, - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 980/13, KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1073/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13 - po stronie Zamawiającego;
7. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ericpol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, GISPartner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu APN Promise SA w Warszawie - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 980/13, KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13 - po stronie zamawiającego oraz o sygn. akt: KIO 1073/13 - po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁAŃ

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań złożonych w sprawach KIO 908/13, KIO 1072/13, 1073/13, KIO 1067/13, KIO 1078/13 oraz KIO 1080/13, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Jednocześnie uznano, że zarzuty dotyczące uznania informacji zawartych w ofertach Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum firm S&T Services Polska Sp. z o.o. i Action S.A., Konsorcjum firm Unizeto Technologies S.A. i NTT System S.A., Comarch S.A., Konsorcjum SMT za poprawnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (odwołanie Asseco Poland SA w Rzeszowie – spr. o sygn. KIO 1078/13) w odniesieniu do dokumentów zawartych w ofertach tych wykonawców, zostały postawione z przekroczeniem terminu na kwestionowanie zastrzeżenia informacji – ustawa nie zna odrzucenia części odwołania; zarzuty postawione z przekroczeniem terminu nie podlegają jednak w takim wypadku rozpatrzeniu.
Odrzucono odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie w sprawie KIO 1042/13.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawcy, których odwołania podlegają rozpatrzeniu, posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, za wyjątkiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie, którzy zakwestionowali w odwołaniu wyłącznie odrzucenie własnej oferty, co w zestawieniu z faktem, że ta oferta jest najniżej sklasyfikowaną spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, nie mogło skutkować – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów -

poniesieniem realnej szkody przez tego wykonawcę.

III. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

Na wstępie, podkreślenia wymaga kilka uwag ogólnych, natury proceduralnej, wyznaczających zakres rozpoznania oraz wydanego w sprawie rozstrzygnięcia.

[1] Związanie zarzutami podniesionymi w odwołaniu

Każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, każde z odwołań podlegało rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynikał z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań),* odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.
Z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Ono to bowiem wyznacza zakres

rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w myśl § 34 ust. 1 powołanego *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań,* orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez odwołującego lub odwołujących lub – co po myśli art. 192 ust. 3 2) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy.
Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń.
Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W *zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są*

ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”.

We wskazanym orzeczeniu, Sąd uznał za niedopuszczalne rozstrzygnięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą o zasadności odwołania, w którym Odwołujący kwestionował zaniechanie zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podnosząc zarazem zarzutów dotyczących oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które w postępowaniu zostały przez kwestionowanego wykonawcę złożone.
Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.
W szczególności, zawierając zarzuty niezgodności konkurencyjnej oferty z SIWZ, powinno wskazywać te postanowienia, którym, w ocenie odwołującego, oferta nie odpowiada, czy stawiając zarzut nakierowany na odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – określać ten czyn, poprzez wskazanie odpowiedniej kwalifikacji prawnej tego czynu, lub choćby opisowo jednoznacznie go precyzować.
Mając na względzie powyższe wytyczne stawiane przez orzecznictwo sądowe uznano, że nie można przyjąć rozszerzającego traktowania pojęcia zarzutu w odniesieniu do zarzutów, jakie zostały podniesione w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie w spr. KIO 1078/13, wskazujących wyłącznie na podstawę do odrzucenia ofert wskazywanych wykonawców w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś na konieczność dokonania czynności wezwania wykonawców przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący stawiany zarzut wyraźnie odniósł do obowiązku odrzucenia ofert wykonawców, wobec odgadywanego przez siebie złożenia przez tych wykonawców wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, na co wskazuje zarzut w pkt 2 i 3 odwołania (jego str. 4 in fine oraz 5): *„2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie PZP, tj. oceny złożonych przez następujących wykonawców: 1) Comarch S.A., 2) Konsorcjum SMT, 3) Qumak SA, 4) Konsorcjum Sygnity, na podstawie art. 90. Ust. 1 Ustawy wyjaśnień zgodnie z przepisami Ustawy; 3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy w, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: 1) Comarch S.A., 2) Konsorcjum SMT, 3) Qumak SA, 4) Konsorcjum Sygnity, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś w/w wykonawcy nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 2 - 3 Ustawy.”*
Powyższe odnosi się także do podniesionych w tym odwołaniu zarzutów, wskazujących na to że wobec wyceny w ofercie Qumak SA w Warszawie elementów sprzętu ujętych w pozycjach 50 – 80 tabeli 4 *Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie* stanowi mamy do

czynienia m.in. z podstawą odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi a to, że wykonawca *zaoferował dostawy sprzętu komputerowego poniżej kosztów wytworzenia/zakupu (zarzut* 12 odwołania - jego str. 6).
Odwołujący dopiero na rozprawie sprecyzował, że stawiając powyższy zarzut miał na uwadze czyn nieuczciwej konkurencji, o którym stanowi art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

[2] Zarzuty wycofane

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie wycofali na rozprawie zarzuty dotyczące bezpodstawnego uznania za poprawnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie Qumak SA w Warszawie (zarzut oznaczony nr III.2 w odwołaniu).

Odwołujący Asseco Poland SA w Warszawie wycofał na rozprawie w dniu 3 czerwca 2013 r. zarzuty wskazujące na niezgodność z SIWZ ofert wykonawców w zakresie oprogramowania do tworzenia kopii zapasowych i archiwizacji danych – Data Protector (odwołanie w sprawie KIO 1078/13, zarzut XI, str. 24 – 25 odwołania), a także wszystkie zarzuty kierowane wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Unizeto Technologies SA w Szczecinie i NTT System SA.
Na rozprawie w dniu 4 czerwca 2013 r. Odwołujący Asseco Poland SA w Warszawie wycofał zarzut dotyczący dwukrotnej wyceny praw autorskich w formularzu 4 w odniesieniu do Comarch SA w Krakowie, skoro oferta tego wykonawcy została odrzucona właśnie z powodu niewycenienia w ogóle praw autorskich.
Z tego względu, powyższe zarzuty nie podlegały rozpatrzeniu.

[3] Ocena dowodów

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiła dokumentacja postępowania złożona przez Zamawiającego, w tym przede wszystkim kwestionowane w odpowiednich odwołaniach oferty wykonawców uczestniczących w postępowaniu, oraz złożone na rozprawie dowody. Podstawowe znaczenie dla oceny zasadności stawianych w odpowiednich odwołaniach zarzutów miała przede wszystkim treść ofert złożonych przez wykonawców, ich wyjaśnień i uzupełnień a także dokumenty podstawowe opisujące wymagania Zamawiającego, jakimi są specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz ze wszystkimi załącznikami do niej

a także jej liczne wyjaśnienia dokonywane w toku postępowania przez Zamawiającego. Podkreślenia przy tym wymaga, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Nie jest rzeczą postępowania odwoławczego analiza dostępnych na rynku produktów, ich cech i właściwości, dochodzenie z zastosowaniem środków nieprzewidzianych w postępowaniu walorów oferowanego przedmiotu lub jego składowych, lecz ocena czy Zamawiający prawidłowo, na podstawie przyjętych w tym postępowaniu kryteriów i zasad dokonywania oceny ofert, dokonał oceny poszczególnych ofert w zakresie ich zgodności z SIWZ. Tego rodzaju oświadczenia, jak przedkładane na rozprawie, mają ograniczone znaczenie dla oceny czynności Zamawiającego, której dokonywać należy przede wszystkim w świetle opisanych w SIWZ zasad i z zastosowaniem instrumentów w tym postepowaniu wymaganych przez zamawiającego. Tym samym, wykazanie przez poszczególnych wykonawców, że oferowany przez nich przedmiot spełnia wymagania SIWZ, albo że oferta konkurencyjnych wykonawców nie odpowiada SIWZ, winno się odbywać na podstawie tych dokumentów i oświadczeń, jakich zamawiający zażądał w postępowaniu, przy czym – w myśl art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, -zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W przeciwnym wypadku, postępowanie odwoławcze stanie się już nie środkiem ochrony prawnej, zmierzającym do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym zarzutami, ale kontrolą dokonywaną poza przyjętymi przez zamawiającego w SIWZ regułami, na podstawie swobodnej i nie ograniczonej wymaganymi dokumentami inwencji wykonawców. Co więcej, w takim wypadku, można byłoby stawiać zamawiającemu zarzuty zaniechania czynności – na przykład niewłaściwej oceny oferty wykonawcy, na tej podstawie, że tej oceny nie dokonał w oparciu o niewymagane przecież w postępowaniu dokumenty i informacje. Postępowanie o zamówienie publiczne zostało w ustawie Prawo zamówień publicznych ukształtowane w sposób sformalizowany: zamawiający ma prawo wymagać w postępowaniu jedynie niezbędnych do jego przeprowadzenia dokumentów, winien je w sposób kompletny podać w SIWZ i ogłoszeniu, a następnie powinien na ich podstawie dokonać oceny ofert wykonawców. Tego rodzaju reguły pozwalają - z jednej strony –

wykonawcom na odczytanie intencji zamawiającego i podjęcie starań, by jego wymaganiom sprostać, z drugiej zaś – uniemożliwiają dowolną i swobodną, nie ograniczoną żadnymi zasadami ocenę ofert wykonawców. W konsekwencji – analiza czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, dokonywana w ramach środków ochrony prawnej, powinna się sprowadzać do ustalenia – za pomocą instrumentów jakie zostały przewidziane w danym postępowaniu i wyartykułowane w jego dokumentach (SIWZ, ogłoszenie) – czy zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych w postępowaniu ofert i składających się na nie dokumentów.

Stan faktyczny ustalono przy tym po części w oparciu o utajnione części ofert, a także składane na rozprawie dowody, co do których uczestnicy postępowania zastrzegali potrzebę ich utajnienia z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, uwzględniając że, co do zasady, kontradyktoryjny charakter postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym, nie wyłącza ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa regulowanej odrębnymi przepisami. Wspomnienia w tym miejscu wymagają wytyczne stawiane w orzecznictwie - Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-450/06 zajmował się problemem informacji poufnych na gruncie poprzedniej dyrektywy 89/665/EEC. ETS stwierdził, że „Zasada *ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu".* Z kolei w sprawie C-438/04 ETS zauważył, że „organ *powołany do rozpoznania odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego zgodnie z art. 4 dyrektywy ramowej powinien dysponować wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi. Niemniej jednak ochrona takich informacji i tajemnic handlowych musi być zagwarantowana i tak dostosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu."* Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dziś TSWE) kładzie zatem akcent na zachowanie równowagi pomiędzy interesem wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji, wyrażającym się w potrzebie ochrony jego wartości gospodarczych, z koniecznością zapewnienia środków ochrony prawnej innym wykonawcom. Stąd, po części, postępowanie dowodowe w postępowaniu odwoławczym prowadzone było z poszanowaniem potrzeby zapewnienia pewnych informacji, w tym składanych wniosków dowodowych, niedostępnymi dla innych uczestników postepowania. Uznano także za zastrzeżone w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa złożone w sprawie KIO 1080/13 przez Odwołującego Comarch SA w Krakowie na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. dwie oferty podwykonawcy Odwołującego, które stały się podstawą sporządzenia oferty Odwołującego (dowody oznaczone nr [30], [31]), których pierwsze strony, w trakcie ich

składania zostały dostrzeżone przez pełnomocników innych uczestników postępowania (w szczególności wykonawcę Asseco Poland SA w Rzeszowie). Jakkolwiek Odwołujący Comarch SA w Krakowie składając te umowy nie złożył ich odpisów dla pozostałych uczestników postępowania, poza Zamawiającym, z uwagi na wolę zachowania poufności tych informacji, jednakże podał bezpośrednio po tej sytuacji, że nie dotyczy to pierwszych stron składanych ofert, które to strony, w trakcie ich składania mogły być dostrzeżone przez innych uczestników postępowania, to jednak dostrzeżenia wymaga, że w piśmie z dnia 28 maja 2013 r. wyraźnie wyartykułował wolę traktowania zawartych w tych dokumentach informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę charakter zawartych tam informacji, pozwalających kwalifikować je w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa, uznano, że mimo częściowego ujawnienia pierwszych stron zawierających elementy nagłówkowe składanych dokumentów (w tym dość duże oznaczenia nazwy podwykonawcy, wskazanego na karcie tytułowej umów, co zostało – jak wynika z pisma Asseco Poland SA z dnia 24 maja 2013 r., to jest jego pkt 3 - dostrzeżone przez pełnomocników tego wykonawcy), nie oznacza to jeszcze, że te informacje utraciły przymiot informacji podlegającej ochronie, a to z uwagi na ujawnienie ich innym podmiotom. Uznano w powyższym zakresie, że okoliczności złożenia przez Comarch SA w Krakowie tych dokumentów – w tym wyrażana w sposób nie pozostawiający wątpliwości intencja zachowania tych informacji nieujawnionymi dla innych podmiotów, w szczególności konkurujących z Odwołującym na rynku, wynikająca choćby

z podkreślonego jeszcze w trakcie składania tych dokumentów zamiaru złożenia ich tylko z odpisem dla Zamawiającego, oznaczają obowiązek każdego podmiotu występującego w obrocie profesjonalnym, a za taki trzeba uznać udział w postępowaniu odwoławczym (nie sposób pomijać, że w tej sprawie większość reprezentantów stron i uczestników postępowania posiada status pełnomocników zawodowych), jeśli w sposób niezamierzony pozyskał tego rodzaju informację, uszanowania woli dysponenta tej informacji pozostawienia jej w tajemnicy. Na uwagę zasługuje w tej mierze teza wyrażona w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2003 r. w spr. IV CKN 211/01 (publ: LEX nr 585877), zgodnie z którą *„Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Wśród tych działań wymienia się konieczność poinformowania pracownika o poufnym charakterze wiedzy, techniki, urządzenia. Nie oznacza to jednak, że osoby, które przypadkowo weszły w posiadanie danej informacji, są zwolnione z obowiązku zachowania tajemnicy. Tajemnicę przedsiębiorstwa należy przy tym odróżnić od*

specjalistycznej wiedzy, chociaż granica pomiędzy taką wiedzą dostępną określonemu kręgowi osób a tajemnicą jest nieostra.”

Stąd nie sposób było uznać, że poprzez fakt przypadkowego, niezamierzonego przez dysponenta informacji ujawnienia skromnej części dokumentu, nastąpiło ujawnienie i powszechnienie informacji, w następstwie którego tracą one przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Przeciwnie, podmiot, który w sposób niezamierzony i przypadkowy, wbrew woli jej posiadacza, wiedząc o intencji zachowania informacji w poufności, wszedł w ich posiadanie informacji, powinien je traktować ze szczególną odpowiedzialnością. Ten postulat nabiera na znaczeniu, gdy mamy do czynienia z postępowaniem prowadzonym pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami, jakim jest obrót w sferze zamówień publicznych oraz zawodowymi pełnomocnikami reprezentującymi odpowiednich uczestników w postępowaniu odwoławczym.

Dokonano rozstrzygnięcia na podstawie całokształtu dowodów złożonych w postępowaniu, oddalając wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego Asseco Poland SA w Rzeszowie z opinii Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (dokument nr [3]), a także z opinii dr inż. Andrzeja Zalewskiego na okoliczność, że informacje zawarte w tabeli 3 i 4 ofert wykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (dokument [4]), jako że dotyczą one nie okoliczności faktycznych ale oceny prawnej ofert, uznając zarazem że stanowią one stanowiska strony, które zostały wzięte pod uwagę przy ocenie zasadności zarzutów. Oddalono również – w sprawie KIO 1078/13 złożone przez Odwołującego Asseco Poland SA w Rzeszowie wnioski z opinii dr A……. Z……. na okoliczność wskazaną w pkt 1.3 tej opinii [24], jako że dotyczy ona nie okoliczności faktycznych ale oceny prawnej ofert, uznając zarazem że stanowi ona stanowisko strony. Oddalono następnie – w sprawie KIO 1078/13 - złożone przez Przystępującego po stronie Zamawiającego Qumak SA w Warszawie wnioski dowodowe z pisma Przystępującego zawierającego porównanie elementów ofert z oferty Qumak SA w Warszawie i z oferty Asseco SA w Rzeszowie wskazujące na to, że rozwiązania wskazane w ofercie Qumak SA w Warszawie są rozwiązaniami spełniającymi warunki stawiane w SIWZ (dokument nr [25]), uznając że ten dokument stanowi stanowisko strony i nie ma waloru dowodu na okoliczności sporne.

Nie uznano również wniosku złożonego w sprawie KIO 1078/13 przez Przystępującego konsorcjum Sygnity o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania dr A……. Z……. w charakterze świadka, z uwagi na to, że wskazany środek dowodowy – zgodnie z tezą wskazywaną przez wnioskodawcę – nie nadaje się do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia kwestii spornych, z uwagi na to, że skoro dr A…….. Z…….. nie jest bezpośrednim uczestnikiem postępowania, nie uczestniczył w przygotowywaniu

kwestionowanych w odwołaniu ofert, to nie posiada wiedzy pozwalającej na traktowanie jej

w charakterze świadka w związku z okolicznościami faktycznymi spornymi w postępowaniu.
Oddalono wniosek złożony w sprawie KIO 1078/13 przez Przystępującego Comarch SA w Krakowie z porównania cen ofertowych złożonych w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia (dowód nr [34]), uznając że tego rodzaju zestawienie może być rozważane wyłącznie w kategorii stanowiska własnego Przystępującego,
Oddalono – w sprawie KIO 1080/13 wnioski złożone przez Odwołującego Comarch SA w Krakowie z oświadczenia Odwołującego, jakie elementy zawiera kompletne oprogramowanie oferowane przez Comarch (dokument nr [27]), uznając że stanowi to własne oświadczenie wykonawcy, a także z oświadczenia Odwołującego dotyczącego elementów oprogramowania zawartego w ofercie Odwołującego służącego do rozbudowy oferowanej platformy sprzętowej (dokument nr [28]), uznając że stanowi to własne oświadczenie wykonawcy.
W sprawie KIO 1080/13 czterej Przystępujący po stronie Zamawiającego złożyli konkurencyjne wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, w celu zbadania oferty złożonej przez Comarch SA w Krakowie:
- Qumak SA w Warszawie - wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i programowania na okoliczność, czy oprogramowanie zaoferowanie przez Odwołującego spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego i czy nie jest konieczne przeniesienie do niego autorskich praw majątkowych,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie – wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, który miałby ustalić: nazwy handlowe proponowanych produktów w ofercie Comarch i ich ceny funkcjonujące na rynku; skoro produkt na rynku istnieje pod pewną nazwą, to Odwołujący winien te nazwy handlowe podać; czy można połączyć/zintegrować programy składające się na system będący przedmiotem zamówienia; czy po połączeniu/zintegrowaniu systemów spełnione będą wymagania Zamawiającego stawiane w SIWZ; czy można dokonać takiego zintegrowania/połączenia systemów bez pracy programistycznej;
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ericpol spółka z ograniczoną w spółka z odpowiedzialnością Łodzi, GISPartner ograniczoną we Wrocławiu, APN Promise SA w – wniosek odpowiedzialnością Warszawie o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zakresu informatyka i programowanie, na

okoliczność zweryfikowania, czy jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia, zgodnie z zapisami SIWZ, bez dodatkowych czynności programistycznych;
- Asseco Poland SA w Rzeszowie - wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i programowania na okoliczność: czy oprogramowanie gotowe, które wskazał Odwołujący z nazw handlowych w swojej ofercie, spełnia wymagania stawiane treścią SIWZ, w tym także te w zakresie obowiązku opracowania/stworzenia narzędzi, interfejsów i oprogramowania wskazanych w SIWZ; czy oprogramowanie gotowe wskazywane w pkt 1, tj. z nazw handlowych podanych przez Odwołującego spełnia wymagania SIWZ w zakresie zgodności ze stanem prawnym na dzień odbioru projektu technicznego.
Wskazane wnioski podlegały oddaleniu z uwagi na to, że dla oceny złożonej przez wykonawcę w postępowaniu oferty nie było niezbędne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Wskazane wnioski dowodowe wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego w spr. KIO 1080/13 po stronie Zamawiającego, zmierzające do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, okazały się zbędne dla ustalenia stanu faktycznego w zakresie wyznaczonym treścią odwołania; tezy wykazywane przez Przystępujących zostały uznane za wykazane innymi dowodami, to jest na podstawie konfrontacji treści oferty Comarch SA w Krakowie z wymaganiami stawianymi w treści SIWZ (oferta Comarch SA w Krakowie została odrzucona jako niezgodna z SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). Należy mieć także na uwadze, że znaczna część tez, których wykazania oczekiwali Przystępujący – zgodnie z wyartykułowanymi na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. wnioskami – wykraczało poza podstawę odrzucenia oferty Comarch SA w Krakowie oraz jej ocenę przez Zamawiającego. Dotyczy to przykładowo: wniosku Qumak SA w Warszawie, w części zmierzającej do ustalenia, *czy oprogramowanie zaoferowanie przez*

odwołującego spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego; konsorcjum Sygnity w zakresie ustalenia *nazw handlowych proponowanych produktów w ofercie Comarch i ich cen funkcjonujących na rynku; skoro produkt na rynku istnieje pod pewną nazwą, to Odwołujący winien te nazwy handlowe podać; czy można połączyć/zintegrować programy składające się na system będący przedmiotem zamówienia; czy po połączeniu/zintegrowaniu systemów spełnione będą wymagania Zamawiającego stawiane w SIWZ; czy można dokonać takiego zintegrowania/połączenia systemów bez pracy programistycznej;* Asseco Poland SA w Rzeszowie - na okoliczność: *czy oprogramowanie gotowe, które wskazał Odwołujący z nazw handlowych w swojej ofercie, spełnia wymagania stawiane treścią SIWZ, w tym także te w zakresie obowiązku opracowania/stworzenia narzędzi, interface'ów i oprogramowania wskazanych w SIWZ; czy oprogramowanie gotowe wskazywane w pkt 1, tj.*

z nazw handlowych podanych przez Odwołującego spełnia wymagania SIWZ w zakresie zgodności ze stanem pranym na dzień odbioru projektu technicznego.
Tym samym, zasadnym jawi się wniosek, że Przystępujący próbowali dokonać oceny oferty za Zamawiającego, w sposób wykraczający poza tę ocenę, jego czynności a tym samym – wykraczając poza zakres zarzutów postawionych przez Odwołującego Comarch SA w Krakowie, czemu jednak stoi na przeszkodzie treść art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W zakresie odwołania złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie (spr. o sygn. KIO 1073/13), Odwołujący oraz inni uczestnicy postępowania wykazali inicjatywę dowodową składając różnego rodzaju oświadczenia podmiotów co do sprzedaży licencji Microsoft w systemie Select Plus oraz praktyki rynkowej tego podmiotu polegającej na sprzedaży za pomocą umowy partnerskiej (przykładowo: złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ericpol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, GISPartner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, APN Promise SA w Warszawie oświadczenie – dowód nr [44]; złożone przez konsorcjum Sygnity oświadczenie Microsoft sp. z o.o. w Warszawie – dowód nr [11]; złożony przez konsorcjum Sygnity wydruk ze strony internetowej zawierający wykaz piętnastu podmiotów uczestniczących posiadających status Large Account Reseller (LAR) - dowód nr [12]; złożoną przez konsorcjum Sygnity umowę Select Plus – dowód nr [13], czy złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie odwołanie złożone przez Qumak SA w Warszawie w innym postępowaniu odwoławczym – dowód nr [14]; złożony przez Qumak SA w Warszawie wydruk ze strony internetowej co do sposobu zawarcia lub odnowienia umowy z firmą o statusie Large Account Reseller (LAR) – dowód nr [15]; złożone przez Qumak SA w Warszawie pismo innego podmiotu o zaoferowaniu temu wykonawcy odpowiednich licencji – dowód nr [16] oraz wydruk z korespondencji prowadzonej elektronicznie co do nabycia odpowiednich licencji – dowód nr [17]). Nie odmawiając waloru wiarygodności tym dokumentom, nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii, wyznaczonej stawianymi zarzutami. Zarzut wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas wskazuje na niezgodność oferty Qumak SA w Warszawie z SIWZ, czego złożone dowody ani nie

potwierdzają ani czemu nie zaprzeczają – obrazują one pewne praktyki rynkowe stosowane przez Microsoft, istnienie porozumień pomiędzy różnymi podmiotami, jednak nie pozwalają na wyprowadzenie wniosków co do zgodności oferty Qumak SA w Warszawie z SIWZ. Innymi słowy, pozostają one niejako obok kwestii spornej w postępowaniu: nie artykułują w żaden sposób tezy, że oprogramowanie Microsoft nie odpowiada treści SIWZ (przeciwnie – Odwołujący stoi na stanowisku, że jedynie konkretne rodzaje oprogramowania spełniają te wymagania, co jest zresztą w sprawie bezsporne), a jedynie mają służyć wykazaniu, że

wykonawca Qumak SA w Warszawie nie uczestniczy w programie partnerskim Select Plus – nie ma statusu Large Account Reseller (LAR), w związku z czym, nie ma – w ocenie Odwołującego oraz Przystępujących po jego stronie wykonawców – tytułu czy faktycznej możliwości zaoferowania tego oprogramowania. Złożone przez uczestników postępowania w sprawie KIO 1073/13 dowody, nie mają jednak znaczenia dla wykazania spornej okoliczności. Złożenie oferty stanowi bowiem złożenie oświadczenia woli, zobowiązanie się do określonego świadczenia w czasie, miejscu i na warunkach uzgodnionych przez strony. Skoro tak, to prowadzenie dowodu, na podstawie pewnych praktyk rynkowych, dotyczących innych podmiotów, nie może przekonać o tym, że wykonawca nie dostarczy tego, do czego się zobowiązał. Nie przekonuje o tym także złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie odwołanie, jakie Qumak SA w Warszawie złożył w innym postępowaniu, w którym wykazywał niezgodność oferty konkurencyjnego wykonawcy w analogiczny sposób argumentując: złożone odwołanie prezentuje pewne stanowisko procesowe, nacechowane konkretną strategią o charakterze biznesowym, nie kreuje jednak ani nie potwierdza faktu innego, niż ten, że podmiot, który je złożył realizuje swój interes w postępowaniu kwestionując ocenę ofert konkurencyjnych wykonawców. Wnioskowanie zatem na tej podstawie jest niemiarodajnym i nie dostarcza wniosków, pozwalających na uznanie oferty złożonej przez Qumak SA w Warszawie w analizowanym postępowaniu za niezgodną z SIWZ.
Ponieważ wykonawcy zastrzegli niektóre informacje zawarte w ich ofertach, a na ich podstawie Zamawiający dokonał odrzucenia ofert (oferta Comarch SA w Krakowie), oraz biorąc pod uwagę, że to zastrzeżenie uznano za uprawnione, uzasadnienie, podobnie jak decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty oraz częściowo odwołanie Comarch SA w Krakowie – w części odnoszącej się do zastrzeżonych informacji – operuje ogólnymi tezami, bez przytaczania konkretnych nazw handlowych. Powyższe determinowało ogólniejszy, bardziej uniwersalny sposób prezentacji zarzutów a także przedstawienie motywów dokonanego rozstrzygnięcia w sposób nie nawiązujący wyraźnie do nazw

zastosowanych produktów, a poprzestanie na rozstrzygnięciu co do zasady o trafności podniesionych zarzutów oraz ogólnym odesłaniu do szczegółowych elementów stanu faktycznego sprawy.

[4] Wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy stanowi, że uwzględnienie odwołania może nastąpić tylko w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. (w sr. o sygn. akt: V Ca 3270/12).
Zatem w warunkach, kiedy przywrócenie oferty odwołującego do postępowania nie wywoła skutku w postaci uzyskania przez niego zamówienia, wobec niepotwierdzenia zarzutów kierowanych wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą, należy uznać, że będziemy mieli z brakiem wpływu na wynik postępowania, o którym mówi przywołany wyżej przepis.
Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroków z dnia 8 listopada 2011 r. w spr. KIO 2287/11 i 2339/11, 2 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2470/11 i 2480/11: „poprzez *wynik postępowania, w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, należy rozumieć możliwość uznania danej oferty za najkorzystniejszą. Wszakże celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, którego bezpośrednim następstwem jest wybór oferty najkorzystniejszej, stanowiącym jednocześnie wynik tego postępowania.”*

Wobec powyższego, potwierdzenie niektórych zarzutów stawianych w odwołaniach odpowiednich Odwołujących, jeśli nie zmieniało ich sytuacji w sposób pozwalający uzyskać zamówienie (wybór oferty najkorzystniejszej), nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania. Dotyczy to odwołań złożonych przez Comarch SA w Krakowie a także, co do zasady dotyczyłoby to oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S & T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie – w części, w jakiej Zamawiający uznał oferty tych

wykonawców za niezgodne z SIWZ, z uwagi na brak wydzielenia w tabeli 4 linii i odrębnej wyceny ujętych tam elementów. Zarzuty dotyczące czynności odrzucenia oferty ostatniego z wykonawców nie mogły podlegać rozpatrzeniu, z uwagi na niewykazanie przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy.

[6] Stan prawny:

Do rozstrzygnięcia znajdują zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania - 13 listopada 2012 r., to jest bez uwzględnienia zmian wprowadzonych nowelizacjami ustawy z dnia 13 lipca 2012 r. o zmianie ustawy o działach administracji rządowej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 951), która weszła w życie 1 stycznia 2013 r. oraz zmian wprowadzonych ustawą z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DZ.U. poz. 1271), która weszła w życie 20 lutego 2013 r.

I. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIACH ZARZUTÓW UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

Na wstępie dostrzeżenia wymaga uwaga ogólna, że znacząca część łącznie rozpatrywanych odwołań sięgała do kształtu oraz znaczenia *Tabeli 4* „Wyszczególnienie *komponentów zawartych w ofercie"* a także *Tabeli 3.*
Z tego względu, konieczne staje się przesądzenie znaczenia tych dokumentów, biorąc pod uwagę, że zawartość tych dokumentów stanowiła w odniesieniu do kilku wykonawców podstawę do uznania ofert za niezgodne SIWZ.
Nie budzi wątpliwości, że każda z wymienionych tabel stanowi ofertę, rozumianą w sposób, właściwy dla prawa cywilnego: wyraża zobowiązania wykonawcy do określonego świadczenia; jedna (Tabela *3)* – w ujęciu odnoszącym się do ceny, druga zaś (Tabela *4)* – w zakresie oferowanego przez danego wykonawcę przedmiotu.
Przypomnienia wymaga, że to zamawiający określa przedmiot, jaki zamierza nabyć w toku procedury o zamówienie publiczne. W analizowanej sprawie Zamawiający scharakteryzował ten przedmiot w obszernej i złożonej dokumentacji składającej się na SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, liczne załączniki do nich, a wreszcie w udzielanych w toku postępowania wyjaśnieniach do SIWZ. Zamawiający, na użytek tego postępowania przyjął mechanizm prezentacji oferowanego przedmiotu w postaci *Tabeli 4,* która „na sztywno" wskazywała

pewne elementy oferowanego rozwiązania (sprzętu, oprogramowania, które wykonawca musiał stworzyć, licencji dotyczących oprogramowania gotowego) w podziale na komponenty systemu, gdzie wykonawca musiał określić producentów, typ, model wymienionych elementów oraz podać ich cenę, mogąc jednocześnie samodzielnie dopełniać tabelę dodatkowymi elementami, jeśli uznawał, że są one konieczne dla zaoferowanego przez siebie rozwiązania. Ilości wymienionych w tabeli elementów nie zostały w niej podane – wynikają one z Opisu przedmiotu zamówienia. Dokument ten zdaje się zatem stanowić przedmiotowe odzwierciedlenie ogólnego kształtu Opisu przedmiotu zamówienia i być do niego komplementarnym – Zamawiający charakteryzował tę *Tabelę* jako „tabelę produktową", w przeciwieństwie do *Tabeli 3,* traktowanej jako „kosztowa".
Zatem to *Tabela 4* stanowiła mechanizm służący prezentacji oferowanego rozwiązania; Zamawiający nie przewidywał próbki (prezentacji systemu lub jego wybranej części) albo opisu koncepcji rozwiązania.
Na uwagę następnie zasługują uwagi, jakie Zamawiający wprowadził w części

poprzedzającej te *Tabele,* stanowiące swego rodzaju instrukcje co do tego, jak należy je wypełnić i jakie znaczenie w postępowaniu nadał im Zamawiający.
I tak, w zakresie *Tabeli 3,* Zamawiający podał na jej wstępie, że *„W poniższej tabeli kalkulacji ceny oferty należy podać cenę netto, podatek VAT oraz cenę brutto w podziale na etapy odbioru oraz grupy produktów. Należy uzupełnić wartości w PLN we wszystkich polach, w których znajdują się podpowiedzi zawarte w nawiasach kwadratowych"[…]"*
W odniesieniu do *Tabeli 4* „Wyszczególnienie *komponentów zawartych w ofercie",* Zamawiający następująco opisał jej znaczenie:
„4, Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie
W tabeli poniżej należy określić produkty (programy komputerowe, komponenty architektury fizycznej oraz dokumentację), które zostaną wytworzone lub dostarczone w ramach Zamówienia. Wiersze tabeli należy wypełnić w różny sposób w zależności od zawartości:
• Dla programów komputerowych będących standardowymi rozwiązaniami Oprogramowanie), należy podać koszt wdrożenia oraz koszt licencji;
• Dla programów komputerowych, które zostaną opracowane w ramach Zamówienia (Elementy Autorskie i Modyfikacje), należy podać koszt wdrożenia oraz koszt praw autorskich;
• Dla dostaw komponentów architektury fizycznej należy podać koszt instalacji i konfiguracji (kolumna „ koszt wdrożenia ") oraz koszt dostawy;
• Dla dokumentacji należy podać wyłącznie koszt jej wykonania w kolumnie „koszt praw

autorskich ".
Wypełnienie tabeli deklaracją Wykonawcy oznacza, że dla opracowanego programu komputerowego zostaną przekazane Zamawiającemu autorskie prawa majątkowe.
W toku badania ofert, poniższa tabela służyć będzie ocenie, czy wymienione w niej komponenty zostały uwzględnione przez Wykonawcę w cenie oferty.
W toku realizacji umowy tabela służyć będzie weryfikacji zgodności realizacji zamówienia z treścią oferty, w tym w szczególności:
• zgodności przedmiotowej (asortymentowej) dostarczonego komponentu z ofertą,
• zbieżności przenoszonych praw autorskich i udzielanych licencji z ofertą,
• zgodności dostawy danego komponentu z lokalizacją wskazaną w ofercie (podział na węzły),
• zgodności cen dostarczonych komponentów z cenami wskazanymi w ofercie.
W celu umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji zgodności wykonania zamówienia z treścią oferty, Wykonawca powinien:
1. wykorzystać możliwość dopisania komponentów ([Dodatkowe komponenty wg przeznaczenia]), jeżeli jest to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę,
2. w przypadku, kiedy Wykonawca przewiduje, że oferowane przez niego rozwiązanie wymaga by komponent składał się z więcej niż jednego składnika cenowego, dla każdego z takich komponentów (oznaczonych Lp.) Wykonawca powinien zmodyfikować poniższą tabelę poprzez podzielenie linii komponentu na składniki, zgodnie z przykładem zamieszczonym pod treścią formularza ofertowego. Wówczas dla kolumn „Nazwa handlowa/deklaracja opracowania programu", „Oznaczenie/wersja", *„Koszt wdrożenia", „Koszt licencji/praw autorskich/dostawy" należy dodać konieczną liczbę linii dla poszczególnych składników danego komponentu. W tabeli należy podać kwoty brutto."*
W zakresie sposobu wypełnienia *Tabeli 4* wykonawcy składali wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ:
„1. Czy wykonawca może modyfikować tabelę z punktu nr 4 z Załącznika A FORMULARZ OFERTOWY według własnego uznania, między innymi poprzez zwielokrotnianie wierszy, przypisanych do danego modułu (np. wielokrotnie powtarzając wiersz dla każdego modułu).
2. Jak wykonawca powinien wypełnić tabelę z punktu nr 4 z Załącznika A FORMULARZ OFERTOWY w sytuacji w której wykonawca przewiduje zaoferowanie i wykorzystanie w ramach jednego modułu funkcjonalnego (reprezentowanego przez jeden wiesz tabeli) wiele

programów komputerowych będących standardowymi rozwiązaniami (Oprogramowanie),

wiele programów komputerowych, które zostaną opracowane w ramach Zamówienia (Elementy Autorskie i Modyfikacje) oraz wiele komponentów architektury fizycznej. Prosimy o informacje co wykonawca w takiej sytuacji powinien wpisać w poszczególne kolumny takie jak: Nazwa handlowa/deklaracja opracowania programu, Oznaczenie / wersja, Koszt wdrożenia, Koszt licencji / praw autorskich/ dostawy. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż w większości punktów będzie zachodziła sytuacja, w której wykonawcy będą musieli zaoferować więcej niż jeden element a aktualny kształt tabeli nie pozwala w sposób jednoznaczny na realizacje odwzorowanie takiej sytuacji. Wyjaśnienie przez Zamawiającego tej kwestii jest bardzo istotne przed złożeniem ofert przez wykonawców.
Wnioskujemy do Zamawiającego o dostosowanie formularza ofertowego w tym również tabeli z punktu nr 4 z Załącznika A FORMULARZ OFERTOWY w taki sposób, aby w ramach każdego modułu funkcjonalnego reprezentowanego przez wiersz istniała możliwość zaoferowania i wykorzystania przez Wykonawcę wiele programów komputerowych będących standardowymi rozwiązaniami (Oprogramowanie), wielu programów komputerowych, które zostaną opracowane w ramach Zamówienia (Elementy Autorskie i Modyfikacje) oraz wiele komponentów architektury fizycznej. Taka zmiana pozwoli na czytelne odwzorowanie oferowanych przez wykonawcę elementów w ramach poszczególnych modułów".
Na powyższe pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi z dnia 22 lutego 2013 r.:
„Zamawiający zezwala na modyfikację przez Wykonawcę tabeli z punktu nr 4 z Załącznika A FORMULARZ OFERTOWY poprzez dodanie dodatkowych linii dla poszczególnych wierszy (oznaczonych Lp.) opisujących dany komponent. Inaczej mówiąc dla kolumn „Nazwa handlowa/deklaracja opracowania programu", „Oznaczenie/wersja", „Koszt wdrożenia", „Koszt licencji/praw autorskich/dostawy" możliwe jest dodanie koniecznej zdaniem oferenta liczby linii dla poszczególnych składników danego komponentu (…)"
Uznano w powyższym zakresie, że samo niewyodrębnienie w którejkolwiek komórce *Tabeli 4* poszczególnych elementów, czy nawet zbiorcza ich wycena nie mogła jeszcze stanowić o niezgodności oferty z SIWZ. Zamawiający w powyższym zakresie prezentował stanowisko, że sytuacja, w której wykonawca nie podał w swojej ofercie kosztu (odpowiednio wdrożenia, licencji/praw autorskich/dostawy) dla każdego komponentu wskazanego przez Zamawiającego, a ponadto dla wyszczególnionych przez siebie w ofercie składników danego komponentu nie wypełnił kolumny „Koszt *licencji/praw autorskich/dostawy",* podając dla nich wyłącznie jedną kwotę (sumę kosztów), nie może być oceniona inaczej jak niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - wymaganiem pkt 4. formularza ofertowego, który przewiduje podanie „dla *dostaw komponentów architektury fizycznej kosztu instalacji i konfiguracji*

(kolumna „koszt wdrożenia") oraz kosztu dostawy". W istocie, powyższe stanowi niewypełnienie wymagań stawianych treścią SIWZ („instrukcji" wypełnienia formularza składającego się na *Tabelę 4),* należy jednak postawić sobie pytanie, czy tego rodzaju niesprostanie wymaganiu Zamawiającego ma istotne znaczenie, czy stanowi niezgodność o charakterze formalnym, wreszcie, czy może automatycznie stanowić podstawę do odrzucenia oferty, czy też może zostać wyjaśniona.
Uznano w powyższym zakresie, że odrzucenie oferty z powodu niewyodrębnienia na wszystkich poziomach *Tabeli* wyceny elementów składających się na oferowane rozwiązanie byłoby wyrazem nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu, nie znajdującego przy tym wytłumaczenia w celach, jakim miało służyć złożenie tej *Tabeli.* Co więcej, wbrew stanowisku Zamawiającego, tego rodzaju niedoskonałość w kształcie poszczególnych ofert, jeśli pozyskanie informacji o cenach elementów jednostkowych w *Tabeli* danego wykonawcy zamieszczonych w intencji Zamawiającego okazała się istotna, mogła być przedmiotem wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe nie stanowiłoby niedozwolonej zmiany czy negocjowania treści oferty, skoro mieściłoby się w zawartości tej *Tabeli,* zagregowanych elementów opisanych w danej komórce *Tabeli,* zaś wyjaśnienie treści oferty służy przesądzeniu, wyeliminowaniu wątpliwości, jakiej treści oświadczenia zostały w ofercie wyartykułowane, choć może nieczytelnie zaprezentowane. Skoro podanie poszczególnych elementów, ich wycena mieściły się wyłącznie w gestii wykonawcy, to trudno upatrywać w takim wyjaśnieniu negocjowania treści oferty ani tym bardziej jej zmiany.
W oparciu zatem o wytyczne co do sposobu wypełnienia tabeli, uznać należało, że Zamawiający wyraził oczekiwanie prezentacji maksymalnie kompletnego rozwiązania

oferowanego przez danego wykonawcę - dopuszczając dodawanie dodatkowych elementów w *Tabeli 4,* nie dopuszczając zarazem ich ujmowania.
Z postanowienia, zgodnie z którym, wykonawca powinien wykorzystać możliwość dopisania komponentów ([Dodatkowe komponenty wg przeznaczenia]), jeżeli jest to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę, oraz - w przypadku, kiedy Wykonawca przewiduje, że oferowane przez niego rozwiązanie wymaga by komponent składał się z więcej niż jednego składnika cenowego, dla każdego z takich komponentów - Wykonawca powinien zmodyfikować poniższą tabelę poprzez podzielenie linii komponentu na składniki, zgodnie z przykładem zamieszczonym pod treścią formularza ofertowego, wynika, że poszczególni wykonawcy obowiązani byli ująć w tej *Tabeli* w sposób kompletny elementy, jakie składają się na oferowane przez nich rozwiązanie – te które Zamawiający niejako narzucił w tabeli w jej poszczególnych wierszach oraz – fakultatywnie – te, które według wizji danego wykonawcy są niezbędne do zastosowania w ramach jego koncepcji

realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyraził także oczekiwanie wyceny elementów składających się na oferowane rozwiązanie w sposób realny, odzwierciedlający ceny, po których będą one przenoszone na rzecz Zamawiającego, co wynika ze wskazania, m.in. że w toku realizacji umowy *Tabela* służyć będzie weryfikacji zgodności realizacji zamówienia z treścią oferty, w tym w szczególności zgodności cen dostarczonych komponentów z cenami wskazanymi w ofercie. Na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r. Zamawiający, zapytany o to, czy *Tabela 4* miała odzwierciedlać rzeczywiste ceny, jakie wykonawca wskaże na etapie wykonywania umowy w fakturze za poszczególne etapy, przedmioty, czy produkty potwierdził tę intencję podając, że miała ona wskazywać rzeczywiste ceny za przenoszone na rzecz Zamawiającego produkty, a nie koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z wykonywaniem zamówienia.
W oparciu o opisany przez Zamawiającego charakter *Tabeli 4* uznano, że wymienione w niej, ujęte w kolumnie „Komponent" elementy (określone co do rodzaju, jak np. bazy danych, szyna ESB, systemy GIS, repozytoria danych, serwery blade) zostały narzucone przez Zamawiającego i musiały znaleźć się w ofercie wykonawcy; niedopuszczalne było ich ujmowanie – powyższe byłoby bowiem równoznaczne z niezaoferowaniem danego elementu, co skutkować musiałoby uznaniem oferty za nieodpowiadającą treści SIWZ.
Następnie uznano, że *Tabela 3* służyła przypisaniu odpowiedniego wynagrodzenia do odpowiedniego etapu, była to w istocie *Tabela* stanowiąca kalkulację ceny. Ceny z *Tabeli 3* miały prowadzić do ceny ofertowej, co nie dotyczy *Tabeli 4.* Zatem zawartość *Tabeli 4* miała ograniczone znaczenie dla oceny w kategorii poprawności kalkulacji ceny, skoro temu celowi miała służyć *Tabela 3.* Znaczenie *Tabeli 4* w zakresie wskazywanych przez wykonawców cen za poszczególne, wymienione w niej elementy sprowadza się przede wszystkim do sfery wykonania zamówienia, kiedy to w razie odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, nastąpiłoby rozliczenie świadczenia wykonanego dotychczas, co miałoby nastąpić na podstawie cen z tej *Tabeli. Stanowi* o tym § 19 Wzoru umowy (załącznik B do SIWZ – tom I dokumentacji postępowania). W § 19.5 Wzoru umowy zawarto postanowienie, że w razie częściowego odstąpienia od Umowy, Wykonawcy przysługuje za odebrane i zatrzymane przez Zamawiającego Produkty, wyłącznie część wynagrodzenia przewidzianego w § 112 Umowy odpowiadająca zakresowi wykonanych prac i zatrzymanych produktów, określona przez Strony w szczególności przy uwzględnieniu Oferty Wykonawcy (Załącznik 4).

I. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŻONEGO PRZEZ WYKONAWCĘ ASSECO POLAND SA W RZESZOWIE (spr. o sygn. KIO 980/13):

Odwołujący zakwestionował zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez następujących wykonawców: konsorcjum firm Sygnity S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Adasa Sistemas S.A., COMP S.A., konsorcjum firm Ericpol Sp. z o.o., GISPartner Sp. z o.o., APN Promise S.A., Qumak S.A., konsorcjum firm S&T Services Polska Sp. z o.o. i Action S.A., konsorcjum firm Unizeto

Technologies S.A. i NTT System S.A. (na rozprawie Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące tego wykonawcy) oraz Comarch S.A., jako niejawnych części ofert ww. wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. punktów formularza ofertowego: 3. „Tabela *kalkulacji ceny"* i 4. „Wyszczególnienie *komponentów zawartych w ofercie",* pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił 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 o art. 86 ust. 4 ustawy, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez tych wykonawców, jako niejawne części ofert tj. punktów formularza ofertowego: 3. „Tabela *kalkulacji ceny"* i 4. „Wyszczególnienie *komponentów zawartych w ofercie";* zawiadomienia Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów oraz udostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów.
Odwołujący zarzucił 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 o art. 86 ust. 4 Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wymienionych wyżej wykonawców jako niejawnych części ofert ww. wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. punktów formularza ofertowego: *3. „Tabela kalkulacji ceny"* i *4. „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie",* pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w oparciu o powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum S&T, Konsorcjum Unizeto, Comarch S.A., jako niejawne części ofert ww. wykonawców (zastrzeżone jako informacje stanowiące

tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. punktów formularza ofertowego: *3. „Tabela kalkulacji ceny"* i *4. „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie";* zawiadomienia Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów oraz udostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów.
Odwołujący w uzasadnieniu podał, że:
- *Tabela 3* to wyłącznie przypisanie cen do poszczególnych elementów przedmiotu umowy, przy czy elementy te zostały narzucone przez Zamawiającego w SIWZ, zaś poszczególni wykonawcy mieli jedynie wpisać ceny za poszczególne elementy. Tym samym są to informacje dotyczące ceny, o których mowa w art. 86 ust. 4 Ustawy - i w stosunku do których ustawodawca wyraźnie wprowadził zakaz obejmowania ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Pogląd ten potwierdza też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która wypowiadała się co możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zestawienia cen jednostkowych w wyroku KIO 1072/11 z 7 czerwca 2011r.;
- *Tabela 4* zawiera jedynie spis powszechnie dostępnych na rynku produktów - tj. są to nazwy różnego rodzaju programów komputerowych (oprogramowania) i komponentów architektury fizycznej (sprzętu) oraz lista dokumentów wskazana przez Zamawiającego. Wykonawcy mieli jedynie wpisać nazwy programów komputerowych i komponentów architektury fizycznej, które spełniają wymagania podane przez Zamawiającego. A zatem w zakresie wypełnienia tabeli wskazanych przez Zamawiającego nie jest wymagane żadne działanie twórcze, ale sprawdzenie, czy wybrany produkt spełnia wymagania podane przez Zamawiającego. Wykonawca mógł także podjąć decyzję o realizacji wymagań związanych z programami komputerowymi przez programy komputerowe, które zostaną opracowane w ramach zamówienia (oprogramowanie własne). Dla wybranych produktów wykonawcy mieli podać ponadto koszt wdrożenia oraz koszt licencji / praw autorskich/ dostawy, co także nie jest działaniem twórczym. W części tabeli należało jedynie podać koszt wykonania dokumentów wytwarzanych wg wymagań Zamawiającego w zakresie dokumentacji. Skoro tabelę należało wypełnić nazwami programów komputerowych i nazwami komponentów architektury fizycznej powszechnie dostępnymi na rynku - to nie jest w stosunku do nich spełniona przesłanka uprzedniego nieujawnienia do powszechnej wiadomości oraz taki spis nie ma wartości technicznej, technologicznej czy handlowej - gdyż wszystkie jego elementy są dostępne na rynku. Z pewnością Tabela 4 nie jest żadnym utworem w rozumieniu prawa autorskiego, aby mogła być uznana za potencjalny przedmiot objęcia tajemnicą

przedsiębiorstwa. Tylko w przypadku twórczego i swoistego zestawienia można mówić by o utworze. Zdaniem Odwołującego zestawienia te w przypadku każdej z ofert są podobne, nie można mówić o ich twórczym i całkowicie oryginalnym charakterze. Podobnie jak w przypadku Tabeli 3 - to także wynika z treści SIWZ. Otóż Zamawiający narzucił wszystkim

wykonawcom wygląd tej tabeli i jej treść, zaś wykonawcy mieli tylko wpisać dla każdej pozycji zamawianego systemu ISOK: nazwę handlową dostarczanych programów komputerowych (oprogramowania) lub komponentów architektury fizycznej lub wskazać, że dana część oprogramowania zostanie stworzona na potrzeby realizacji umowy; wersję oferowanego programu komputerowego (oprogramowania); cenę wdrożenia i licencji/praw autorskich/dostawy. Jak wprost wynika z powyższego - skoro wykonawcy wpisać mieli wyłącznie albo nazwę dostarczanego oprogramowania - oprogramowania standardowego, istniejącego na rynku, albo też mieli zadeklarować, że będą opracowywać to oprogramowanie albo wpisać nazwę komponentów architektury fizycznej (sprzętu) - to oczywistym jest, że wpisywali do Tabeli 4 albo informacje powszechnie dostępne (nazwa oprogramowania / nazwa sprzętu), albo deklaracje wykonania oprogramowania, która to informacja sama w sobie z kolei nie ma żadnej wartości technicznej czy technologicznej;
- podobna kwestia była już rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 21 września 2012r., KIO 1921/12. Odwołujący wskazał także na wyroki KIO 2817/10 14 stycznia 2011r, KIO 1172/11 z 20 czerwca 2011 r., KIO 2793/10 z 21 stycznia 2011r.:
- Skoro zatem *Tabela 4* nie jest żadnym indywidualnym rozwiązaniem czy autorskim rozwiązaniem - ale zestawieniem powszechnie dostępnego oprogramowania / deklaracji opracowania programu / komponentów architektury fizycznej (sprzętu) spełniającego wymagania podane przez Zamawiającego, to oczywistym jest, że nie spełnia w/w przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Każde z rozwiązań znajdujące się w poszczególnych ofertach objętych odwołaniem mogłoby być zaoferowane przez każdego wykonawcę. To że zaoferowane rozwiązania różnią się między sobą wynika nie z ich twórczego czy indywidualnego charakteru, ale z faktu, iż przedmiot umowy może zostać zrealizowany na kilka różnych sposobów, ponieważ wymagania podane przez spełniają różne produkty. Co tylko Zamawiającego zresztą dobrze świadczy o Zamawiającym - który zamawia system otwarty technologicznie, nie preferując czy nie narzucając jednego rozwiązania;
- także trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona w stosunku do części ofert obejmujących Tabele 3 i 4, a przynajmniej w przypadku niektórych wykonawców. Otóż zdaniem Odwołującego wykonawcy w wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa składanych na żądanie Zamawiającego nie wykazali, iż podjęli w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec braku wykazania spełniania tej przesłanki w wyjaśnieniach - informacje nie mogą, zgodnie z definicją legalną, zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej części oferty nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki - tak też Krajowa Izba Odwoławcza

w wyroku z 4 czerwca 2012r., KIO 1016/12: „Zastrzeżenie *informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego."* ;
- faktycznym powodem zastrzeżenia przez następujących wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum S&T, Konsorcjum Unizeto i Comarch S.A. ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym Odwołującemu) weryfikacji ofert ww. wykonawców pod kątem zgodności z SIWZ. Warto zacytować fragment uzasadnienia orzeczenia o sygn. akt: KIO 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." Odwołujący wskazuje, iż sam omyłkowo objął tę część oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz w wyniku zapytania Zamawiającego omyłkę tę sprostował, już w piśmie dniu 21 marca 2013 roku wskazując, iż zastrzeżenie tajemnicy tej części oferty w ogóle byłoby nieskuteczne;
- 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 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 spełniania 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 spełniania 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. Zdaniem Odwołującego - w/w wykonawcy nie wykazali zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w/w części ofert oraz nie uzasadnili faktu nie zastosowania fundamentalnej zasady jawności postępowania.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie oraz uzasadniającą je argumentację, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

Odwołujący wykazywał, że następujące dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa: zastrzeżonych przez wymienionych wyżej wykonawców, jako niejawne części ofert tj. punktów formularza ofertowego: 3. „Tabela *kalkulacji ceny"* i 4. „Wyszczególnienie *komponentów zawartych w ofercie".*

Podkreślenia wymaga, że badanie zastrzeżenia informacji traktowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa powinno każdorazowo odbywać się indywidualnie wobec każdego wykonawcy. Tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru uniwersalnego, dotyczącego każdego podmiotu; tego samego rodzaju informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jednego podmiotu, podczas gdy dla innego będą neutralne. Stąd niewłaściwe jest wnioskowanie i generalizacja, przykładowo na podstawie stanów faktycznych innych postępowań.
Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.* Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z *jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego";* a także *„Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice". Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany*

prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090)" (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2 , LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115). Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.
Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być przy tym 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. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem *tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć".*
Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się - zdaniem Sądu Najwyższego, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania,

formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) *"nie ujawniona do wiadomości publicznej"* to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą *przedsiębiorstwa",* 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 dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.
Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu

„niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante,* a nie *ex post.* Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05: „w *postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji".* Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. 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. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Z tego względu, ocena czynności Zamawiającego w zakresie uznania za poprawnie zastrzeżone informacji, musi odbywać się na podstawie uzyskanych przez niego od odpowiednich wykonawców wyjaśnień dokonanego zastrzeżenia, nie zaś następczo podjętych działań, w tym stanowisk procesowych prezentowanych na rozprawie.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – w celu wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zwrócił się do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia, na co każdy z wykonawców podjął starania celem wyjaśnienia podstaw takiego zastrzeżenia.
Poddając analizie postawione zarzuty, uznano – na wstępie - że zarzuty odnoszące się do

oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie, wobec faktu, że oferta tego wykonawcy jest droższa, aniżeli Odwołującego, są neutralnymi dla sytuacji Odwołującego, co nakazuje je rozpatrywać w kontekście wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy).
Z taką samą sytuacją mamy także do czynienia w odniesieniu do tych ofert, które uznane zostały za podlegające odrzuceniu: Comarch SA w Warszawie, oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu czy konsorcjum Unizeto (zarzuty wobec tego wykonawcy zostały przez Odwołującego wycofane).
Analiza zawartości *Tabeli 3,* jej kształtu oraz uniwersalnego, zbiorczego i nie pozwalającego na ustalenie szczegółowych rozwiązań opisanych w ofercie danego wykonawcy sposobu prezentacji zawartych w niej informacji, prowadzi do wniosku, że brak było podstaw do traktowania zawartych w niej informacji w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.
Podniesione zarzuty znalazły zatem potwierdzenie, w części, w jakiej Odwołujący postulował uznanie za bezpodstawnie skategoryzowanych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w *Tabeli 3* zamieszczonej w ofercie każdego z wykonawców.
W ofercie Comarch SA w Krakowie oraz Qumak SA w Warszawie, *Tabela 3* była jawna (Comarch SA w Krakowie odtajnił ją przy wyjaśnieniach zasadności zastrzeżenia w piśmie z dnia 22 marca 2013 r.), stąd zarzuty stawiane w powyższej mierze wobec ofert tych wykonawców należy uznać za nadmierne i całkowicie nieuzasadnione – Odwołujący w dniu 4 kwietnia 2013 r. uzyskał te informacje, o czym świadczy choćby postawienie szeregu zarzutów wobec Qumak SA w Warszawie, opartych na treści *Tabeli 3* (zarzut dotyczący zaniżonej wyceny praw autorskich).
Dostrzeżenia dalej wymaga, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Ericpol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi oraz GIS Partner przyznali, że utajnienie części oferty, stanowiącej *Tabelę* 3 „Tabela *kalkulacji ceny"* było nieuzasadnione – na rozprawie Przystępujący podał, że dane z formularza 3 mogłyby podlegać ujawnieniu, ostatecznie oświadczył, że ujawnia *Tabelę* 3 w swojej ofercie. Tym

samym, co do zasady, uznano w powyższym zakresie podniesione zarzuty, za potwierdzone i przyznane przez Odwołującego.
Podobny wniosek należy wywieść w odniesieniu do *Tabeli 3* w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie.
Biorąc jednak pod uwagę, że wykonawca Qumak SA w Warszawie nie zastrzegł informacji zawartych w tej *Tabeli,* a także że nie potwierdziły się jednocześnie jakiekolwiek zarzuty stawiane przez Odwołującego w odniesieniu do tego wykonawcy, zarówno te wskazujące na niezgodność jego oferty z SIWZ, jak i dotyczące bezpodstawnego uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zamieszczonych w *Tabeli 4,* potwierdzenie jakichkolwiek zarzutów podniesionych wobec ofert innych wykonawców aniżeli ten, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą (Qumak SA w Warszawie) nie miałoby wpływu na wynik postępowania, o którym traktuje art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Uznanie, bowiem, że Zamawiający uznał bezpodstawnie za właściwie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w *Tabelach 3* złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie, konsorcjum Ericpol, czy konsorcjum S&T pozostawałoby bez jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, skoro nie dotykałoby wykonawcy, którego oferta niezmiennie uznana została za najkorzystniejszą.
Nie znalazły natomiast potwierdzenia stawiane przez Odwołującego zarzuty, odnoszące się do zawartości *Tabeli 4* w ofertach wykonawców, którzy zastrzegli tę *Tabelę.*
Podkreślenia na wstępie wymaga, że charakter *Tabeli 4,* zawierane przez poszczególnych wykonawców w niej informacje mogły, w odniesieniu do konkretnych ofert nosić cechy pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. I tak:
- przedmiotem zamówienia nie jest dostawa standardowego oprogramowania, a dostawa systemu dedykowanego dla Zamawiającego, spełniającego jego szczególne wymagania,

których sposób osiągnięcia w relatywnie dużym stopniu pozostawiono wykonawcy. Osiągnięcie wymagań stawianych przez Zamawiającego możliwe jest w wyniku zastosowania różnych rozwiązań. Poszczególni wykonawcy mieli zatem możliwość zaoferowania odmiennych rozwiązań o różniącej się architekturze. *Tabela 4* służyła do zaprezentowania autorskich zestawień różnych komponentów, które razem wzięte składają się na zaprojektowanych przez wykonawcę system;

- *Tabela 4* służyła do zestawienia komponentów dobranych celowo przez wykonawcę, według jego autorskiego zamysłu. Dotyczyło to całego systemu, ale także jego poszczególnych części – komponentów, jakie w *Tabeli* były opisywane;
- wykonawcy prezentując oferowane rozwiązanie tylko po części, w minimalnym zakresie mieli narzucone elementy, jakie mieli w *Tabeli 4* skonkretyzować z nazwy sprzętu, oprogramowania, jego producenta, ale ich zadaniem było dopisanie dodatkowych komponentów, jakich przewidywane przez nich rozwiązanie wymaga.

Zamawiający dokonał w postępowaniu badania zasadności zastrzeżenia przez poszczególnych wykonawców informacji zawartych w ofertach, zwracając się o wyjaśnienie powodów zastrzeżenia informacji i wykazania, że noszą one znamiona pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Qumak SA w Warszawie wyjaśnił, w piśmie z dnia 19 marca 2013 r. powody objęcia zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie, w tym w *Tabeli 4,* wskazując m.in., że zawiera ona opis rozwiązania wraz z jego integralnymi elementami. Wykonawca wykazał, że w ramach tego dokumentu nastąpiło zestawienie elementów wchodzących w skład danych komponentów, które ma charakter autorskiego, stanowiącego know-how. Wyjaśnienie zawarte w tym piśmie przekonuje o zasadności zastrzeżenia informacji, szczególnie że wykonawca składając ofertę podjął starania, mające na celu realizację zasady jawności – pozostawił jawną *Tabelę 3* a także złożył sporną *Tabelę 4* w dwóch wersjach: jawnej dla uczestników w części obejmującej wszystkie informacje, w tym oferowane za poszczególne produkty ceny, za wyjątkiem nazw handlowych i wskazania ich producenta a także w wersji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa – zawierającą dodatkowo konkretyzację oferowanych produktów, poprzez wskazanie ich producenta oraz nazw handlowych, typu, modelu.

Uznano w powyższej mierze, że dobór konkretnych elementów sprzętu i oprogramowania, w ramach odpowiednich komponentów systemu, w tym opatrzenie ich dodatkowymi, wedle uznania wykonawcy elementami (przewidziana w części instrukcyjnej, poprzedzającej *Tabelę 4* możliwość dopisania komponentów, jeżeli jest to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę) pozwala na uznanie, że w *Tabeli 4,* mimo że stanowi ona odwzorowanie wymagań zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia, zawierane są informacje, które razem skomponowane w ten czy lub inny sposób przez danego wykonawcę wyrażają autorski zamysł co do kształtu poszczególnych narzędzi i komponentów, jakie zaplanowane zostały przez wykonawcę. W ramach danego komponentu Zamawiający przewidywał bowiem jedynie w sposób ogólny rodzaj sprzętu lub

kategorie oprogramowania, zaś rzeczą wykonawców było wypełnienie tego wymagania konkretnymi produktami: odpowiednim sprzętem oraz oprogramowaniem, w tym dodanie – według własnej koncepcji danego wykonawcy – innych elementów sprzętu lub oprogramowania, wreszcie, dopełnienie ich oprogramowaniem autorskim, stworzonym na potrzeby przedmiotowego postępowania.

W tej mierze uzewnętrzniało się zatem w *Tabeli 4* autorskie rozwiązanie wykonawcy, wyrażające technologiczny i organizacyjny charakter informacji, które posiadają wartość gospodarczą. Wartość ta wyraża się w szkodzie, jaką wykonawca może ponieść, w razie ujawnienia jej innym podmiotom, w związku z tym, że zestawione w ramach danego komponentu elementy stanowią pewną kompozycję traktowaną jako całość, która sama w sobie może przejawiać rozwiązanie autorskie, mogące mieć przeznaczenie nie tylko dla tego postępowania. Komponenty w przedmiotowym postępowaniu to pewne całościowe rozwiązania, na które składają się odrębne zestawione zespoły produktów dające osobne

narzędzia (jak przykładowo realizujące odpowiednie zadania platformy). Wykonawca w piśmie wykazał ponadto, że podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.
Na taki charakter informacji w ofercie Qumak SA w Warszawie wskazują wyjaśnienia zawarte w piśmie z 19 marca 2013 r. To wyłącznie te wyjaśnienia mogą stanowić podstawę oceny czynności Zamawiającego uznania za poprawnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w ofercie Qumak SA w Warszawie, bowiem w oparciu o nie Zamawiający dokonał oceny zasadności tego zastrzeżenia. Bez znaczenia jest zatem następczo prezentowane w tym zakresie na rozprawie stanowisko procesowe przez wykonawcę Qumak SA w Warszawie (rozprawa z dnia 6 czerwca 2013 r.), zgodnie z którym wartość gospodarcza tych informacji wyraża się w możliwości poznania przez konkurencyjnych wykonawców cen, jakie stosują dostawcy wobec Przystępującego oraz stosowanych wobec tego wykonawcy upustów handlowych: o ile takie stanowisko, hipotetycznie, w konkretnej sytuacji, mogłoby uzasadniać kwalifikowanie określonych informacji w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa, to tego rodzaju uzasadnienie nie znalazło się w wyjaśnieniach wykonawcy z 19 marca 2013 r.; ponadto stanowisko to nie potwierdza się przynajmniej w odniesieniu do cen sprzętu wymienionego w pozycjach 50- 80 *Tabeli 4,* co do których Przystępujący, przynajmniej w zakresie serwerow blade prezentował pogląd, że ceny podane w *Tabeli 4* w tej mierze mają ograniczone znaczenie, istotna jest cena łączna oferty. Prezentowana w odniesieniu do wyceny tego sprzętu argumentacja zdaje się zatem wskazywać, że ceny w *Tabeli 4* nie są wprost powiązane z kosztami nabycia odpowiedniego sprzętu, do których wykonawca miałby stosować uchwytny algorytm, wskazujący na stosowaną marżę, ale odnoszą się raczej tylko do cen, po jakich wykonawca będzie przenosić poszczególne produkty na Zamawiającego.

W analogiczny sposób należało ocenić zasadność zastrzeżenia informacji w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie. Wykonawca ten, pismem z dnia 22 marca 2013 r. wyjaśnił podstawy dokonanego zastrzeżenia wskazując na wartość gospodarczą, jaką posiadają informacje zawarte w formularzu ofertowym, nawiązując m.in. do autorskiej koncepcji, która nie została dotychczas u innego klienta wdrożona, w takiej formie i układzie, z takim wykorzystaniem konkretnych komponentów. W zakresie zatem *Tabeli 4,* wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie wykazali wobec Zamawiającego zasadność dokonanego zastrzeżenia, co nakazuje ocenę Zabawiającego w powyższym zakresie uznać za prawidłową.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Ericpol sp. z o.o. w Łodzi oraz GisPartner, pismem z dnia 20 marca 2013 r. wyjaśnili podstawy dokonanego zastrzeżenia informacji, które, - w zakresie *Tabeli 4* - noszą cechy przekonujących o zasadności objęcia ich zastrzeżeniem, wskazując, że znaczna część zastrzeżonych informacji została przygotowana wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, które w związku z tym nie były wcześniej udostępnione innym podmiotom – dotyczy to wyszczególnionych komponentów zawierających informacje techniczne, w tym wykaz sprzętu, licencji i oprogramowania wraz ze sposobem ich konfiguracji. Wykonawca wykazał także, że zawierają one informacje o kontrahentach wykonawcy, źródłach zaopatrzenia. Na rozprawie Przystępujący potwierdził te wyjaśnienia, wskazując że ujawnienie informacji w *Tabeli 4* w zakresie żądanym przez Odwołującego, tj. obejmującym komponent i nazwę handlową, oznaczenie/wersję pozwoli poznać podwykonawców Przystępującego, co wynika np. z tego, że na str. 10 Tabeli w pkt 11 oraz na str. 23 w pkt 41 wskazano produkty, których ujawnienie innym podmiotom pozwoli poznać podwykonawcę, od którego zakupu dokonuje Przystępujący, przy czym wykonawca może je kupić wyłącznie od danego podwykonawcy. Przystępujący następnie podał, że unikalne w jego ofercie są produkty ujęte na str. 10 i 23. Wskazuje, że te produkty można nabyć z wielu źródeł, ale ich ujawnienie pozwoli poznać istotne elementy architektury, złożył także oświadczenie (dokument nr [51]) na okoliczność wykazania, że w *Tabeli 4* zawarto unikalne rozwiązanie oraz kopie umowy, na potwierdzenie objęcia tajemnicą informacji w ofercie (dokument nr [52]).
Wykonawca wykazał wreszcie w piśmie z dnia 20 marca 2013 r., złożonym wobec

Zamawiającego, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie dostosowanego do potrzeb Zamawiającego Systemu, a nie zakup standardowego produktu, co także uzasadnia objęcie

informacji zastrzeżeniem. Wykonawca wykazał ponadto, że podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.
Także zastrzeżenie informacji w *Tabeli 4* w ofercie złożonej przez Comarch SA w Krakowie uznano za prawidłowe. Wykonawca ten, pismem z 22 marca 2013 r. wyjaśnił podstawy dokonanego zastrzeżenia, wskazując między innymi na to, że *Tabela 4* zawiera koncepcję architektury fizycznej oraz elementy szczegółowej kalkulacji ceny oferty w zakresie programów, komputerowych, komponentów architektury fizycznej oraz dokumentacji; wykonawca zawarł w tej *Tabeli* informacje składające się na konfigurację proponowanego rozwiązania; wskazał na autorskie rozwiązanie polegające na połączeniu usług i konkretnych produktów. Wykonawca wykazał także, że podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji nieujawnionymi do wiadomości publicznej.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu nie zastrzegli informacji zawartych w *Tabeli 4,* co czyni stawiany w tej mierze zarzut – bezpodstawnym i – jak się wydaje, podobnie jak zarzuty dotyczące *Tabeli 3* w ofertach Comarch SA w Krakowie i Qumak SA w Warszawie – podniesionym bezrefleksyjnie, bez analizy nie tylko treści wyjaśnień wykonawców dotyczących podstaw zastrzeżenia, ale samej treści oferty tego Konsorcjum.
Reasumując potwierdziły się, co do zasady, zarzuty stawiane przez Odwołującego w zakresie zastrzeżenia *Tabeli 3* przez Konsorcjum Ericpol oraz Konsorcjum Sygnity. Analogiczne zarzuty, dotyczące zastrzeżenia informacji w *Tabeli 4* w ofertach wszystkich wykonawców, którzy takiego zastrzeżenia dokonali – nie zasługiwały na aprobatę.

II. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA S&T POLSKA SPÓŁKĘ Z O.O. W WARSZAWIE I ACTION SA W WARSZAWIE (spr. o sygn. KIO 1067/13):

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówien publicznych, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, a z ostrożności procesowej również: art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 7 ust. 1 powołanej ustawy, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, którzy złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty zawierające podobne „uchybienie", jak to, które zdaniem Zamawiającego uzasadnia odrzucenie oferty Odwołującego, wnosząc o o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców,
3) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a kwestionowane odwołaniem czynności Zamawiającego mogą narazić Odwołującego na szkodę, bowiem Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zaś jej odrzucenie pozbawia go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podjął następującą argumentację:
- Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, nie wskazał wprost, z jakim konkretnie wymaganiem SIWZ sprzeczne są postanowienia oferty Odwołującego. Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że podstawą faktyczną odrzucenia jest okoliczność, że Odwołujący nie zawarł w ofercie informacji o kosztach wszystkich komponentów wyspecyfikowanych w pozycjach formularza wskazanych w piśmie Zamawiającego. Jako źródło obowiązku podania tych informacji Zamawiający zacytował zapisy punktu 4 formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ;
- *Tabela* znajdująca się w formularzu ofertowym wskazuje rodzajowo komponenty systemu, które są przedmiotem zamówienia, wraz z przypisaniem do nich wymaganego zakresu

informacji (nazwa handlowa, deklaracja opracowania programu, oznaczenie wersja), oraz podziału cen (koszt wdrożenia, koszt licencji/praw autorskich). Bezwzględnym obowiązkiem wykonawcy było wypełnienie *Tabeli,* która definiowała rodzajowo produkty, których oczekiwał Zamawiający, konkretnymi nazwami produktów oraz cenami. Równocześnie Zamawiający stwierdził, że dopuszcza modyfikacje *Tabeli,* a jeżeli Wykonawca przewiduje rozbicie poszczególnych cen, to powinien te ceny wskazać w *Tabeli;*
- Wykonawca powinien rozbić ceny poszczególnych komponentów jedynie wówczas, gdy przewiduje on odrębną wycenę części danego komponentu. Zamawiający pozostawił więc tu Wykonawcom pełną swobodę - jeżeli wyceniają poszczególne składniki komponentów odrębnie, to powinni wskazać te ceny. Jeżeli jednak nawet poszczególne komponenty składają się z różnych części, jednak nie wycenianych osobno, to jest oczywiste, że nie ma obowiązku przypisywania im cen. Obowiązek taki nie wynika z żadnego zapisu SIWZ (co zresztą potwierdza fakt, iż Zamawiający w uzasadnieniu pisma nie wskazuje żadnego konkretnego punktu, z którym oferta Odwołującego miałaby być sprzeczna), ani też z żadnego innego zwyczaju czy zasady. Wręcz przeciwnie-w praktyce obrotu gospodarczego jest w pełni normalna sytuacja, w której dany komponent składa się z wielu elementów, ale wyceniony przez sprzedawcę jest jako całość. Zdaniem Odwołującego,

SIWZ nie przewidywał obowiązku wyceny wszystkich możliwych elementów składających się na dany komponent zdefiniowany w formularzu ofertowym, lecz jedynie takich, dla których sam wykonawca przewidział odrębną cenę. Wynika to jednoznacznie z cytowanych powyżej zapisów SIWZ oraz zostało potwierdzone w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, gdzie Zamawiający powtarza, iż obowiązek wydzielenia cen istnieje jedynie wówczas, gdy wykonawca takie wydzielenie przewidział. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę nie stoi wcale w sprzeczności z treścią jego oferty (ani też z wyżej zaprezentowaną wykładnią treści SIWZ), bowiem Wykonawca jasno stwierdził, że wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy zostały wycenione, zaś *„Konsorcjum nie dokonało szczegółowego podziału linii wszystkich komponentów na składniki, ponieważ w ocenie Konsorcjum oferowane rozwiązanie tego nie wymagało".* Równocześnie Odwołujący przedstawiając wraz z wyjaśnieniami tabelę pokazującą składniki kosztowe (a nie wycenione produkty) nie potwierdził wcale, że powinien był dokonać w ofercie bardziej szczegółowego rozbicia cen komponentów, ani nie uzupełnił wcale oferty, jak to wskazuje Zamawiający. Przedstawienie kosztów, jakie składają się na cenę komponentu nie oznacza bowiem, że każdy ze składników kosztowych stanowi odrębnie wyceniony produkt. Odwołujący zgadza się w pełni z tezą, że złożone przez niego wyjaśnienia nie mogą modyfikować treści złożonej przez niego oferty. Oferta ta jest jednak w pełni zgodna z SIWZ, to jest obejmuje wycenę wszystkich komponentów, które są wymagane przez Zamawiającego i co do których Odwołujący uznał, że powinny zostać odrębnie wycenione. Treść oferty nie narusza też ani nie zagraża żadnych interesów Zamawiającego, ani celów, które wspomina on w treści uzasadnienia odrzucenia oferty. W szczególności w oparciu o treść oferty Zamawiający jest w stanie zweryfikować szczegółowo, czy cena danego komponentu dostarczonego w ramach realizacji umowy jest zgodna z ceną zawartą w ofercie. Inną kwestią jest, że - biorąc pod uwagę treść umowy, Zamawiający w zasadzie nie potrzebuje wiedzy o cenach poszczególnych komponentów. Zgodnie bowiem z treścią ust. 12.1. wzoru umowy stanowiącego Załącznik B do SIWZ, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co oznacza, że niezależnie od tego, jak wycenione są poszczególne komponenty, i tak Wykonawca realizując całość swoich zobowiązań objętych umową ma roszczenie o zapłatę całego zaoferowanego wynagrodzenia, ani nie powiększonego, ani nie pomniejszonego o jakikolwiek element. Co więcej, zgodnie z pkt 12.3. wzoru umowy, ryczałtowe wynagrodzenie będzie płatne w etapach zdefiniowanych w harmonogramie rzeczowo - finansowym stanowiącym załącznik 2 do SIWZ. Etapów tych wyszczególniono pięć, a każdemu z nich przyporządkowano zdefiniowaną w SIWZ maksymalną wartość procentową. Oznacza to, że w każdym wypadku, niezależnie od cen poszczególnych komponentów, płatność na rzecz Wykonawcy nastąpi w pięciu, zdefiniowanych umową częściach, po dokonaniu odbioru produktów wyspecyfikowanych w

ramach każdego z pięciu etapów. Produktów tych, łącznie w ramach wszystkich etapów, jest dokładnie 29 (i jeden podprodukt). Tymczasem tabela w formularzu ofertowym obejmująca listę wycenionych komponentów zawiera kilkaset pozycji. Odwołujący stwierdza, że z punktu widzenia płatności, tabela ta nie ma żadnego znaczenia i nie została w jakikolwiek sposób przywołana w treści wzoru umowy. Oznacza to, że z punktu widzenia weryfikacji kwot należnych Wykonawcy, znaczenie ma wyłącznie weryfikacja, czy w ramach danego etapu dostarczone zostały produkty wyspecyfikowane w Załączniku nr 2 do SIWZ, przyporządkowane do tego etapu. Wysokość wynagrodzenia za etap jest natomiast stała i jeżeli Wykonawca nie dostarczyłby któregokolwiek z elementów, które mają być dostarczone w ramach danego etapu, to nie otrzymałby całego wynagrodzenia za ten etap, zaś jeżeli dostarczyłby wszystkie elementy, miałby roszczenie o zapłatę całości wynagrodzenia, niezależnie od cen elementów składowych;
- Zamawiający dokonując oceny ofert naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sposób sformułowania tabeli zawartej w formularzu ofertowym, w tym szczegółowość opisu poszczególnych komponentów, zależy bowiem wyłącznie od wykonawcy. Równocześnie, przedmiotem zamówienia jest wdrożenie systemu informatycznego, który w dużej części składa się z elementów dedykowanych - przeznaczonych wyłącznie dla Zamawiającego i odpowiadających jego unikalnym potrzebom i uwarunkowaniom. W takiej sytuacji, zdecydowana większość komponentów może być podzielona na w zasadzie dowolne części i składniki, a na ich ceny składają się bardzo różne elementy kosztowe. Zamawiający - zapewne świadom tej okoliczności - dał Wykonawcom znaczącą swobodę w ukształtowaniu treści formularza ofertowego, pozostawiając im dowolność w szczegółowości rozbicia komponentów na elementy składowe. Jeżeli więc dany wykonawca poprzestał na przypisaniu cen do komponentów nazwanych w formularzu, to Zamawiający nie znajdował podstawy do odrzucenia takiej oferty, pomimo, iż w ramach danego komponentu z pewnością wykonanych będzie szereg odrębnych świadczeń, o różnym charakterze. Równocześnie, zasygnalizowanie przez Odwołującego, iż w ramach komponentu występują różnego rodzaju czynności czy świadczenia (lecz nie są one wyceniane odrębnie), Zamawiający uznał za podstawę odrzucenia jego oferty. W ocenie Odwołującego tak dokonana weryfikacja ofert narusza zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ prowadzi do skutku, w którym oferty zawierające w istocie identyczną treść (co do oferowanego zakresu świadczeń) są odrzucane bądź oceniane, wyłącznie w zależności od stopnia szczegółowości ich oceny przez Zamawiającego. Jeżeli bowiem Zamawiający dogłębnie oceniłby oferty innych Wykonawców, uznałby z pewnością, że wiele spośród elementów, które składają się na poszczególne komponenty, nie zostało odrębnie

wycenionych. Tak więc Zamawiający powinien przyjąć jednolitą metodę oceny w odniesieniu do wszystkich ofert - albo powinien stwierdzić (zgodnie z zapisami SIWZ), że to Wykonawca decyduje o tym, czy dany komponent wyceniany jest jako całość, czy też w podziale na części składowe, albo też powinien wymagać, by cena każdego komponentu została podzielona na części przyporządkowane do każdego elementu czy świadczenia składającego się na komponent, które choćby teoretycznie może stanowić odrębny produkt.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznano, że Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie, nie wykazał przesłanej materialnoprawnych, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie wniesionego odwołania.

Treść podniesionych w odwołaniu tego wykonawcy zarzutów, nakierowanych wyłącznie na zakwestionowanie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w tym przede wszystkim fakt, że Odwołujący nie zakwestionował jednocześnie ofert innych wykonawców, które poprzedzają jego ofertę jako korzystniejsze (oferta Odwołującego została uznana za najmniej korzystną w postępowaniu), powoduje, że ewentualne pozytywne rozstrzygnięcie zgodne z żądaniem Odwołującego, i uznanie, że jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, nie zmienia sytuacji tego wykonawcy. Potwierdzenie naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów nie wyczerpuje zatem przesłanki materialnoprawnej, o której stanowi

art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym możliwości poniesienia szkody o której ten przepis traktuje. Ponadto należy wskazać, że aby nastąpiło spełnienie warunków wskazanych w art. 179 ust.1 ustawy, wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.
Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na

możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż „(…) *przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży*
u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia" i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła

nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia."
Rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Ne wyczerpuje takiego wykazania wskazanie w odwołaniu, że kwestionowane odwołaniem czynności Zamawiającego mogą narazić Odwołującego na szkodę, bowiem Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zaś jej odrzucenie pozbawia go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Szansa na uzyskanie zamówienia, rozpatrywana z pozycji oferty Odwołującego, która jest najmniej korzystną spośród złożonych w postępowaniu, wymagała podniesienia zarzutów także wobec wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, czego Odwołujący jednak nie uczynił.
Podkreślenia przy tym wymaga, że w świetle przywołanego przepisu chodzi o nie hipotetyczną szkodę, w razie zaistnienia bliżej nieokreślonych, nieprzewidywalnych i mało prawdopodobnych okoliczności, ale takich okoliczności, których zaistnienie może rzeczywiście spowodować uzyskanie przez Odwołującego zamówienia. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11 należy stwierdzić, że *środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty*

możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia.
Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie nie sprostali temu obowiązkowi. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji, polegającą na zniwelowaniu szkody. Odwołujący złożyli ofertę najmniej korzystną według kryteriów przyjętych przez Zamawiającego. W złożonym odwołaniu zakwestionowali odrzucenie własnej oferty, nie podnosząc jakichkolwiek zarzutów wobec ofert innych wykonawców, które mogłyby dawać realną szansę na uzyskanie zamówienia (wybór oferty Odwołującego); te zarzuty zostały podniesione w innym odwołaniu, złożonym w sprawie KIO 1142/13, które jednak zostało odrzucone, jako złożone po upływie terminu na kwestionowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie wykluczenia konkurencyjnych wykonawców oraz odrzucenia ich ofert. Zaistnienia przesłanek materialnoprawych, których wymaga przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie uzasadniają przy tym przystąpienia Odwołującego do postępowań odwoławczych wywołanych odwołaniami innych wykonawców – nawet jeśli bowiem przyjąć, że interes Odwołującego realizuje się w tym przypadku poprzez przystąpienie po stronie Odwołujących Asseco Poland SA w Rzeszowie (spr. o sygn. KIO 980/13 oraz KIO 1078/13), oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa

Sistemas w Barcelonie (spr. o sygn. KIO 1073/13), w części w której wymienieni Odwołujący kwestionowali oferty innych, konkurencyjnych wykonawców, to nie obejmuje to oferty złożonej przez Asseco Poland SA w Rzeszowie, której nie zakwestionował ani Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie, ani pozostali Odwołujący. Tym samym, biorąc pod uwagę pozycję Odwołującego w postępowaniu, którego oferta została sklasyfikowana jako najmniej korzystna, ewentualne uwzględnienie zarzutów stawianych przez Odwołującego, przy niezakwestionowaniu innych ofert, nie mogłoby wywołać po stronie Odwołującego realnej szkody. Powyższe determinowało wniosek, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie nie wykazali przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje

przepis art. 179 ust. 1 ustawy, co skutkowało oddaleniem tego odwołania, bez merytorycznego rozpoznania postawionych w nim zarzutów.

III. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA SMT SOFTWARE SA WE WROCŁAWIU I INTRASOFT INTERNATIONAL LUXEMBURG W LUXEMBURGU (spr. o sygn. KIO 1072/13):

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu zakwestionowali odrzucenie ich oferty a także wykluczenie z postępowania, a także zaniechania: wezwania w trybie art. 26 ust. Prawo zamówień publicznych Odwołującego do złożenia wyjaśnień, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołującego do uzupełnienia treści oferty, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez jego niezastosowanie, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - poprzez jego błędne zastosowanie polegające na wykluczeniu z postępowania Odwołującego; art. 24 ust. 4 ustawy - poprzez jego błędne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez jego błędne zastosowanie, i tym samym odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo tego, iż treść tej oferty jest zgodna z treścią SIWZ; art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie oraz zaniechanie jego właściwego zastosowania, i tym samym wybór oferty Qumak SA jako najkorzystniejszej, i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.
W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Qumak SA, nakazania ponownej oceny i badania ofert, wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zakwestionował przyjętą przez Zamawiającego ocenę doświadczenia osób wskazywanych na stanowiska projektowe.
Odwołujący zakwestionował też odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z SIWZ, podając, że to Zamawiający ma obowiązek wykazania niezgodności treści oferty z SIWZ, co nie miało miejsca w nawiązaniu do przytoczonych wyjaśnień argumentujących dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może

wskazywać jednego producenta/dostawcy wymaganej funkcjonalności ze względu na ograniczenie konkurencji np. funkcjonalność produktu wirtualizacji firmy VMWare czy Microsoft, tak więc produkt HP CSE EE, który może realizować wymagane funkcjonalności poprzez połączenie różnych produktów daje pełną gwarancję spełnienia wymaganej funkcjonalności jako produkt złożony, tj. produkt zbudowany z wykorzystaniem innych produktów. Zatem produkt taki spełnia wymagania określone w SIWZ i nie zachodzi przesłanka do odrzucenia Oferty. Zgodnie z SIWZ wypełnienie formularza ofertowego miało polegać na „wypełnieniu *wykazu komponentów zawierającego wyszczególnienie produktów, które zostaną wytworzone lub dostarczone w ramach Zamówienia”* i Oferent dopełnił tej

formalności podając nazwę produktu HP CSE EE. Stwierdzenie o treści „nie *umożliwia Zamawiającemu określenia konkretnych urządzeń, które są oferowane do realizacji zamówienia”* jest nieprawdziwe ponieważ w SIWZ Zamawiający określił dla przedmiotu zamówienia wymagane parametry, co nie może polegać na wskazaniu na konkretne urządzenia jednego producenta. Produkt HP CSE EE jest dostarczany przez dostawcę posiadającego w swojej ofercie produkty stanowiące części wymienionego produktu, spełniające wymagane przez Zamawiającego parametry, co tym samym podkreśla spełnianie przez produkt oferowany przez Odwołującego wymagań Zamawiającego. Poprzez analogię wywodu należy wskazać, iż argumentacja „nie *umożliwia Zamawiającemu określenia konkretnego oprogramowania, które jest oferowane do realizacji zamówienia”* zgodnie z pkt 4 oraz zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi na terenie Unii Europejskiej i Polski, oferent na etapie dostawy ma obowiązek prawny wskazania przenoszonych praw autorskich / udzielanych licencji, co też Odwołujący uczynił, więc nie zachodzi przesłanka do odrzucenia jego oferty. Stwierdzenie o treści „Wyjaśnienia *Wykonawcy wskazują zaś, iż Wykonawca ma dowolność wskazania przedmiotu świadczenia (z zastrzeżeniem spełniania wymagań zamawiającego) w toku realizacji umowy spośród produktów wymienionych wariantowo, co stanowi sprzeczność z pkt 2.9 i 4.3 SIWZ.”* nie jest prawdziwe, ponieważ, Wykonawca wskazał nazwę konkretnego, jednego produktu, a w wyjaśnieniu podał dopuszczalną funkcjonalności poprzez przytoczenie nazw produktów firm trzecich wymienionego produktu, a nie warianty produktu złożonego. Ponadto Odwołujący wskazuje na wyjątkowość, a jednocześnie odmienność rozwiązania zaoferowanego Zamawiającemu, która polega na tym, że Odwołujący dostarcza gotowy produkt - system konsolidacji i centralizacji aplikacji i infrastruktury, który jest platformą natychmiast gotową do użycia i współpracy. Różnica pomiędzy Odwołującym, a pozostałymi oferentami polega na tym, że oferenci dokonują osobno dostawy komponentów sprzętowych, na których następnie "instalują" oprogramowanie, będące przedmiotem zamówienia, a składające się z elementów dotychczasowego systemu i elementów nowych, natomiast Odwołujący oferuje całościowy produkt, jednocześnie

zawierający od razu sprzęt i oprogramowanie - stworzone przez producenta w miejscu wytworzenia, jako funkcjonalna całość. Wszystkie elementy dostarczonego produktu będą zintegrowane i przetestowane na fabryce. Odwołujący oferuje ten produkt na podstawie umowy z dystrybutorem międzynarodowego producenta w zakresie technologii informatycznych.

Biorąc pod uwagę argumentację prezentowaną w odwołaniu, uznano, że stawiane zarzuty nie znalazły potwierdzenia:

[1] w zakresie zarzutów skazujących na bezpodstawność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania, w odniesieniu do osób wskazanych na stanowiska Kierownika Projektu, Głównego Architekta, dwóch Wdrożeniowców uznano, że:

Podkreślenia w pierwszym rzędzie wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 ustawy zakresie, do wydobywania od wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania. Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert.
Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi bowiem, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy na jednakowych

zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub - w przypadku przetargu ograniczonego - na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację

podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania ofert wykaże należytą staranność i przygotuje dokumenty w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem.
Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt analizowanej sprawy, stwierdzenia wymaga, w zakresie osób wskazanych na stanowiska Kierownika Projektu oraz Głównego Architekta oraz Wdrożeniowców wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, składając wymagany Wykaz osób, w którym podano odpowiednie osoby ze wskazaniem, że stanowią one zasób udostępniony przez podmiot trzeci, przy czym nie opatrzył tego Wykazu czytelnym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, o którym traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, pozwalającego na zbadanie, z którego ze złożonych zobowiązań wynika udostępnienie wskazanej osoby.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software

SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu zostali wezwani do wskazania, jaki podmiot udostępnia osobę, a jeżeli nie jest to żaden z podmiotów, którego zobowiązanie zostało dołączone do oferty - do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby kadrowe. W uzupełnionym Wykazie, jako podstawę dysponowania Odwołujący wskazał: „zobowiązanie *podmiotu trzeciego do udostępnienia - CUBE.ITG",* tyle tylko, że oferta Wykonawcy nie zawierała zobowiązania firmy CUBE.ITG do udostępnienia zasobów kadrowych, ani zobowiązania firmy CUBE.ITG nie dołączono do uzupełnionego Wykazu. W ofercie znajdowało się m.in. zobowiązanie Innovation Technology Group SA. Odwołujący powołuje się w tym zakresie na fakt, że powszechnie znaną informacją, szczególnie dla podmiotów działających na tak wąskim rynku usług IT oraz dla Zamawiającego, który prowadząc postępowanie przetargowe dokonuje dokładnej weryfikacji uczestników tego rynku, było wykreślenie z Krajowego Rejestru Sądowego Spółki Innovation Technology Group S.A. z siedzibą we Wrocławiu; w wyniku połączenia spółek: CUBE.ITG S.A. z siedziba we Wrocławiu (spółka przejmująca), Innovation Technology Group S.A.

z siedzibą we Wrocławiu (spółka przejmowana) i CUBE.Corporate Release S.A. z siedzibą w Warszawie (spółka przejmowana) na podstawie art. 492 § 1 kodeksu spółek handlowych z dnia 15 września 2000r. w zw. z art. 516 §6 tego kodeksu po przez przejęcie Innovation Technology Group S.A. i CUBE.Corporate Release S.A. przez CUBE.ITG S.A. oraz przeniesienie całego majątku spółek przejmowanych na spółkę przejmującą na zasadach określonych w planie połączenia uzgodnionym w dniu 14.01.2013 r. uchwałą nadzwyczajnego walnego zgromadzenia akcjonariuszy z 25 lutego 2013 r., Rep. A nr 1258/2013. 29 marca 2013 r. zakończył się proces połączenia spółek CUBE.ITG S.A., CUBE. Corporate Release SA, Innovation Technology Group S.A. pod szyldem CUBE.ITG. Odwołujący podał, że na stronie internetowej firmy CUBE.ITG widnieje informacja o zakończeniu w dniu 29 marca 2013 r. procesie połączenia spółek CUBE. Corporate Release SA i Innovation Technology Group S.A. pod szyldem CUBE.ITG. Jednocześnie firma CUBE.ITG S.A informowała, że wszelkie pisma i dokumenty handlowe od dnia 29 marca 2013 roku należy kierować do podmiotu praw i obowiązków wynikających z wszelkich umów lub czynności prawnych, dokonanych z udziałem spółek CUBE. Corporate Release S.A. oraz Innovation Technology Group S.A., którym jest spółka: CUBE.ITG S.A. Oprócz tego wystarczyło napisać w wyszukiwarce Internetowej kryterium wyszukiwania „Innovation Technology Group S.A." a na pierwszym miejscu pokazuje się CUBE ITG.
Podkreślenia wymaga, że w oparciu o złożone wobec Zamawiającego dokumenty, zasadnym jest wniosek, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw, żadnego punktu zaczepienia, by wnioskować czy odgadywać, że podmiot, co do którego zawarto

w ofercie takie zobowiązanie - Innovation Technology Group SA zmienił formę prawną i nazwę oraz, że jest to CUBE.ITG.
Nie sposób zgodzić się, że tego rodzaju informacja stanowi fakt notoryjny, na co zdaje się wskazywać argumentacja prezentowana przez Odwołującego – nie sposób oczekiwać, by Zamawiający poszukiwał informacji o przekształcenia podmiotu udostępniającego zasób, wcześniej odgadując, że takie zdarzenie miało miejsce. Rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym poinformowanie o ewentualnych tego rodzaju zmianach, jeśli mają znaczenie dla oceny spełnienia warunku.
Z tego względu, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający powinien był wyjaśniać wskazaną kwestię na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dysponował Wykazem osób, w którym wskazano osoby na odpowiednie stanowiska, podano, że zostały one udostępnione przez podmiot trzeci, przy czym złożone zobowiązania wskazywały zupełnie inny podmiot. Trudno w tych okolicznościach dopatrzeć się obowiązku Zamawiającego do takiego działania, jeśli na podstawie złożonych dokumentów nic nie wskazywało na powody takiej zmiany podmiotu trzeciego. Zamawiający miał raczej podstawy do uznania, że wykonawca w sposób niewłaściwy uzupełnił dokumenty, oraz że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób nakładać na Zamawiającego obowiązku domyślności o treści złożonych dokumentów oraz możliwych powodach i kierunkach zawartych w nich błędów, na podstawie tego, czego w dokumentach nie ma.
Stąd Zamawiający, nie mając podstaw do przypuszczania, że w międzyczasie podmiot udostępniający zasoby zmienił formę prawną oraz nazwę a także nie znając tych okoliczności, obowiązany był do uznania, że wykonawca, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentów nie wykazał spełnienia warunku udziału w postepowaniu. To wykonawca, działając w obrocie profesjonalnym, mając wiedzę o złożonych dokumentach oraz okolicznościach i zmianach jakie w jego sytuacji nastąpiły (w tym po stronie podmiotu udostępniającego mu zasoby), będąc w myśl art. 26 ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznym, do wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu, winien wykazać w tym zakresie inicjatywę i zakomunikować Zamawiającemu o zaistniałych zmianach.
Stąd zarzut w odniesieniu do niewłaściwej oceny dokumentów, w zakresie osób wskazanych na stanowiska Kierownika Projektu, Głównego Architekta oraz dwóch wdrożeniowców nie znalazł potwierdzenia.

[2] W zakresie zarzutów, wskazujących na niewłaściwą ocenę dokumentów w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Zastępcy Kierownika Projektu:

Zamawiający postawił co do osoby na stanowisko Zastępcy kierownika Projektu m.in. wymaganie, by kandydat posiadał następujące doświadczenie i kwalifikacje: - ,,w *ciągu ostatnich 3 lat pełnił funkcję Kierownika Projektu lub Zastępcy Kierownika Projektu w co najmniej jednym zakończonym sukcesem (odebranym przez zamawiającego) projekcie polegającym na zaprojektowaniu, wytworzeniu i wdrożeniu systemu informatycznego o budżecie nie mniejszym niż 10 000 000 PLN brutto".*
Odwołujący w ofercie nie wskazał żadnej osoby do roli Zastępcy Kierownika Projektu. Na wezwanie Zamawiającego do złożenia Wykazu osób, potwierdzającego, iż dysponuje osobą spełniającą wymagania określone dla roli Zastępcy Kierownika Projektu, Odwołujący w uzupełnionym pismem z dnia 8 kwietnia 2013r. Wykazie osób wskazał osobę, co do której nie zawarto jednak informacji, że projekt w którym osoba uczestniczyła zakończył się sukcesem (został odebrany przez Zamawiającego).
Bezspornie, z treści przytoczonego warunku wynika obowiązek wykazania się przez wskazywaną osobę doświadczeniem w co najmniej jednym projekcie, który został zakończony sukcesem - odebrany przez Zamawiającego. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby treść zawarta w uzupełnionym wykazie osób: „Okres: *58 miesięcy (do 30.06.2012)"* miała dowodzić odebrania projektu przez zamawiającego. Zgodzić się zatem trzeba w tej mierze z Zamawiającym, iż zapis taki nie dowodzi faktu jaki był wymagany przez Zamawiającego; informacja w nie zawiera wyrażenia „data zakończenia projektu", ani jakiejkolwiek innej wskazówki, która by pozwalała na uznanie, że projekt nie tylko został zakończony z sukcesem, ale że miało to miejsce. Z opisu zawartego w uzupełnionym Wykazie nie wynika, ani że projekt został zakończony, ani że to zakończenie odbyło się „z sukcesem". Stąd zasadnym jest wniosek, że Zamawiający nie mógł uznać takiej informacji za potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

[3] W zakresie zarzutów, wskazujących na niewłaściwą ocenę dokumentów w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Projektanta:

Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem trzema osobami na powyższe stanowisko. Do roli tej Wykonawca wskazał w ofercie dwie osoby. W odniesieniu do brakującej osoby, Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedstawienia jej w uzupełnionym Wykazie. Zamawiający wezwał także Odwołującego do uzupełnienia Wykazu o informacje dotyczące wskazanych dwóch osób, albowiem informacje zawarte w ofercie nie potwierdzały spełnienia wymagań dla roli Projektanta. W uzupełnionym wykazie osób Wykonawca

przedstawił - zgodnie z wymogiem SIWZ - trzy nowe osoby. W wezwaniu z dnia 29 marca 2013r. Zamawiający zawarł przy tym pouczenie o treści: „Zamawiający *wyjaśnia, że Wykonawca może potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu również poprzez podanie dla zaproponowanych osób innych projektów niż dotychczas wykazane, jak również poprzez zaproponowanie na wymienione funkcje innych osób niż wskazane w ofercie. Jednocześnie Zamawiający przypomina, że w przypadku wskazania innych projektów lub innych osób, muszą one spełniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone szczegółowo w ogłoszeniu o zamówieniu / specyfikacji istotnych warunków zamówienia.".*
W oparciu o powyższe, Zamawiający uznał, że trzy osoby ujęte w uzupełnionym Wykazie, zostały podstawione w miejsce uprzednio wskazanych.
Wobec jednej z trzech wymaganych przez Zamawiającego osób na powyższe stanowisko, nie wykazano spełnienia stawianego wymagania: w Wykazie zawarto informację, iż osoba pełniła funkcję projektanta w projekcie „system *informatyczny elektronicznego obiegu dokumentów" oraz: „okres: 1 rok".* Z powyższego wynika, że na podstawie tak dokonanego opisu nie sposób stwierdzić, czy ta osoba pełniła funkcję projektanta we wskazanym projekcie w okresie ostatnich 3 lat. Informacji, dotyczących okresu, kiedy wskazywana osoba pełniła funkcję w Wykazie nie zawarto, a dodanie tej informacji mogłoby nastąpić jedynie w trybie wezwania do uzupełnienia - do czego Zamawiający uprawniony jest tylko raz.
Podkreślenia dalej wymaga, że jakkolwiek, co do zasady, nie ma przeszkody do wzięcia pod uwagę dokumentów złożonych samodzielnie, bez wezwania wystosowanego przez

Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, na co zwracała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach (KIO z 19 marca 2013 r. w spr. KIO 529/13, z dnia 15 czerwca 2013 r. w spr. KIO 1169/11, z dnia 21 maja 2013 r. w spr. KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13), czy też wykraczając poza sugestie zawarte w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów to w takim wypadku wykonawca składając inny, ponad wezwanie, dokument czyni to na własne ryzyko, że odgadując intencje zamawiającego, wychodząc poza wyartykułowane w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu niedoskonałości dokumentu, jaki złożony został w ofercie niewłaściwie wypełni oczekiwanie zamawiającego. Wykonawca może bowiem uznać, że inny niż żądany przez zamawiającego dokument czy oświadczenie, będące w posiadaniu wykonawcy lepiej potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu i złożyć go w miejsce tego, do którego został wezwany. Ryzyko takiego działania obciąża jednak wykonawcę, który może źle odczytać wezwanie zamawiającego i w efekcie złożyć dokument nie odpowiadający wymaganiom zamawiającego, a więc nie potwierdzający spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie wykonawca decydując się na samodzielne określenie sposobu dowodzenia

spełniania warunku udziału w postępowaniu, w przypadku błędu pozbawia się możliwości ponownego skorzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy.
W analizowanym zakresie Odwołujący, będąc uprzednio wezwanym do uzupełnienia Wykazu o jedną brakującą osobę, a także wykazanie doświadczenia pozostałych dwóch osób, wskazując trzy zupełnie nowe osoby, przyjął na siebie ryzyko, że jeśli charakterystyki tych osób nie wypełnią wymaganego w postępowaniu doświadczenia, nie będzie mógł być ponownie wezwanym do uzupełnienia dokumentu. Ze wskazanych wyżej względów, Zamawiający prawidłowo uznał, że jedna z osób nie spełnia stawianego warunku udziału w postepowaniu, nie mógł więc ponownie stosować procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy. Jak podkreśla się w orzecznictwie, wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy może nastąpić tylko raz w toku postępowania. W przeciwnym bowiem wypadku, Zamawiający, przy biernej postawie wykonawcy, stawałby się jego rzecznikiem, wydobywając, do skutku określone, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu dokumenty o oświadczenia. Stoi temu na przeszkodzie realizacja zasady równego traktowania wykonawców w postępowania.
Zgodzić się następnie należało z Zamawiającym, że brak było podstaw do wzięcia pod uwagę również pierwszej ze wskazywanych pierwotnie przez Odwołującego osób. Po pierwsze, Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego dokonał podmiany tej osoby, po drugie – w piśmie z dnia 29 marca 2013 r. Zamawiający podał powody, dla których uznał, że wskazana przez Odwołującego nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, której to oceny Odwołujący na tamtym etapie w żaden sposób nie kwestionował.
Powyższe czyni zarzut podniesiony przez Odwołującego, nieuzasadnionym.

[4] W zakresie zarzutów, wskazujących na niewłaściwą ocenę dokumentów w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowiska Analityka Systemowego:

Zamawiający wymagał czterech osób na stanowiska Analityków Systemowych, stawiając wobec nich szczegółowe wymagania, m.in. w zakresie doświadczenia: ,,c) w ciągu ostatnich 5 lat nabył minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie analizy systemów informatycznych". Do roli tej Odwołujący w Wykazie osób zawartym w ofercie wskazał tylko jedną osobę, a następnie, w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego Wykazie osób przedstawił cztery inne osoby.
Właściwą była ocena Zamawiającego, zgodnie z którą wobec tego, że w uzupełnionym Wykazie zawarto informację, iż dana osoba „posiada *ponad 3 letnie doświadczenie*

w zakresie analizy systemów informatycznych" brak było podstaw do uznania, że podane osoby nabyły swoje doświadczenie ostatnich 5 lat.
Nie sposób też podzielić stanowiska Odwołującego, że potwierdzeniem spełnienia warunku są opisy w Wykazie, dotyczące projektów i że na podstawie ich dat projektów, wynika wymagany termin nabycia doświadczenia. Przeczy temu fakt, że w uzupełnionym Wykazie

okresy realizacji projektów podane zostały z dokładnością do miesięcy.
Wobec jednej ze wskazanych osób, wykazane projekty dotyczą okresów: 05.2011-04.2012 oraz 08.2009 - 09.2010 (przy tym rola w projekcie częściowo dotyczy Analityka systemowego a częściowo Analityka biznesowego) a zatem, nawet uwzględniając pełne okresy miesięcy, w sposób najbardziej życzliwy dla Odwołującego, wykazany został okres 2 lat i 2 miesięcy. Co do drugiej osoby, w Wykazie podano okres marzec 2012 - czerwiec 2013 (przy czym można zakwalifikować wyłącznie doświadczenie nabyte do dnia składania ofert, to jest do 15 marca 2015), a zatem maksymalny okres doświadczenia który można brać pod uwagę w odniesieniu do tego projektu to 12,5 miesiąca. Co do trzeciej osoby w Wykazie podano okres listopad 2010 – obecnie (a więc do dnia składania ofert, to jest do 15 marca 2015), co daje okres 2 lat i 4,5 miesięcy.
Zatem i w tej mierze zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

[5] W zakresie zarzutów, wskazujących na niewłaściwą ocenę dokumentów w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Administratora LAN/WAN:

Podzielono ocenę Zamawiającego, zgodnie z którą i w tym zakresie Odwołujący nie wykazał spełnienia stawianego przez Zamawiającego warunku. Warunek przewidywał wykazanie się przez wykonawcę osobą, która będzie posiadała m.in. następujące doświadczenie i kwalifikacje: „d) *brał udział, jako administrator LAN/WAN, w co najmniej 1 projekcie informatycznym, którego zakres obejmował m.in. instalację i konfiguracje systemu, zasilenie systemu danymi i szkolenia o wartości minimum 1 000 000 PLN brutto".* Do tej roli Odwołujący wskazał w zawartym w ofercie Wykazie osobę, co do której nie podał niezbędnych informacji potwierdzających spełnienie wymagań stawianych treścią warunku, co skutkowało wezwaniem przez Zamawiającego do uzupełnienia Wykazu. W uzupełnionym Wykazie osób Odwołujący przedstawił nową osobę co do której zawarł ogólną informacje, zgodnie z którą brała ona udział w realizacji projektu o nazwie „Modyfikacje *oraz utrzymanie Systemu Informatycznego ARiMR",* przy czym w Wykazie wskazano wartość projektu oraz okres jego realizacji, nie zawarto jednak informacji, czy projekt obejmował zasilenie systemu danymi i szkolenia. Odwołujący w powyższym zakresie wywodzi, że są to niejako informacje

powszechne znane, a w każdym razie takie, które powinny być znane Zamawiającemu - *„Projekt ARiMR jest znany z ogromnej liczby szkoleń i wyzwaniami związanymi z zasilaniem danymi baz danych".* Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Odwołujący w żaden sposób nie potwierdził w uzupełnionym Wykazie, że podany projekt obejmował zasilenie systemu danymi i szkolenia. Nie jest też tak, że Zamawiający, jeśli powziął wątpliwość w powyższym zakresie, zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia treści oferty – jak wskazano na wstępie, sporny Wykaz był przedmiotem wystosowanego przez Zamawiającego wezwania do jego uzupełnienia. Jeśli wykonawca, wezwany do uzupełnienia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wezwaniu temu nie uczynił zadość – ponowne powtarzanie tej procedury należałoby postrzegać jako przejaw nierównego traktowania wykonawców.
Z tego względu ocenę Zamawiającego w powyższym zakresie należało uznać za poprawną.

[6] W zakresie zarzutów, wskazujących na niewłaściwą ocenę dokumentów w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko Eksperta ds. baz danych przestrzennych:

Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem jedną osobą do tej funkcji, stawiając wymaganie wykazania się następującym doświadczeniem i kwalifikacjami: „b) *posiada minimum 5-letnie doświadczenie w zakresie projektowania baz danych GIS oraz znajomość relacyjnych baz danych potwierdzone certyfikatem OCP lub równoważnym".* Zamawiający określił cechy równoważności certyfikatu, wskazując, że za równoważny Zamawiający uznaje certyfikat, który jest:
1) analogiczny co do zakresu z przykładowymi certyfikatami wskazanymi z nazwy dla danej roli, co jest rozumiane jako:
- analogiczna dziedzina merytoryczna wynikająca z roli, której dotyczy certyfikat (np. zarządzanie bazami danych, kompetencje związane z zarządzaniem projektami, testowaniem, administracją bazami danych, programowaniem, etc)

- analogiczny stopień poziomu kompetencji (np. podstawowy, zaawansowany, ekspert),
- analogiczny poziom doświadczenia zawodowego wymaganego do otrzymania danego certyfikatu (np. konieczność wykazania się uczestnictwem w określonej liczbie projektów w danej roli, lub liczba lat pracy w danej roli, etc
2) potwierdzony egzaminem (dotyczy tylko tych ról, których przykładowe certyfikaty muszą być potwierdzone egzaminem).

58

Odwołujący nie wskazał żadnej osoby do roli Eksperta ds. baz danych przestrzennych. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia Wykazu osób potwierdzającego, iż dysponuje osobą spełniającą wymagania określone dla tej roli, w odpowiedzi na co Odwołujący przedstawił osobę, co do której wskazano, iż „posiada *certyfikat producenta oprogramowania Smallworld GIS firmy GE Energy (Zdane egzaminy CST Data Modelling, CST Magik Programming, CST Application Development); zdany egzamin 1Z0-051 Oracle Database lig: SQL Fundamentals I w zakresie programu certyfikacji Oracle)".* Zgodzić się trzeba z Zamawiającym, że zakres certyfikatu OCP (Oracle Certified Professional - certyfikat dla zaawansowanych, dowodzi zaawansowanej wiedzy praktycznej) dotyczy dwóch elementów - programowania i administracji bazami danych. Certyfikat i egzaminy wskazane dla podanej w Wykazie osoby nie obejmują elementu administrowania bazami danych w stopniu zaawansowanym (Oracle Database lig: SQL Fundamentals dotyczy wiedzy w zakresie zapytań SQL, czyli innego zakresu niż administrowanie oraz świadczy o podstawowym stopniu zaawansowania, pozostałe egzaminy CST Data Modelling, CST Magik Programming, CST Application Development dotyczą elementów programowania), a zatem nie spełniają kryterium równoważności dotyczącego analogicznej dziedziny merytorycznej. Na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. Odwołujący przyznał, że certyfikat dotyczący Oracle Database 11G jest certyfikatem dotyczącym baz danych Oracle na poziomie podstawowym.
Pod uwagę należało zatem brać ewentualnie certyfikat Smallworld Core Professional. Ze złożonego na rozprawie przez Odwołującego na powyższą okoliczność wydruku ze strony internetowej GE Energy wraz z jego tłumaczeniem (dokument nr [37]) wynika, że egzamin w zakresie Core Smallworld obejmuje pięć kategorii tematycznych, przy czym wymagany przez Zamawiającego zakres, to jest m.in. administrowanie bazami danych nie został podany w opisie wskazującym na zdane przez wskazaną w Wykazie Odwołującego osobę egzaminy.
Podkreślenia przy tym wymaga, że w świetle wymagań stawianych w postepowaniu, to do wykonawcy należy wykazanie, że wskazana przez niego osoba posiada wymagane kwalifikacje, w tym stosowany certyfikat. To rolą Odwołującego było zatem przekonanie Zamawiającego, odpowiednią charakterystyką zakresu certyfikatu, że wpisuje się on w stawiane w postępowaniu wymagania.
Wykonawca, który zaniechał takiego opisu, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ocena złożonego Wykazu dokonana przez Zamawiającego, wobec uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w powyższym zakresie jest prawidłowa, zaś stawiany w tej mierze zarzut – nie zasługuje na uwzględnienie.

59

---

[7] W zakresie zarzutów, wskazujących na bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ:

Podzielono w pełni dokonaną przez Zamawiającego ocenę oferty złożonej przez Odwołującego.
Jak wskazano na wstępie – w części wstępnej, *Tabela 4* w sposób kompletny miała prezentować oferowane rozwiązanie. Nie ulega także wątpliwości, że, skoro Zamawiający wymagał w niej podania producenta oraz nazwy, modelu oferowanego urządzenia, to oznacza to tyle, że oferowane komponenty, jakie wykonawca zamierzał zastosować do realizacji zadania należało w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy skonkretyzować. Nie bez powodu Zamawiający zastrzegł w części instrukcyjnej tej tabeli, że będzie ona służyła „weryfikacji *zgodności realizacji zamówienia z treścią oferty, w tym w szczególności:*
• *zgodności przedmiotowej (asortymentowej) dostarczonego komponentu z ofertą,*

• *zbieżności przenoszonych praw autorskich i udzielanych licencji z ofertą,*
• *zgodności dostawy danego komponentu z lokalizacją wskazaną w ofercie (podział na węzły),*
• *zgodności cen dostarczonych komponentów z cenami wskazanymi w ofercie."*
Oznacza to tyle, że z treści oferty – zawartości *Tabeli 4* - Zamawiający powinien móc odczytać informacje, jakie komponenty urządzenia, oprogramowanie zostały zaoferowane. Jeśli Odwołujący podał, w większości pozycji tej *Tabeli* ten sam produkt, wskazując następnie, że oferuje jednolite rozwiązanie, oparte na chmurze usług, to zasadnym było powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości, co do tego, czy oferowane rozwiązanie jest zgodne z SIWZ.
Odwołujący, dwukrotnie wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnienia w związku z tym treści oferty, podał m.in., że oferowane rozwiązanie będzie stworzone i skonfigurowane przez producenta jako jedna całość, co trafnie dało podstawę do wnioskowania przez Zamawiającego, że nie składa się z wymaganych komponentów. Wykonawca podał także, że w zawartej z Zamawiającym umowie dookreślone zostaną elementy dotyczące dostaw i usług i to na podstawie tej umowy Zamawiający zweryfikuje zgodność realizacji dostawy z Umową. Trafnie także dostrzegł Zamawiający, że Odwołujący w złożonej ofercie zakładał dla realizacji zamówienia, w sposób alternatywny różne komponenty.

Nie przesądzając zatem o tym, czy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie jest lepsze, bardziej nowatorskie, dostrzeżenia wymaga, że nie odpowiada ono treści SIWZ.
Zamawiający w tym postępowaniu w sposób sztywny i nie znający odstępstw wymagał zastosowania tych komponentów, jakie w sposób określony co do rodzaju „na sztywno" narzucił w *Tabeli 4* – te elementy muszą zatem zostać zastosowane dla opracowania zamawianego systemu. Te elementy musiały także już na etapie oferty zostać skonkretyzowane przez wykonawcę, w sposób wskazujący na ich producenta, nazwę handlową, typ/model.
Treść *Tabeli 4* zamieszczonej w ofercie Odwołującego zasadnie wywołała wątpliwości Zamawiającego, zaś złożone wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości: oferta Odwołującego, wskazując na skonkretyzowanie oferowanych urządzeń dopiero na etapie wykonywania umowy nosi cechy wariantowej, nie pozwala także na realizację celu jakim jest weryfikacja zgodności realizacji zamówienia z treścią oferty, w tym zgodności przedmiotowej (asortymentowej) dostarczonego komponentu z ofertą, zbieżności przenoszonych praw autorskich i udzielanych licencji z ofertą, zgodności dostawy danego komponentu z lokalizacją wskazaną w ofercie (podział na węzły), zgodności cen dostarczonych komponentów z cenami wskazanymi w ofercie.
Powyższe nakazuje uznać ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu za nieodpowiadającą treści SIWZ, zaś oceną dokonaną przez Zamawiającego – za znajdującą umocowanie w treści *Tabeli 4* oraz złożonych wyjaśnieniach oferty.

IV. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŻONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW SIĘ O SYGNITY SA WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH UDZIELENIE ZAMÓWIENIA W WARSZAWIE, OCHRONY SPÓŁKĘ ENIGMA SYSTEMY INFORMACJI Z OGRANICZONĄ W COMP SA WARSZAWIE, ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W WARSZAWIE, ADASA SISTEMAS SA W BARCELONIE (spr. o sygn. KIO 1073/13):

Odwołujący zakwestionował zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Qumak SA w Warszawie, jako niezgodnej z SIWZ, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy; art. 8 ust. 1 i 2 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie Qumak SA w Warszawie informacji: części formularza ofertowego w pkt 4 (tabela *4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie"),* tj. kolumn: „nazwa handlowa/deklaracja opracowania programu" i „oznaczenie i wersja" (na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. powyższy zarzut

został wycofany) oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób

naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy. Odwołujący, w zakresie podtrzymanego zarzutu, wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Qumak SA w Warszawie jako niezgodnej z SIWZ, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że postanowienia SIWZ w jednoznaczny sposób wskazują, iż w ramach przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał dostarczenia licencji grupowej na oferowane oprogramowanie biurowe, tak aby Zamawiający w ramach zakupionej licencji miał możliwość dalszego przekazywania licencji pojedynczych innym jednostkom organizacyjnym. Jakkolwiek Qumak (zdaniem Odwołującego, w sposób nieuzasadniony) zastrzegł w pkt 4 Formularza ofertowego producenta i nazwę handlową oferowanego oprogramowania, to analiza dostępnego na rynku oprogramowania spełniającego wymagania Zamawiającego, pozwala na ustalenie, iż producentem oprogramowania oferowanego przez Qumak jest firma Microsoft. W aktualnej ofercie tego producenta, program licencjonowania grupowego umożliwiający udzielanie sublicencji innym jednostkom organizacyjnym i spełniający określone w SIWZ wymagania Zamawiającego to Program Licencyjny Select Plus. Zgodnie z informacjami producenta (powszechnie dostępnymi, jak również uzyskanymi na zapytanie skierowane bezpośrednio do przedstawiciela Microsoft Polska), Program Licencyjny Select Plus (Microsoft Select License) jest dostępny za pośrednictwem kanału autoryzowanych partnerów firmy Microsoft posiadających status partnerski zwany LAR - Large Account Resellers. Status partnerski LAR jest przyznawany wybranym przedsiębiorstwom działającym na danym rynku lokalnym. Tylko jego posiadanie, na podstawie zawieranej indywidualnie między partnerem i Microsoft umowy, uprawnia do sprzedaży ostatecznemu użytkownikowi (w tej sytuacji - Zamawiającemu) licencji oprogramowania uprawniającej go do dalszego przekazywania pojedynczych licencji oprogramowania innym jednostkom organizacyjnym. Lista podmiotów posiadających ww. status LAR na terenie Polski jest informacją jawną, dostępną na oficjalnej stronie internetowej Microsoft, pod adresem: http://www.microsoft.com/poland/lar/. Na liście tej nie znajduje się Qumak S.A., który ponadto w niniejszym postępowaniu składa ofertę samodzielnie, nie zaś jako członek konsorcjum utworzonego wspólnie z którymkolwiek z autoryzowanych partnerów Microsoft posiadających status LAR. Również z informacji uzyskanych bezpośrednio od producenta wynika, iż partnerami o statusie LAR są tylko i wyłącznie następujące podmioty: A.P.N. Promise S.A., Asseco Poland S.A., Betacom SA ComArch S.A., COMPAREX Poland member of Comparex Group Consortia Sp. z o.o., Dell Polska, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., Insight Technology Solutions GmbH Integrit

Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., SoftwareONE Polska Sp. z.o.o., Sygnity S.A., TALEX S.A. Z powyższych faktów wynika, iż Qumak nie posiadając statusu autoryzowanego partnera firmy Microsoft, nie jest uprawniony do sprzedaży programu licencyjnego typu Select, który odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Zastrzeżenie wskazanej informacji, w tym przypadku nieuprawnione, uniemożliwia ostateczne potwierdzenie powyższego zarzutu samodzielnie przez Odwołującego. Możliwością taką, w przypadku podtrzymania zastrzeżenia jawności Formularza ofertowego, dysponują jednakże skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej i Zamawiający. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, iż zaoferowanie przez Qumak innego oprogramowania niż oprogramowanie typu Select lub też oświadczenie o zaoferowaniu wskazanego programu licencjonowania grupowego bez możliwości jego autoryzowanej odsprzedaży, oznacza, iż wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego. Niezgodność oferty z treścią SIWZ stanowi, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, samodzielną podstawę dla odrzucenia oferty Qumak.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie oraz uzasadniającą je argumentację, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

Zamawiający w pkt W 185 Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (str.110), wskazał iż: „Oprogramowanie: *Pakiet biurowy dostarczony wraz z komputerem stacjonarnym spełniający grupę wymagań GW 37. Oferowany pakiet biurowy musi być dystrybuowany na podstawie licencji grupowej umożliwiającej swobodne przenoszenie zakupionych przez Zamawiającego licencji oprogramowania na inne komputery oraz umożliwiać przekazanie pojedynczych licencji oprogramowania innym jednostkom organizacyjnym".* We wzorze umowy (zał. B do SIWZ), Zamawiający podał, w § 13 ust. 13.10: „licencja, *o której mowa w ust. 13.6 oraz 13.8 Umowy, będzie uprawniała Zamawiającego (i Użytkowników Systemu) do korzystania z Oprogramowania: a) do którego Wykonawca posiada pełne prawa majątkowe autorskie, w tym prawo do udzielenia licencji, b) do którego (elementów) majątkowe prawa autorskie posiadają osoby trzecie; Wykonawca oświadcza. że posiada prawo do udzielania licencji/sublicencji na te składniki Oprogramowania lub gwarantuje udzielanie licencji na nie przez osoby trzecie, o których mowa powyżej, na czas obowiązywania licencji Oprogramowania, w zakresie określonym w Umowie."*

Odwołujący upatruje niezgodności oferty Qumak SA w Warszawie z SIWZ w oparciu o tezę, że jedynie oprogramowanie Microsoft spełnia wymagania stawiane treścią SIWZ, zatem wykonawca musi oferować jedno z wskazanych oprogramowań tego producenta, przy czym, jeśli wykonawca ten nie uczestniczy w programie partnerskim Select Plus prowadzonym przez Microsoft (w tym uczestniczy piętnaście podmiotów, których wykaz ze strony internetowej powadzonej przez Microsoft Odwołujący złożył – dowód nr [12]), to oznacza to ofertę nieodpowiadającą SIWZ.
Podkreślenia jednak wymaga, że oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia – tu: dostawy określonego, spełniającego postawione przez Zamawiającego wymagania przedmiotu – w przyszłości. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Rozważanie złożonej przez wykonawcę deklaracji, wbrew jej treści wyrażonej w *Tabeli 4,* w istocie sprowadza się do odgadywania intencji wykonawcy zaoferowania przedmiotu niegodnego z SIWZ na podstawie nie wyartykułowanych w ofercie okoliczności. Przypomnienia wymaga, że w sprawie mamy do czynienia z ofertą kierowaną w konkretnym postępowaniu, zaś samo oświadczenie o oferowanym przedmiocie ma znaczenie oświadczenia o charakterze zobowiązaniowym, składanym w warunkach konsekwencji wynikających z umowy, w tym kar umownych czy nawet odstąpienia od umowy. Poszczególni wykonawcy składając tego rodzaju oświadczenia, czynić to muszą z uwzględnieniem konsekwencji o charakterze umownym, w tym dolegliwości związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Niezgodność dostarczonego przedmiotu z SIWZ, dostrzeżona na etapie wykonania umowy musi skutkować nałożeniem przewidzianych w SIWZ oraz przepisach prawa cywilnego sankcji. Przez ten pryzmat muszą być także

rozpatrywane oświadczenia zawarte w ofercie. Postępowanie o zamówienie publiczne stanowi bowiem mechanizm służący wyborowi wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa, co z perspektywy Zamawiającego sprowadza się do analizy oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonania zamówienia w sposób zaprezentowany w postępowaniu.

Zatem to oświadczenie, wyrażone w odpowiednim formularzu (zwyczajowo stosowane formularze cenowe, asortymentowe), dopełnione – w sytuacjach gdy Zamawiający tego wymagał o materialne elementy składające się na tę ofertę (próbki, karty katalogowe, opisy) - ma kluczowe znaczenie dla oceny oferty.
Podkreślenia dalej wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje niezgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ – przeciwnie, odgadując, że musi to być produkt z gamy produktów firmy Microsoft – bo tylko taki odpowiada wymaganiom SIWZ, podaje, że wykonawca Qumak SA w Warszawie, nie uczestnicząc w programie Select Plus i nie posiadając statusu Large Account Reseller nie jest uprawniony do oferowania licencji z prawem ich dalszego przekazania innym jednostkom.
Uznaniu powyższego stanowiska za trafne stoją na przeszkodzie następujące okoliczności:
- po pierwsze - fakt, że w razie oferowania określonego przedmiotu mamy do czynienia z oświadczeniem woli, zobowiązaniem się do spełnienia określonego świadczenia, w czasie, miejscu i na warunkach określonych przez zamawiającego. Oznacza to, że to oświadczenie, jeśli w zakresie oferowanego przedmiotu koresponduje z wymaganiami Zamawiającego (w analizowanej sprawie Odwołujący nie tylko nie stawia tezy, że oferowane licencje nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, ale przeciwnie – swoją argumentację odnosi do odgadywanych licencji Microsoft, zakładając że są to licencje zgodne z SIWZ), nie może być uznane za niezgodne z SIWZ w oparciu o przypuszczenia i spekulacje, że wykonawca, w momencie zaktualizowania się obowiązku ich dostarczenia, nie będzie posiadał stosownego tytułu do ich sprzedaży. Jeśli wykonawca zobowiązuje się do spełnienia określonego świadczenia, i to świadczenie spełnia wymagania zamawiającego, trudno zakładać niezgodność oferty z SIWZ. Nie mamy tu do czynienia ze świadczeniem obiektywnie niemożliwym, i takiego też twierdzenia Odwołujący nie stawia (choć treść zarzutu i potwierdzająca go argumentacja zdaje się zmierzać raczej do wykazania, nie że przedmiot świadczenia jest niezgodny z SIWZ, ale że Qumak SA w Warszawie nie może go skutecznie zaoferować).
W tych okolicznościach, sprowadzenie kwestii oświadczenia woli – zobowiązania się wykonawcy do określonego świadczenia do sfery faktu, wobec którego strony wykazały inicjatywę dowodową składając różne oświadczenia, wydruki z internetu, umowy dotyczące programu Select Plus, wydaje się niewłaściwe. Oświadczenie woli jest deklaracją na

przyszłość i - jeśli nie nosi cech nierealnego, obiektywnie niemożliwego, odpowiadającego przy tym treści SIWZ – nie sposób go rozpatrywać przez pryzmat podstawy do odrzucenia oferty, o której stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
- po drugie – nawet jeśli zgodzić się z tezami prezentowanymi przez Odwołującego oraz wykonawcami, którzy przystąpili po jego stronie, że tylko podmiot uczestniczący w programie Select Plus mógłby dostarczyć Zamawiającemu sporne licencje, nie sposób wyłączyć takiej sytuacji, że wykonawca, na moment dostawy, taki status będzie posiadał. Odwołujący oraz Przystępujący po jego stronie zdają się całkowicie zapominać, że ofertę stanowi zobowiązanie się wykonawcy do spełnienia świadczenia – tu: dostawy licencji, które mogą być przenoszone na dalsze podmioty – co będzie miało miejsce w przyszłości. Na moment składania oferty wykonawca musi mieć zdolność do realizacji zamówienia, zgodnie z jego zakresem, wyrażaną jego własnymi możliwościami, co jednak nie jest tożsame z posiadaniem już gotowego przedmiotu czy jego składowych do dyspozycji. Jeśli więc wykonawca zobowiązał się do dostarczenia określonego przedmiotu, i ten przedmiot odpowiada treści SIWZ, nie sposób spekulować, że wykonawca nie dostarczy go w terminie, jaki wynika z porozumienia umownego łączącego go z Zamawiającym;
- po trzecie - Odwołujący oraz Przystępujący po jego stronie wykazywali, że skoro Qumak SA w Warszawie nie jest uczestnikiem programu Partnerskiego Select Plus, nie posiada statusu Large Account Reseller, to nie może przenieść na Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia licencji do oprogramowania biurowego, które by mogło być dalej przekazywane podległym jednostkom. Wbrew jednak tym twierdzeniom, nawet jeśli wykonawca Qumak SA w Warszawie dostarczyłby sporne licencje, nabywając je uprzednio od podmiotu posiadającego status Large Account Reseller i uczestniczącego w programie Select Plus (na rozprawie uczestnicy, hipotetycznie, utożsamiali taką sytuację z podwykonawcą, co raczej powinno odnosić się do poddostawcy), nie ma przeszkód do takiego pomiędzy podmiotem ukształtowania stosunku prawnego uczestniczącym

w spornym programie a Zamawiającym, że zostaną skutecznie, w sposób czyniący zadość również wszystkim wymaganiom rachunkowym i podatkowym, przeniesione prawa z tego tytułu na Zamawiającego;
- po czwarte wreszcie – nie sposób wyłączyć, że wykonawca oferujący przedmiot, co do którego jego producent stosuje pewne praktyki sprzedaży, zawrze stosowne porozumienie, na mocy którego, niezależnie od stosowanych zwykle praktyk rynkowych (eksponowane przez strony umowy w programie Select Plus i reglamentowanie podmiotów uprawnionych do sprzedaży licencji z prawem do ich dalszego przenoszenia) uzyska możliwość oferowania takich licencji. W warunkach gospodarki rynkowej, opartej na zasadzie swobody umów (art. 353^1 Kc) zakładanie, że takie porozumienie nie jest możliwe i wnioskowanie na tej podstawie

o niezgodności oferty z SIWZ, nie zasługuje na zrozumienie.
Bez znaczenia dla oceny treści oferty przez pryzmat jej zgodności z SIWZ jest rozważanie, w jaki sposób wykonawca uzyska możliwość nabycia spornych licencji i przeniesienia ich na Zamawiającego: istotne jest, że w sposób prawnie skuteczny zobowiązał się wobec Zamawiającego do dostarczenia takich licencji, a także że nie jest obiektywnie niemożliwym ich uzyskanie przez Qumak SA w Warszawie i zaoferowanie Zamawiającemu na warunkach wymaganych w treści SIWZ. Nie oznacza to także, wbrew stanowisku prezentowanemu na rozprawie w dniu 24 maja 2013 r. przez Odwołującego, że wykonawca Qumak SA w Warszawie próbuje Zamawiającemu *sprzedać produkt obarczony wadą prawną w rozumieniu art. 556 § 2 Kc; w takiej sytuacji sprzedawca jest zwolniony z odpowiedzialności wobec Zamawiającego, jeżeli ten wie o wadzie.*
Złożone przez Odwołującego oraz Przystępujących po jego stronie wykonawców różnego rodzaju umowy partnerskie w systemie Select Plus, oświadczenia zasadach funkcjonowania sprzedaży w ramach tego systemu potwierdzają jedynie pewne praktyki rynkowe firmy Microsoft, pewne relacje łączące różne podmioty z tą firmą, nie przekonują jednak o tym, co jest istotne, a mianowicie, że wykonawca Qumak SA w Warszawie nie dostarczy Zamawiającemu właściwych, zgodnych z wymaganiami stawianymi w postępowaniu licencji. Każdy z tych dowodów potwierdza jedynie to, co z niego wynika: przykładowo, że określony podmiot ma w określony sposób ukształtowane relacje z firmą Microsoft, że podmiot ten stosuje określone wzorce umowy. Nie oznacza to jednak, że wykonawca nie nabędzie licencji pozwalających na ich dalsze przenoszenie, do czego zobowiązał się wobec Zamawiającego w złożonej ofercie.
Ponadto, można się zastanawiać w tym miejscu, czy właściwe jest sprowadzanie do sfery faktu oświadczenia woli wykonawcy o zobowiązaniu się dostarczenia określonego przedmiotu, które to oświadczenie nie nosi cech nierealnego czy dotyczącego świadczenia niemożliwego oraz prowadzenie procesu dowodowego nie na okoliczność określonego faktu, ale skierowanego przeciwko oświadczeniu o charakterze zobowiązaniowym.
Stąd, przykładowo twierdzenia, że wykonawca Qumak, nie posiadając statusu autoryzowanego partnera firmy Microsoft, nie jest uprawniony do sprzedaży programu licencyjnego typu Select, który odpowiada wymaganiom Zamawiającego, a także że zaoferowanie przez Qumak innego oprogramowania niż oprogramowanie typu Select lub też oświadczenie o zaoferowaniu wskazanego programu licencjonowania grupowego bez możliwości jego autoryzowanej odsprzedaży, oznacza, iż wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego (podlegającą – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawo zamówień publicznych - odrzuceniu), należało uznać za niewystarczające dla

wykazania, że takie produkty nie zostaną dostarczone. Odwołujący nie tylko nie wykazał, że oferowane licencje nie odpowiadają treści SIWZ, a wręcz przeciwnie – opierał zarzut o założenie, że nieznane mu z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa tych informacji, licencje odpowiadają SIWZ, lecz wykonawca Qumak SA w Warszawie nie może dokonywać skutecznego rozporządzenia nimi w sposób pozwalający na dalsze ich przenoszenie na jednostki podległe wobec Zamawiającego. W analizowanej sprawie, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych zarzutów Odwołujący, obowiązkowi wykazania ich zasadności, nie sprostał.

V. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCĘ ASSECO POLAND SA W RZESZOWIE (spr. o sygn. KIO 1078/13):

Odwołujący złożył odwołanie, wobec:

1. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ze względu na fakt, iż oferty złożone przez następujących wykonawców: Comarch S.A., konsorcjum firm SMT Software S.A. i Intrasoft International S.A., Qumak S.A., konsorcjum firm Sygnity S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Adasa Sistemas S.A., COMP S.A. zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm Ericpol Sp. z o.o., GISPartner Sp. z o.o., APN Promise S.A. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8) i pkt 1) i *2)* ustawy, ze względu na fakt, iż oferta Konsorcjum Ericpol została podpisana przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji,
3. ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania Konsorcjum Ericpol w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia pełnomocnictwa,
4. objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa korespondencji wystosowanej do wykonawców w zakresie wyjaśnień treści oferty w zakresie punktów formularza ofertowego: *3. „Tabela kalkulacji ceny" i 4. „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie",* pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez

następujących wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum firm S&T Services Polska Sp. z o.o. i Action S.A., Konsorcjum firm Unizeto Technologies S.A. i NTT System S.A., Comarch S.A., Konsorcjum SMT, jako niejawnych wyjaśnień treści oferty w zakresie punktów formularza ofertowego: *„Tabela kalkulacji ceny" i 4. „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie",* pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

6. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy ze względu na fakt, iż treść ofert złożonych przez następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T, nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy w zakresie warunków przekazania majątkowych praw autorskich,
7. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* ze względu na fakt, iż następujących wykonawcy: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T, wielokrotnie odpłatnie w swoich ofertach zaoferowali przeniesienie tych samych majątkowych praw autorskich do programu komputerowego na rzecz Zamawiającego,
8. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, w związku z art. 64 ustawy *o prawie autorskim i prawach pokrewnych* oraz art. 387 § 1 *kodeksu cywilnego* w rozumieniu przepisów o pierwotnej niemożności świadczenia, ze względu na fakt, iż następujących wykonawcy: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T, wielokrotnie odpłatnie w swoich ofertach zaoferowali przeniesienie tych samych majątkowych praw autorskich do programu komputerowego na rzecz Zamawiającego,
9. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum Sygnity na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy ze względu na fakt, iż Konsorcjum Sygnity nie wykazało spełniania warunków

udziału w postępowaniu,

10. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Qumak S.A. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3

69

Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* ze względu na fakt, iż Qumak S.A. zaoferował programy komputerowe, do których mają być przekazane majątkowe prawa autorskie, poniżej kosztów wytworzenia,

11. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Qumak S.A. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na fakt, iż Qumak S.A. nie zaoferował programów komputerowych, do których mają być przekazane majątkowe prawa autorskie, dla etapów 4 Wdrożenie Pilotażowe Systemu i 5 Wdrożenie Produkcyjne Systemu, które były wymagane przez SIWZ, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy,
12. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Qumak S.A. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na fakt, iż Qumak S.A. zaoferował dostawy oprogramowania standardowego w terminach niezgodnych z SIWZ, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy,
13. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Qumak S.A. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) i 6) ustawy ze względu na fakt, iż Qumak S.A. zaoferował dostawy sprzętu komputerowego poniżej kosztów wytworzenia/zakupu, a oferta w tym zakresie zawiera błąd w obliczeniu ceny,
14. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt *2)* ustawy ze względu na fakt, iż treść ofert złożonych przez następujących wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum S&T, Konsorcjum Unizeto, Comarch S.A., nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanej platformy wirtualizacyjnej, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy.
15. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy ze względu na fakt, iż treść ofert złożonych przez następujących wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum S&T, Konsorcjum Unizeto, Comarch S.A., Konsorcjum SMT, nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanego oprogramowania do tworzenia kopii zapasowych i archiwizacji danych, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy.

70

Odwołujący zarzucił:

1. niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Qumak S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. oceny złożonych przez następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak SA, Konsorcjum Sygnity, na podstawie art. 90. ust. 1 ustawy wyjaśnień zgodnie z przepisami ustawy;
3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak SA, Konsorcjum Sygnity, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś w/w wykonawcy nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. *2* - 3 ustawy,
4. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8) i pkt 1) i 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ericpol, pomimo iż oferta ta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji,
5. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy poprzez

zaniechanie wezwania Konsorcjum Ericpol do uzupełnienia pełnomocnictwa,

6. 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 o art. 86 ust. 4 ustawy, poprzez objęcie przez Zamawiającego tajemnicą przedsiębiorstwa korespondencji wystosowanej do wykonawców w zakresie wyjaśnień treści oferty w zakresie punktów ofertowego: *3. „Tabela kalkulacji ceny"* formularza *i „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie",* pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
7. 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 o art. 86 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez następujących wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum S&T, Konsorcjum Unizeto, Comarch S.A., Konsorcjum SMT, jako niejawnych wyjaśnień części ofert ww. wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa)w zakresie punktów formularza ofertowego: *„Tabela kalkulacji ceny" i 4. „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie",* pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

8. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T, pomimo iż treść ofert złożonych przez w/w wykonawców nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy,
9. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, w związku z art. 3 ust. 1 ustawy *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,* poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T, pomimo iż wykonawcy ci wielokrotnie odpłatnie w swoich ofertach zaoferowali przeniesienie tych samych majątkowych praw autorskich do dzieła na rzecz Zamawiającego,
10. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, w związku z art. 64 ustawy *o prawie autorskim i prawach pokrewnych* oraz art. 387 § 1 *kodeksu cywilnego,* poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Konsorcjum Sygnity, Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T, pomimo iż w/w wykonawcy wielokrotnie odpłatne w swoich ofertach zaoferowali przeniesienie tych samych majątkowych praw autorskich do dzieła na rzecz Zamawiającego,
11. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sygnity z postępowania, pomimo iż Konsorcjum Sygnity nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,
12. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,* poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak S.A., pomimo iż Qumak S.A. zaoferował programy komputerowe, do których mają być przekazane majątkowe prawa autorskie, poniżej kosztów wytworzenia,
13. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak S.A., pomimo iż Qumak S.A. nie zaoferował programów komputerowych, do których mają być przekazane majątkowe prawa autorskie, dla etapów 4 Wdrożenie Pilotażowe Systemu i 5 Wdrożenie Produkcyjne Systemu, które były wymagane przez SIWZ,
14. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak S.A., pomimo iż Qumak S.A. zaoferował dostawy oprogramowania

standardowego w terminach niezgodnych z SIWZ,
15. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) i 6) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak S.A., pomimo iż Qumak S.A. zaoferował dostawy sprzętu komputerowego poniżej kosztów wytworzenia/zakupu, a oferta w tym zakresie zawiera błąd w obliczeniu ceny,
16. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum S&T, Konsorcjum Unizeto, Comarch S.A., pomimo iż treść tych ofert nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanej platformy wirtualizacyjnej, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy.
17. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A., Konsorcjum S&T, Konsorcjum Unizeto, Comarch S.A., Konsorcjum SMT, pomimo iż treść tych ofert nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanego oprogramowania do tworzenia kopii zapasowych i archiwizacji danych, a sprzeczność ta nie jest omyłką podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy.

W oparciu o postawione zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownej oceny ofert,
4. odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy ofert złożonych przez następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak SA, Konsorcjum Sygnity.
5. odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 1) i 2) ustawy oferty złożonej przez Konsorcjum Ericpol,
6. zostrożności procesowej - wezwania Konsorcjum Ericpol do uzupełnienia pełnomocnictwa,
7. odtajnienia (ujawnienia) korespondencji w zakresie wyjaśnień treści ofert w zakresie punktów formularza ofertowego: *3. „Tabela kalkulacji ceny" i 4. „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie"* zastrzeżonej przez Zamawiającego i wykonawców, o (ujawnieniu) zawiadomienia Odwołującego odtajnieniu ww. dokumentów oraz udostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów,
8. odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy ofert następujących

wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T.
9. odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ofert następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T,
10. odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy, w związku z art. 64 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz art. 387. § 1 kodeksu cywilnego ofert następujących wykonawców: Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T,
11. odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy oferty Qumak S.A.,
12. wykluczenia Konsorcjum Sygnity z postępowania,
13. dokonanie wyboru oferty Asseco Poland S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Uznano, że stawiane w odwołaniu zarzuty nie znalazły potwierdzenia z następujących powodów:

[1] w zakresie zarzutów dotyczących podstawy do odrzucenia ofert Comarch S.A. w Krakowie, Konsorcjum SMT; Qumak SA w Warszawie oraz Konsorcjum Sygnity, z uwagi na rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych):

Po pierwsze, jak wskazano wyżej (pkt III [1] str. 12-14 uzasadnienia), zarzut w kształcie i treści, jak postawiony w niniejszym postępowaniu, to jest odnoszący się do domniemywanej, pozytywnej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawców, podczas gdy takich wyjaśnień w ogóle nie złożono (Zamawiający do nich nie wzywał), nie mógł być brany pod uwagę. Także przypisane mu żądanie odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, wobec braku ewentualnego wezwania do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie mogłoby być uwzględnione. Skoro Odwołujący nie postawił żądania wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i odpowiadającej mu argumentacji, nakierowanych na wykazanie, że ocena ofert wymienionych czterech wykonawców była przedwczesną, bez zbadania poprawności kalkulacji ceny, nie można było podzielić zarzutów i ich uzasadnienia, odnoszących się do obowiązku uznania cen ofert

wymienionych wykonawców za zawierających rażąco niską cenę. Orzeczenie o powyższym – za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12 – stanowiłoby wyjście poza zakres stawianych zarzutów, czemu sprzeciwia się art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Mając na względzie powyższe wytyczne stawiane przez orzecznictwo sądowe, uznano, że nie można przyjąć rozszerzającego traktowania pojęcia zarzutu w odniesieniu do zarzutów, jakie zostały podniesione w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie w spr. KIO 1078/13, wskazujących wyłącznie na podstawę do odrzucenia ofert wskazywanych wykonawców w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś na konieczność dokonania czynności wezwania wykonawców przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący stawiany zarzut wyraźnie odniósł do obowiązku odrzucenia ofert wykonawców, wobec odgadywanego przez siebie złożenia przez tych wykonawców wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, na co wskazuje zarzut w pkt 2 i 3 odwołania (jego str. 4 in fine oraz 5): *„2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie PZP, tj. oceny złożonych przez następujących wykonawców: 1) Comarch S.A., 2) Konsorcjum SMT, 3) Qumak SA, 4) Konsorcjum Sygnity, na podstawie art. 90. Ust. 1 Ustawy wyjaśnień zgodnie z przepisami Ustawy; 3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy w, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert następujących wykonawców: 1) Comarch S.A., 2) Konsorcjum SMT, 3) Qumak SA, 4) Konsorcjum Sygnity, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś w/w wykonawcy nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 2 - 3 Ustawy.”*
Ponadto, znamienne jest tłumaczenie tego Odwołującego wyartykułowane na rozprawie w dniu 4 czerwca 2013 r. (str. 5 protokołu z tej rozprawy), który wskazywał, że złożył odwołanie *„wychodząc z założenia, że Zamawiający wyczerpał tryb wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”* a także: „zaniechanie *Odwołującego w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wynikało z przeświadczenia Odwołującego, że Zamawiający wezwał do takich wyjaśnień, które to przeświadczenie wynikało z tego, że Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień, jednocześnie treść tych wezwań nie była znana”* (str. 7 protokołu z rozprawy z 4 czerwca 2013 r.).
Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że wyjaśnienie przez Zamawiającego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy jest samodzielną, odrębną czynnością w postępowaniu, inną zaś czynnością jest podejmowana

w konsekwencji oceny tych wyjaśnień decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jednoznacznie co do tego wypowiedział się Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12, uznając, że wykraczającym poza podniesione zarzuty wskazujące na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy było uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że cena w ofercie wykonawcy jest rażąco niska na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, co do których odwołujący

w danym postępowaniu nie postawił zarzutów, a wręcz przyznał, że nie było mu wiadomym, że takie wyjaśnienia złożono. Sąd wyraźnie podał, że: *„Najistotniejszym, zdaniem Sądu Okręgowego jest fakt, że odwołanie Infostrategii wobec złożenia przez Konsorcjum Itmed wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. winno sprowadzać się już nie do wykazania, że cena oferty Konsorcjum Itmed jest rażąco niska, a do wykazania jedynie nieprawidłowej oceny przez zamawiającego złożenia wyjaśnień. Na tym etapie postępowania przedmiotem zainteresowania może być jedynie dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień dotyczących ceny – czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Odwołanie złożone przez Infostrategię nie zawiera żadnego odniesienia się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Itmed. Podniesione w nim ogólnikowe zarzuty dotyczą rażąco niskiej ceny w kontekście braku wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p."* W zakresie zarzutu stawianego w tej mierze przez Asseco Poland SA w Rzeszowie w spr. KIO 1078/13 mamy do czynienia z odwrotną sytuacją – Odwołujący zakładał, że wskazywani przez niego wykonawcy złożyli wyjaśnienia, wręcz odgadywał, że takie wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawcy złożyli, podczas gdy nie miało to miejsca.

Zaniechania odniesienia się przez Odwołującego do obowiązku Zamawiającego do wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy) oraz postawienia zarzutu naruszenia tego przepisu nie może tłumaczyć fakt nieudostępnienia przez Zamawiającego takich wyjaśnień. Po pierwsze – nic nie stało na przeszkodzie, by taki zarzut postawić z tzw. „ostrożności procesowej", co jest praktyką relatywnie często spotykaną w takich sytuacjach. Po drugie – nie sposób dać wiary tezie, jakoby Odwołujący miał mieć przekonanie o złożeniu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przez dokładnie czterech wykonawców wskazanych w swoim odwołaniu, na tej podstawie że „oferty *czterech wykonawców są na poziomie około 65% budżetu Zamawiającego, nie jest więc zrozumiałe, dlaczego Zamawiający nie wystąpił o te wyjaśnienia."* (str. 5 protokołu z rozprawy z 4 czerwca 2013 r.), podczas gdy różnica w cenie ostatniej z tych ofert i ceny oferty Odwołującego nie jest na tyle

znacząca (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Adasa Sistemas Sa w Barcelonie, Comp SA w Warszawie - 63 947 205,04 zł; Odwołujący - Asseco Poland SA w Rzeszowie - 71 940 503,63 zł), by Odwołujący w sposób miarodajny mógł przewidzieć, że właśnie dokładnie czterej wymienieni przez niego wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący Asseco Poland SA w Rzeszowie w spr. KIO 1078/13 postawił wyłącznie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest zaniechania odrzucenia ofert czterech wykonawców, ze względu na to, że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwentnie, Odwołujący stawiając jedynie ten zarzut, postawił skorelowane z nim żądanie odrzucenia ofert wykonawców Comarch SA w Krakowie; Qumak SA w Warszawie; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Adasa Sistemas Sa w Barcelonie, Comp SA w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy (str. 7 in fine – 8 odwołania). Odwołujący nie wyartykułował żądania wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, a to wezwanie jest przecież czynnością poprzedzającą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Po drugie, niezależnie od powyższego, dostrzeżenia wymaga artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską cenę. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot

zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Nie można także - co przeczyłoby zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo"). Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia.

77

Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe wskazywało, że: *„ustawa „prawo zamówień publicznych" nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena" ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie".* (Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08, wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09), że: *„Pojęcie „rażąco niska cena" nie jest zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 („Transporoute") i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo")".* Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09). Nie wolno bowiem zapominać, że: *„zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie"* (wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).
Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, po pierwsze, podkreślenia wymaga, że samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia (78.825.936,55 zł), nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert i uznać, że zostały niewłaściwie skalkulowane. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym

78

---

konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego – ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest - z perspektywy wykonawcy - konkurowanie ceną. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. Istotne jest czy, ceny złożonych w postępowaniu ofert mają

charakter realnych, pozwalających za nie wykonać zamówienie. Powyższe powinno odnosić się nie tyle do wartości szacunkowej, co do cen oferowanych na rynku.
Po drugie, lektura dokumentów postępowania, pozwala na spostrzeżenie, że rozpiętość cen ofert złożonych w postępowaniu nie jest znacząca. Nie sposób pomijać okoliczności, że w sprawie mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia o charakterze usługowym, w którym znaczącą część kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowi koszt pracy ludzkiej. Koszt wykonania tego zamówienia zależy w relatywnie dużym stopniu od wykonawcy, przykładowo od rodzaju relacji łączących wykonawcę z pracownikami, usługodawcami, łatwiej też tutaj o większą swobodę w ustaleniu zróżnicowanych stawek wynagrodzenia. Koszt ten w znacznej mierze może więc być poddany optymalizacji, przez takie czy inne rozwiązania o charakterze organizacyjnym. Stąd zastrzeżenia Odwołującego, oparte jedynie na porównaniu cen ofert wykonawców nie odnoszące się w żadnej mierze, choćby pośrednio, do ponoszonych kosztów związanych z realizacją zamówienia, zdają się być podniesionymi w oparciu o przypuszczenia Odwołującego, które jednak nie tylko nie zostały wykazane, ale nawet uprawdopodobnione. Zamawiający przekonująco w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że oceniając oferty pod tym względem, wziął pod uwagę: specyfikę przedmiotu zamówienia - system informatyczny otwarty na dowolne w zasadzie rozwiązanie zaproponowane przez wykonawców. Zamawiający podał, że przedmiot zamówienia dotyczy nie tylko dostarczenia sprzętu i oprogramowania ale też zaprojektowania i zbudowania systemu, a nadto został on skonstruowany w taki sposób, by wykonawcy mieli dużą swobodę przy kształtowaniu rozwiązań, konfiguracji architektury, sprzętu. W okolicznościach niniejszego postępowania, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wykonawcy stosują te same rozwiązania techniczne. Oferty pokazały, że wykonawcy zaproponowali różne rozwiązania, a indywidualny dobór rozwiązań miał odzwierciedlenie w cenie ofert. Zamawiający mając na uwadze, że opis przedmiotu zamówienia umożliwiał zaoferowanie szerokiego spektrum rozwiązań / produktów o dużej rozpiętości cenowej dokonał oszacowania wartości zamówienia na dość wysokim poziomie (przy uwzględnieniu

górnych cen), wobec czego istniało duże prawdopodobieństwo, że oferty będą znacząco niższe niż szacunek wartości zamówienia, czemu sprzyjała możliwość wykorzystania w realizacji zamówienia licencji i sprzętu posiadanego przez Zamawiającego. Powyższe uwzględnia także dużą konkurencyjność rynku IT – Zamawiający wskazał na swoje doświadczenie nabyte w ramach innych postępowań (w tym dotyczących projektu ISOK), jak i dane pochodzące z rynku zamówień publicznych które wskazują, że standardem jest oferowanie cen w postępowaniach informatycznych na poziomie niższym od przyjętego szacunku zamówienia, np. w ostatni prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na macierze CMP wpłynęły 4 oferty i wszystkie opiewały na ceny niższe niż wartość szacunkowa zamówienia, w tym dwie na ceny stanowiły nieco ponad 50% tej wartości zamówienia; w innym postępowaniu związanym z projektem ISOK (opracowanie algorytmów map innych zagrożeń), prowadzonym przez Zamawiającego (otwarcie ofert odbyło się w marcu br.) wpłynęły dwie oferty ważne i różnica cen pomiędzy nimi wynosiła blisko 40%. Stąd także z tego powodu, zarzuty Odwołującego, nakierowane na wykazanie, że ceny ofert czterech konkurencyjnych wykonawców są rażąco niskie, nie zasługiwałyby na aprobatę.

[2] zarzut dotyczący braku umocowania osoby podpisującej ofertę do dokonania tego rodzaju czynności za wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ericpol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, GISPartner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, APN Promise SA w Warszawie do podpisania oferty:

Odwołujący postawił tezę, iż osoba która podpisała w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ericpol s p. z o. w Łodzi, GISPartner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, APN Promise SA w Warszawie ofertę, umocowana, przez lidera tego Konsorcjum (Ericpol sp. z o.o.
w Łodzi), nie była do tego uprawniona, z uwagi na przekroczenie przez Prezesa Zarządu Ericpol sp. z o.o. w Łodzi uprawnienia do zaciągania zobowiązań powyżej określonej wysokości. Odwołujący powyższy zarzut wywiódł na podstawie zawartości wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym, który brzmi: *„przypadku powołania zarządu*

do w spółki w zakresie spraw wieloosobowego, składania oświadczeń imieniu niemajątkowych uprawniony jest każdy członek zarządu samodzielnie. Do składania oświadczeń w imieniu spółki w zakresie spraw majątkowych prezes zarządu uprawniony jest samodzielnie, natomiast pozostali członkowie zarządu samodzielnie w sprawach dotyczących zaciągania zobowiązań do kwoty 5000000,00 (pięć milionów) złotych lub

dokonania rozporządzeń do kwoty 5000000,00 (pięć milionów) złotych, a w sprawach, których wartość przekracza tę kwotę, konieczne jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub członka zarządu łącznie z prokurentem". W ocenie Odwołującego, tak opisany sposób reprezentacji nie upoważnia samego prezesa zarządu Ericpol sp. z o.o. w Łodzi do zaciągnięcia zobowiązania o wartości 69.546.719,82 zł (umocowania pełnomocnika do takiej czynności), ale wymaga dla ważności tej czynności współdziałania dwóch członków zarządu.
Powyższy zarzut zdaje się być postawionym w oparciu o pewną interpretację opisu zasad reprezentacji w KRS, która jednak nie znajduje umocowania w treści tego zapisu.
Analiza tego postanowienia wskazuje tyle, że w zakresie spraw majątkowych Prezes zarządu spółki uprawniony jest bez żadnych ograniczeń do dokonywania rozporządzania, niezależnie od wartości, podczas gdy pozostali członkowie zarządu posiadają uprawnienie do samodzielnego podejmowania takich czynności, do kwoty 5.000.000 zł. Dalsza część tego postanowienia, ujęta po przecinku, mówiąca o obowiązku dwuosobowej reprezentacji w razie czynności o wartości przekraczającej 5.000.000 zł, odnosi się w sposób oczywisty do sytuacji, gdy członkowie zarządu nie posiadają uprawnienia do samodzielnego dokonywania czynności. Skoro postanowiono, że Prezes zarządu do składania oświadczeń w zakresie spraw majątkowych uprawniony jest samodzielnie, natomiast pozostali członkowie zarządu samodzielnie w sprawach dotyczących zaciągania zobowiązań do kwoty 5000000,00 złotych lub dokonania rozporządzeń do kwoty 5.000.000,00 zł to oznacza to, że to postanowienie wyznacza zakres samodzielnej reprezentacji członków zarządu o odpowiedniej randze. Dalsza część, wymagająca reprezentacji łącznej dwóch członków zarządu lub członka zarządu działającego łącznie z prokurentem odnosi się zatem, do tych sytuacji, gdy nie mamy do czynienia z uprawnieniem do samodzielnego działania, to zaś zostało wyznaczone granicą 5.000.000 zł jedynie w odniesieniu do członków zarządu, a nie jego Prezesa.
Gdyby miało być inaczej, sporne postanowienie w ogóle nie rozróżniałoby Prezesa zarządu oraz członków zarządu, lecz mówiłoby o ogólnie o składaniu oświadczeń w imieniu spółki w zakresie spraw majątkowych przez wszystkich członków zarządu samodzielnie a w sprawach dotyczących zaciągania zobowiązań lub dokonywania rozporządzeń do kwoty 5.000.000 zł wymagało współdziałania dwóch członków zarządu lub członka zarządu łącznie z prokurentem.
Z tego względu zarzut nie zasługiwał na akceptację.
Odwołujący postawił również wobec oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ericpol spółki z o.o. w Łodzi, GISPartner spółki

z o.o. we Wrocławiu, APN Promise SA w Warszawie zarzut braku w ofercie pełnomocnictwa wymaganego treścią art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w tym zakresie wykazał, że pismem z dnia 29 marca 2013 r. wezwał Konsorcjum Ericpol do złożenia takiego pełnomocnictwa, na co w odpowiedzi złożone zostało stosowne pełnomocnictwo (pismo z dnia 5 kwietnia 2013 r.).

[3] zarzut dotyczący bezpodstawnego uznania za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w zawartych uzupełnieniach dokumentów oraz wyjaśnieniach składanych w toku postępowania przez Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Qumak S.A, Konsorcjum firm S&T Services Polska Sp. z o.o. i Action S.A., Konsorcjum firm Unizeto Technologies S.A. i NTT System S.A., Comarch S.A., Konsorcjum SMT:

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając wskazany zarzut w zakresie odnoszącym się do dokumentów składanych w toku badania ofert (wyjaśnień i uzupełnień), uznała, że został on

podniesiony po upływie terminu na kwestionowanie zasadności zastrzeżenia informacji dokonanego przez wykonawców. Zgodnie z art. 189 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy, Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi na posiedzeniu jedną z okoliczności, wymienionych w pkt 1 – 7 tego przepisu. Wskazane w tym artykule okoliczności stanowią bowiem negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do jego meritum i tym samym ich zaistnienie rodzi konieczność wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania.
Podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące zaniechania ujawnienia informacji zawartych w ofertach oraz ich uzupełnieniach - w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały wniesione po upływie terminu wskazanego w tym przepisie. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy – wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu – takich jak zaniechanie udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności – braku uchylenia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy

stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym każdy wykonawca, zachowując należytą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź, o ile jest to uzasadnione okolicznościami – w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty (ofert).
W niniejszym stanie faktycznym, Odwołujący, w tej części powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 18 kwietnia 2013 r., albowiem w tym dniu, Zamawiający wyraźnie zakomunikował, że udostępni jedynie część ofert, która nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający w korespondencji mailowej podał bowiem, że w dniu 4 kwietnia 2013 r. udostępnił Odwołującemu formularze ofertowe w takim zakresie, w jakim nie zostały objęte przez Wykonawców zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający wskazał, że przeprowadził badanie zasadności częściowego objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa ofert złożonych w podstępowaniu, w tym wezwał wszystkich Wykonawców do szczegółowego uzasadnienia zastrzeżenia tajności części oferty; po przeanalizowaniu wyjaśnień udzielonych w tym zakresie przez Wykonawców, Zamawiający uznał, że w odniesieniu do informacji zastrzeżonych, w tym zawartych w formularzu ofertowym pkt 3 i 4 formularza (Tabele 3 i 4) spełnione są przesłanki ich utajnienia, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wyraźnie podał, że nie dokona odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawców w postępowaniu i że odmawia udostępnienia części ofert objętych przez Wykonawców zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że Odwołujący zdawał się właściwie odczytać intencje Zamawiającego w tym zakresie, skoro w odniesieniu do zastrzeżenia informacji, złożył w dniu 26 kwietnia 2013 r. odwołanie w spr. KIO 980/13.
Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy liczy się również od daty - przy zachowaniu należytej staranności - możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę.
Zatem wykonawca, któremu Zamawiający udostępnił oferty wykonawców konkurencyjnych, mógł i powinien niezwłocznie sygnalizować bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego za objęte tajemnicą określonych informacji – a w razie nieudostępnienia pełnej dokumentacji i uzyskania wiedzy, że Zamawiający jest jeszcze w trakcie badania tego zastrzeżenia –

kwestionować tę czynność lub zaniechanie, gdy Zamawiający dokona oceny zasadności zastrzeżenia informacji.
W dacie 18 kwietnia 2013 r. Zamawiający zatem zakomunikował Odwołującemu o uznaniu za prawidłowo objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w ofertach wykonawców. Po tym dniu zatem, Odwołujący, nie zgadzając się z uznaniem za poprawnie uznane za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w ofertach, mógł – w ciągu dziesięciu dni, o których stanowi przepis 182 ust. 3 pkt 1 ustawy – kwestionować tę ocenę Zamawiającego.
Wyartykułowane w złożonym w dniu 6 maja 2013 r. odwołaniu zarzuty w odniesieniu do powyższej czynności, należy uznać za spóźnione. Rzeczą danego wykonawcy, działającego z należytą – z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie publiczne – starannością, jest podejmowanie czynności realizujących interes we właściwym, wyznaczonym przez przepisy terminie. W analizowanej sprawie, termin ten upływał z momentem czytelnego wyartykułowania przez Zamawiającego stosunku do dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń informacji, co nastąpiło – w odniesieniu do Odwołującego w dniu zakomunikowania o nieudostępnieniu ofert (mail Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2013 r.).
Ponadto, zauważyć trzeba że nieujawnienie przez Zamawiającego części dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy, z jednej strony z uwagi na to że z jednej strony podzielono ocenę Zamawiającego o zaistnieniu podstaw do wykluczenia tego wykonawcy oraz do odrzucenia oferty tego wykonawcy, z drugiej zaś – że brak postulowanych informacji nie stanął Odwołującemu na przeszkodzie zapoznania się z tym dokumentami. Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że w odniesieniu do pytań kierowanych do Konsorcjum SMT, powinny one zostać udostępnione Odwołującemu, bowiem dotyczyły jawnej części oferty. Nieudostępnienie Odwołującemu żądania wyjaśnień dotyczących treści tabeli nr 3 i 4, kierowanego do Konsorcjum SMT, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, skoro Odwołujący miał dostęp do treści tych tabel oraz do uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Konsorcjum SMT, miał możliwość dokonania oceny poprawności oferty. Zamawiający przyznał także, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum SMT doszło do zasłonięcia nazwy produktu HP SCE EE przez pomyłkę, ale nie utrudniło to Odwołującemu ustalenia o jaki produkt chodzi (czego dowodzi treść odwołania).

Powyższe dotyczy także dokumentów dotyczących oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S&T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie – jakiekolwiek zarzuty Odwołującego wobec tego wykonawcy, biorąc pod uwagę, że jego oferta został niżej sklasyfikowana, nie rzutują na sytuację Odwołującego, nie mogą mieć więc wpływu na wynik postępowania, o którym stanowi art., 192 ust. 2 ustawy. Analogiczny wniosek dotyczy tych wykonawców, których oferty zostały odrzucone (oferta Comarch SA w Warszawie). Zarzuty wobec konsorcjum Unizeto, Odwołujący wycofał.

[4] zarzut zaniechania odrzucenia ofert konsorcjum Sygnity, Comarch S.A., Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), 3) i 8) ustawy powodu podwójnej wyceny praw autorskich w odwołaniu Asseco (KIO 1078/13)

Odwołujący w powyższym zakresie podał na rozprawie, że wnioskował na podstawie wezwania skierowanego do siebie (wezwanie z 12 kwietnia 2013 r.), że inni wykonawcy wycenili prawa autorskie dwukrotnie – na co wskazuje treść *tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie”,* gdzie należało podać kilkukrotnie to samo oprogramowanie, ale raz wycenić. W ocenie Odwołującego w wierszach 1-5 *Tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie”,* w odniesieniu do węzła centralnego ISOK, należało wycenić prawa autorskie a następnie to samo oprogramowanie - ponieważ

ponownie miało ono być wdrożone w odniesieniu do centrum zapasowego ISOK – należało ująć w poz. 40-41, 47-49, ale już bez odrębnej wyceny.
Biorąc pod uwagę powyższy zarzut, uzasadniającą go argumentację, dostrzeżenia wymaga charakter *Tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie".* Miała ona służyć przede wszystkich prezentacji sprzętu, oprogramowania, jakie wykonawca zamierza użyć w celu stworzenia zamawianego systemu. Rolą tego formularza nie miała być wycena oferowanych rozwiązań, choć – jak wskazuje wyraźnie przypis do tego formularza – zawarta na jego wstępie „instrukcja" wypełnienia, ceny za wyszczególnione elementy miały mieć charakter rzeczywistych. Potwierdził to też Zamawiający na rozprawie, podając na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r., że Tabela *4* miała wskazywać rzeczywiste ceny za przenoszone na rzecz Zamawiającego produkty, a nie koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z wykonywaniem zamówienia.

Uznano, po pierwsze, że wobec dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości ujmowania przez wykonawców w *tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie"* nie tylko kategorii oprogramowania i sprzętu wyraźnie przez Zamawiającego narzuconych, ale także tych, które wynikają z własnej koncepcji wykonawców, nie sposób stawiać tezy, że każdorazowo dla Węzła Centralnego oraz dla Centrum Zapasowego ISOK musiało być wskazywane to samo oprogramowanie. Tym samym i jego wycena w odniesieniu do Węzła Centralnego oraz Centrum Zapasowego nie musiała być identyczna. Wykonawcy na rozprawie wskazywali w powyższym zakresie, że nie zawsze i nie w pełni oprogramowanie dla Węzła Centralnego i Centrum Zapasowego musi być identyczne. Także Zamawiający podawał, że dla obu węzłów „niezupełnie *musi to być zaoferowane tożsame - musi mieć oprogramowanie oprogramowanie w Węźle Zapasowym dodatkową funkcjonalność śledzenia czynności w Węźle Centralnym w celu ewentualnego przejęcia czynności tego Węzła"* (oświadczenie na rozprawie w dniu 4 czerwca 2013 r.). Zamawiający podał także, że nie zawarł w SIWZ wymagania, by w Węźle Centralnym oraz Centrum Zapasowym było zastosowane to samo oprogramowanie; to oprogramowanie musi spełniać te same wymagania. Zamawiający podał jako przykład oprogramowanie do wykonywania backupu, które mogło być, w jego ocenie, inne w Węźle Centralnym i inne w Centrum Zapasowym, czemu Odwołujący zaprzeczał, odnosząc powyższe do wymagania *W 905,* gdzie, jego zdaniem, Zamawiający wyraźnie postawił wymaganie, aby oprogramowanie do archiwizacji danych i kopii zapasowych (backup) obsługiwało oba węzły oraz pkt 4.1.3 SIWZ str. 51-52, w którym w którym wymieniono moduły, a na końcu wskazano, że te moduły mają swoim zakresem odpowiadać modułom z Węzła Centralnego. Zamawiający wywodził z powyższego, że oprogramowanie nie musiało być to samo, ale że miało być pod względem funkcjonalnym takie samo. Powyższe, rozbieżne stanowiska Zamawiającego oraz Odwołującego, co do rozumienia tych samych wymagań, jakkolwiek obrazują ujawniające się w wielu warstwach odmienne rozumienie SIWZ przez Zamawiającego i wykonawców (co wielokrotnie ujawniał przebieg rozprawy), powinny być rozwiane analizą treści powyższych postanowień. Zamawiający w nich nie wskazał wyraźnie, że ma tam być użyte te samo oprogramowanie, a jedynie, że mają być zachowane analogiczne funkcjonalności.
Na uwagę zasługuje przy tym – przykładowo – postanowienie Załącznika nr 1 do SIWZ „Opis *przedmiotu zamówienia"* punkt 4.1.3 Węzeł ISOK-IMGW: Centrum Zapasowe: *„Centrum zapasowe zlokalizowane będzie w oddzielnej lokalizacji fizycznej, na terenie kraju, w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, co będzie zabezpieczeniem przeciw jednoczesnemu wykluczeniu z pracy obydwu węzłów, ze względu na awarię prądu, łącza danych lub inne nieprzewidziane zdarzenie losowe (np. pożar). ... Zgodnie z prezentacją graficzną w węźle ISOK-IMGW: Centrum Zapasowe można wyróżnić następujące moduły: ISOK-IMGW:*

Centrum Zapasowe: Krajowy Portal ISOK, ISOK-IMGW: Centrum Zapasowe: Portal ISOK wewnętrzny, 1S0K-1MGW: Centrum Zapasowe: Warstwa integracyjna, ISOK-IMGW: Centrum Zapasowe: Warstwa usług, ISOK-IMGW: Centrum Zapasowe: Przetwarzanie Danych, ISOK-IMGW: Centrum Zapasowe: Repozytorium danych, ISOK-IMGW: Centrum Zapasowe: Administracja i zarządzanie infrastrukturą, które zakresem są tożsame swoim odpowiednikom z węzła ISOK-IMGW: Węzeł Centralny." (analogiczne brzmienie posiada

Załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” punkt 4.1.6). Nie mówi się tam o konieczności zaoferowania tego samego oprogramowania w Centrum Zapasowym które zastosowano w Węźle Centralnym, ale o tym, że mają one być zakresem tożsame z ich odpowiednikami z Węzła Centralnego ISOK – IMGW. Wskazywanie na tożsamość zakresu, nakazuje uznać, że nie jest to tożsamość przedmiotowa, ale funkcjonalna, potwierdza to następnie wskazanie, że moduły mają być tożsame zakresem z ich odpowiednikami, co także potwierdza, że nie muszą to być identyczne elementy, ale odpowiedniki tych, jakie zastosowano w Węźle Centralnym ISOK. W tych okolicznościach, wniosek Odwołującego o obowiązku zainstalowania tego samego oprogramowania w celu zapewnienia pełnej zastępowalności funkcjonalności obu węzłów ISOK-IMGW: Centrum Zapasowego oraz Węzła Centralnego jest nieuprawniony – sposób dojścia do uzyskania tej zastępowalności, zastosowanie konkretnych rozwiązań i oprogramowania Zamawiający pozostawił swobodzie wykonawców.
Nie sposób przy tym, na podstawie postanowień SIWZ przyjąć, by Zamawiający postawił wymóg, by we wskazywanych punktach wykonawcy ujmowali (wyceniali) to samo oprogramowanie. Gdyby tak było – gdyby intencją Zamawiającego miało być zaoferowanie tego samego oprogramowania w różnych częściach *tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie”* i jego jedna tylko wycena w danej pozycji – to powinno to znaleźć wyraz w konstrukcji formularza, przykładowo w jednym miejscu jedynie wymagając jego podania, albo zawierając wyraźną instrukcję co do jego wypełnienia, wskazującą, że w zakresie poszczególnych komponentów pewne – te same elementy mają zostać dwukrotnie podane. Co więcej, argumentacja Odwołującego zdaje się prowadzić do tezy, że w zakresie pewnych komponentów musi być dwa razy zainstalowane to samo oprogramowanie i jedynie raz wycenione (przykładowo: tylko dla Węzła Centralnego albo tylko dla Centrum Zapasowego). Do takiego wniosku prowadzi choćby stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym, oprogramowanie do wykonywania backup’u o którym mowa w wymaganiu *W 905* musiało być to samo w Węźle Centralnym i Centrum Zapasowym. Gdyby tak było, że w zakresie pewnych elementów – tych co do których Odwołujący zarzuca podwójną wycenę praw autorskich – należy jedynie raz uwzględnić dane oprogramowanie i jedynie raz wycenić – to *Tabela 4* w tej części nie powinna powielać

takich pozycji. Idąc za tokiem rozumowania Odwołującego, w pozycjach, które powinny być wycenione, jako te które za pierwszym razem prezentują to samo oprogramowanie, mające być użyte więcej razy powinno znajdować się pole do wypełnienia przez wykonawcę – scharakteryzowania oferowanego oprogramowania, a następnie do jego wyceny, zaś w każdym następnym wypadku, gdy - zgodnie z wymaganiami stawianymi w SIWZ, jakich upatruje w tej mierze Odwołujący – miałoby mieć miejsce powtórne użycie tego samego oprogramowania, pozycja powinna bądź w ogóle się nie pojawiać, bądź być „zaślepiona” dla wypełniającego *Tabelę 4.* Skoro jednak Zamawiający tak skonstruował sporną tabelę, wyspecyfikował w sposób nie pozwalający na ich ujmowanie konkretne pozycje do wypełnienia przez wykonawców i wyceny przez nich oferowanego sprzętu czy oprogramowania, to nie sposób upatrywać w tym zakresie niedopuszczalnego zaoferowania dwa razy tego samego elementu, czy też – jak twierdzi Odwołujący – dwukrotnej wyceny tych samych praw autorskich.
Poszczególni wykonawcy, których oferty w tej mierze kwestionował Odwołujący wykazywali, że dla Węzła Centralnego oraz Centrum Zapasowego nie zawsze zastosowali to samo oprogramowanie, albo że zastosowali to samo oprogramowanie z pewnymi modyfikacjami (na taką możliwość wskazywał także Zamawiający na rozprawie 4 czerwca 2013 r.); Przystępujący konsorcjum Sygnity wskazywał, że zaoferowanie w ofercie konsorcjum Sygnity oprogramowanie w zakresie Węzła Centralnego i Centrum Zapasowego jest zakresem i funkcjonalnością identyczne, występują jednak różnice w skryptach konfiguracyjnych i uruchomieniowych; te elementy różnicujące oprogramowanie powodują, że odrębnie wyceniono prawa autorskie; Przystępujący konsorcjum SMT Software podawał, że jego oferta zawiera różne ceny w odniesieniu do Węzła Centralnego i Centrum Zapasowego - przy Centrum Zapasowym wykonawca przewidział dodatkowe elementy, inaczej ten system nie zadziałałby zgodnie z założeniem, do jakiego został stworzony; Przystępujący Konsorcjum Ericpol podał, że dla Centrum Zapasowego zaoferowane zostały w ofercie Przystępującego dodatkowe elementy.

Powyższe, wobec dopuszczenia przez Zamawiającego relatywnie dużej swobody wykonawców w zakresie oferowanych rozwiązań, w tym przede wszystkim wobec nie zawarcia w SIWZ (w tym w *Tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie")* takich postanowień, które by pozwalały na uznanie, że wymagano w określonym zakresie tych samych elementów i by nałożono obowiązek zaprezentowania ich wyceny w jednolity, ujęty w konkretnej pozycji *Tabeli* sposób, nie pozwalał na uznanie, że zasadnym jest zarzut wskazujący na wielokrotną (podwójną) wycenę tych samych praw autorskich. Podkreślenia bowiem wymaga, że inną sprawą jest zaoferowanie określonego rozwiązania, określenie go w formularzu (spornej *Tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie")*

w wymaganej przez Zamawiającego pozycji (nie sposób w tym miejscu pomijać, że te pozycje Zamawiający narzucił w pewien sposób „na sztywno", pozwalając dodawać kolejne elementy ale nie ujmować tych, które Zamawiający podał w *Tabeli),* inną zaś prezentacja wyceny tak zaoferowanego przedmiotu. Zamawiający nie zakreślił przecież ram, jak tej wyceny dokonywać – czy należy ją przypisać raz do tego samego oferowanego elementu, a w następnych sytuacjach posłużenia się tym samym oprogramowaniem pomijać (wyceniać 0,00 zł), czy może w jakiejś proporcji „rozbijać" pomiędzy te elementy.
Po drugie, dostrzeżenia wymaga – i wynika to wyraźnie z przeznaczenia *Tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie"* opisanego we wstępnej, instrukcyjnej części tego formularza – że ta *Tabela* nie służyła zasadniczo do prezentacji ceny w postępowaniu. Dla celów rozliczenia miała służyć *Tabela 3* „Tabela *kalkulacji ceny".* Nie sposób zatem przypisywać *Tabeli 4 „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie"* tego znaczenia, że takie lub inne rozłożenie ceny za dany element, jeśli w rzeczywistości odzwierciedla jego cenę, ale zostało w *Tabeli* w pewien sposób rozbite w ramach różnych komponentów - jest niewłaściwe. Zgodzić się w tej mierze należy z Zamawiającym, że wskazanie kosztów dostarczenia określonych komponentów czy składników systemu nie oznacza jeszcze, że zostaną dwukrotnie czy wielokrotnie przeniesione prawa autorskie. Powyższe jest bowiem jedynie kwestią prezentacji tej ceny w podziale na komponenty, węzły, nie stanowi zaś wyceny praw autorskich. Nawet jeśli bowiem przyjąć, że z takich czy innych względów jest ono niedoskonałe, to nie sposób powyższego traktować, jak czyni to Odwołujący, jako czynu nieuczciwej o którym traktuje art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, rozumianego jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, jak również naruszenia przepisu art. 64 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Prezentacja ceny w ramach tej *Tabeli* nie jest tożsama z dwukrotnym przeniesieniem praw autorskich. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z brzmieniem pkt 13.14 wzoru umowy, *prawa autorskie przechodzą na Zamawiającego z chwilą podpisania protokołu odbioru,* zatem kwestia ewentualnego rozliczenia, kształtu faktury jest sprawą wtórną a w każdym razie nie prowadzi do uznania, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Nie sposób także dopatrzeć się – wbrew odmiennemu twierdzeniu Odwołującego, by zaoferowanie w ramach Węzła Centralnego oraz Centrum Zapasowego oprogramowania wycenionego w zakresie jednego jak i drugiego elementu, stanowiło niezgodność z SIWZ. Odwołujący zdaje się przypisywać inne znaczenie postanowieniom SIWZ, zakładając, że Zamawiający postawił wymaganie, by w ramach Węzła Centralnego oraz Centrum Zapasowego zastosować te same elementy oprogramowania, podczas gdy lektura treści postanowień SIWZ przytaczanych przez Odwołującego nie dostarcza podstaw

do takiego wniosku: wskazanie, że odpowiednie moduły z Węzła Centralnego oraz Centrum Zapasowego są zakresem tożsame swoim odpowiednikom z węzła, nie oznacza, że są one takie same, lub wykorzystują wyłącznie to samo oprogramowanie.
Po trzecie, podkreślenia wymaga treść postawionych w tej mierze zarzutów: Odwołujący stawiając w odniesieniu do tego elementu stanu faktycznego zarzut zaniechania odrzucenia ofert Qumak S.A., Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Ericpol, Comarch S.A., Konsorcjum SMT, Konsorcjum Unizeto, Konsorcjum S&T (w odniesieniu do ostatnich czterech wykonawców potwierdzenie zarzutów pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, o którym mówi art. 192 ust. 2 ustawy, z uwagi na odrzucenie ich ofert), jako stanowiących

czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przyjmuje błędne założenie, że wykonawcy dwukrotnie wycenili to samo, podczas gdy w sprawie zostało wykazane, że – po pierwsze – oferowane przez poszczególnych wykonawców dla Węzła Centralnego oraz Centrum Zapasowego rozwiązania nie były tymi samymi; po drugie zaś – rozłożenie ceny na dwa elementy Systemu, który jest przedmiotem zamówienia, to jest na Węzeł Centralny oraz Centrum Zapasowe nie jest tożsame z zaoferowaniem dwa razy tego samego przedmiotu, ani jego dwukrotną wyceną. Co więcej, nawet gdyby przyjąć, że tego rodzaju rozbicie ceny było niewłaściwe (niezgodne z intencją Zamawiającego, któremu to jednak wnioskowi sprzeciwia się kształt formularza opracowanego przez Zamawiającego – *Tabeli 4,* która zawiera wyodrębnione pola do wyceny elementów zarówno przy Węźle Centralnym jak i Centrum Zapasowym), to podlegałoby rozważeniu jego poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Z tych względów, nie znalazły w powyższej mierze potwierdzenia zarzuty wskazujące na to, że złożenie ofert przez siedmiu wykonawców, wszystkich innych poza Odwołującym, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji a także, że te oferty są niezgodne z SIWZ. Nie sposób także, w świetle powyższego, zgodzić się z dalszym zarzutem, że mamy tu do czynienia ze świadczeniem niemożliwym, o którym stanowi art. 387 Kc. Tego świadczenia niemożliwego Odwołujący upatruje konsekwentnie w złożeniu przez wykonawców ofert, których przedmiotem jest dwukrotne przeniesienie majątkowych praw autorskich do tego samego dzieła za odrębnym za każdym razem wynagrodzeniem. Jak wykazano wyżej, podanie ceny *w Tabeli 4* w odniesieniu do Węzła Centralnego oraz Centrum Zapasowego ISOK – IMGW nie jest tożsame z przeniesieniem praw autorskich do oferowanego oprogramowania kilkakrotnie ani z dokonaniem jego podwójnej wyceny.

---

[5] zarzut dotyczący braku właściwego umocowania osoby podpisującej za wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Comp SA w Warszawie, Adasa Sistemas SA w Barcelonie oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu:

Załączone do oferty Konsorcjum Sygnity *Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania* dla firmy Sygnity S.A. zostało podpisane przez osobę, dla której w ofercie zostało zamieszczone pełnomocnictwo od lidera konsorcjum, w którego treści znajduje się zapis *„na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 grudnia 2012r. ustanawiamy Panią (…) Pełnomocnikiem do reprezentowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak również każdego z nich z osobna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego".*
Nie sposób podzielić stanowiska prezentowanego w tej mierze przez Odwołującego, że tak opisany zakres umocowania pełnomocnika nie pozwala w imieniu jednego z członków konsorcjum – Sygnity SA w Warszawie złożyć oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania. Zwrócić trzeba uwagę, że znajdujące się na str. 235 i 236 oferty pełnomocnictwo dla osoby podpisującej oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu jest pełnomocnictwem rodzajowym, obejmuje ono uprawnienie do działania zarówno za poszczególnych członków konsorcjum jak i jego lidera (Sygnity SA w Warszawie) w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego. Oznacza to całokształt czynności podejmowanych w tym postępowaniu, składanie i podpisywanie wszelkiego rodzaju oświadczeń, jakie w tym postępowaniu są wymagane.
Niezrozumiałą przy tym zupełnie jest argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą „Załączone *pełnomocnictwo zezwala jedynie na występowanie/reprezentowanie firm tworzących konsorcjum, ale nie na tworzenie dokumentów w imieniu tych firm.".* Przecież reprezentowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to przede wszystkich dokonywanie czynności na piśmie; sporządzanie dokumentów – przypomnienia wymaga, ze w myśl art. 9 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

Stąd brak było podstaw do podzielenia wniosku Odwołującego, że Konsorcjum Sygnity powinno zostać wykluczone z postępowania wobec niezłożenia prawidłowego oświadczenia, a jeśli wykonawca nie był wzywany jeszcze w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, to ewentualnie - w przypadku, gdyby oferta Konsorcjum Sygnity nie podlegała odrzuceniu - powinien zostać wezwany do uzupełnienia brakującego oświadczenia.

[6] w zakresie zarzutu dotyczącego podstawy odrzucenia oferty Qumak SA w Warszawie z powodu zaniżenia wyceny praw autorskich – jako czynu nieuczciwej konkurencji, a także wobec sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ

Odwołujący powyższe zarzuty osadził w fakcie zaoferowania przez Qumak SA w Warszawie oprogramowania, które w *Tabeli 3* „Tabela *kalkulacji ceny"* zostało wycenione łącznie na kwotę 12.149,00 zł, co obejmuje oprogramowanie przekazywane Zamawiającemu wraz z prawami autorskimi. W ocenie Odwołującego jest to kwota niewiarygodnie niska, nierzetelna; nie jest możliwe wyprodukowanie w ramach takiego wynagrodzenia oprogramowania o funkcjonalności wskazanej w SIWZ - w innych ofertach kwota ta wynosi: w ofercie Asseco Poland S.A. - 17 733 294,08 zł brutto, w ofercie Konsorcjum SMT - 5 782 082,40 zł brutto.
Ponadto, zdaniem Odwołującego przedmiotowe oprogramowanie występuje w ofercie Qumak SA w Warszawie jedynie w związku z etapami dokumentacyjnymi, w etapie 1 Opracowanie Planu Podprojektu i etapie 2 Opracowanie Projektu Technicznego. Qumak S.A. nie zaoferował tego oprogramowania w etapach 4 Wdrożenie Pilotażowe Systemu i 5 Wdrożenie Produkcyjne Systemu, w których zgodnie z załącznikiem 2 do SIWZ „Harmonogram Rzeczowo Finansowy" wymagane jest dostarczenie produktów będących przedmiotem odbioru „Kod źródłowy systemu". W związku z tym oferta, zdaniem Odwołującego, nie spełnia wymagań SIWZ.
Biorąc pod uwagę argumentację zaprezentowaną w odniesieniu do powyższego zarzutu, uznano, że nie sposób w powyższej mierze przypisać wykonawcy Qumak SA w Warszawie czynu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze – zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle powyższego przepisu, czynu nieuczciwej konkurencji należy upatrywać przez pryzmat złożenia całej oferty, nie są wystarczającymi dla uznania takiego czynu pewne działania, które rozpatrywane w całości nie wpisują się w definicję czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na w tym zakresie na art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że *czynem nieuczciwej konkurencji jest*

działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
W sprawie mamy do czynienia ze złożonym przedmiotem zamówienia, jakim jest zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu informatycznego a następnie – po jego wdrożeniu - świadczenie usługi gwarancyjnej. Na wykonanie tego zadania składa się szereg działań, poczynając od opracowania szczegółowej koncepcji, dostarczenie elementów sprzętu i oprogramowania niezbędnych do budowy systemu, wytworzenie elementów autorskich tego systemu, konfiguracja. Niezbędne dla wykonania przedmiotowego zadania wytworzenie oprogramowania i związana z tym konieczność przeniesienia praw autorskich pozostaje w gestii wykonawcy. O ile pewne elementy sprzętu, oprogramowania, niezbędnego do budowy systemu wykonawcy będą musieli nabyć na rynku od innych podmiotów, to sporne - w zakresie tego zarzutu - oprogramowanie przekazywane Zamawiającemu wraz z prawami autorskimi jest, co do zasady, wytwarzane samodzielnie przez wykonawcę. Wyłączną domeną wykonawcy jest w takim wypadku taka lub inna wycena tego elementu niezbędnego dla realizacji zadania. Nie jest więc tak, jak podaje Odwołujący w odwołaniu, że koszt wytworzenia oprogramowania nie może być znikomy, ale musi stanowi istotną część ceny oferty. Skoro, z perspektywy wykonawcy, ma on wykonać na rzecz Zamawiającego system informatyczny, to te czynności jakie się z tym wiążą, a spoczywają wyłącznie na wykonawcy (wykonawca sam je wytworzy) pozostają w sferze jego swobody. Wykonawca może – wytwarzając autorskie oprogramowanie dla celu tego postępowania – wycenić je na dowolnym poziomie, nie można bowiem przyjąć, że istnieje pewien koszt wytworzenia oprogramowania, który wykonawca musi ponieść, przykładowo

nabywając je od podmiotu trzeciego. W przeciwieństwie do tych elementów, które wykonawca kupi od innych podmiotów, po pewnej ustalonej, rynkowej cenie, elementy przez niego wytwarzane mieszczą się w swobodzie jego wyceny, szczególnie, że koszt realizacji zamówienia a także dochód, jaki z tego tytułu osiągnie, odnoszony być może do całego przedsięwzięcia, a nie jednostkowych w tym wypadku elementów związanych z realizacją zamówienia.
Tak też na rozprawie argumentował wykonawca Qumak SA w Warszawie: ten koszt ujęty jest w kolumnie tabeli 3 w kolumnie tytułowanej „usługi", „koszty *dokumentacji":* koszt wytworzenia oprogramowania to w znacznej mierze koszt usługi świadczonej przez człowieka; koszt produkcji oprogramowania na użytek tego postępowania jest wyższy, aniżeli podane w tabeli 12 149 zł, ale na ten koszt składają się prace programistów, analityków, elementy związane z produkcyjnym i pilotażowym wdrożeniem - te koszty ujęte są w kolumnie „usługi"

Stąd na podstawie samego tylko faktu wyceny tego elementu zamówienia, w części odnoszącej się do oprogramowania przekazywanego Zamawiającemu wraz z prawami autorskimi, Odwołujący nie wykazał by stanowiło ono działanie pozwalające uznać złożenie oferty za czyn nieuczciwej konkurencji.
Odwołujący także w zakresie zaoferowania oprogramowania przekazywanego Zamawiającemu wraz z prawami autorskimi wykazywał niezgodność oferty z SIWZ, z uwagi na to, że Qumak SA w Warszawie przeniesienie spornego oprogramowania przypisał do dwóch pierwszych etapów realizacji zamówienia, to jest etapów: 1 *Opracowanie Planu Podprojektu* i etapu 2 *Opracowanie Projektu Technicznego.* Dostrzeżenia jednak wymaga, że powyższe nie oznacza niezgodności oferty z treścią SIWZ: jeśli wykonawca zaoferował i wycenił programy komputerowe, do których mają być przekazane majątkowe prawa autorskie przypisując je do etapu 1 i 2, to oznacza to tyle tylko, że wykonawca wyraża gotowość ich dostarczenia wcześniej niż wynika to z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Przekazanie tego oprogramowania, wkomponowanie go do systemu może nastąpić później, stosownie od potrzeby ujawniającej się w toku realizacji zamówienia i planu jego realizacji. Wcześniejsza gotowość do dostarczenia wskazanych elementów nie stanowi zatem niezgodności z SIWZ. Ponadto, zgodnie z przyjętą w postępowaniu zasadą – zapłata ma nastąpić dopiero po podpisaniu protokołu odbioru.
Stąd i w tej części zarzut, wskazujący na niezgodność oferty Qumak SA w Warszawie z SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

[7] w zakresie zarzutu niegodności oferty Qumak SA w Warszawie z SIWZ, z uwagi na niezachowanie terminów dostawy oprogramowania standardowego:

Odwołujący, opierając się o udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienie treści SIWZ (oodpowiedź na pytanie 18 z dokumentu z pakietu 28 odpowiedzi Zamawiającego z 30 stycznia 2013 r.) o treści *„Pytanie odnośnie Załącznika 2 do SIWZ: Czy Etap 3 "Dostawa, instalacja i konfiguracja Platformy Sprzętowej" dotyczy i obejmuje swoim zakresem dostawę wymaganych licencji oprogramowania standardowego (np. systemy operacyjne, RDBMS, ESB, BPMS)?"* udzielił odpowiedzi o treści *„Etap 3 oznacza przygotowanie kompletnej platformy pod instalację pilotażową systemu ISOK. Dostawa obejmuje sprzęt oraz licencje oprogramowania standardowego (w tym systemy operacyjne, RDBMS, ESB, BPMS]", wywodzi,* że skoro Qumak SA w Warszawie zaoferował dostawę całości oprogramowania (licencje) przypisując je do etapu 4 *Wdrożenie Pilotażowe Systemu* i etapu 5 *Wdrożenie Produkcyjne Systemu,* to oferta tego wykonawcy nie odpowiada SIWZ.

Jak wynika z treści oferty Qumak SA w Warszawie, wykonawca ten zaoferował dostawę oprogramowania po części w etapie 3, a także przypisując ją do dalszych etapów: 4 i 5. Dla etapu 3 te dostawy wykonawca Qumak SA w Warszawie wycenił na 7.151.097,00 zł, nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że dostawa oprogramowania nastąpi wyłącznie w etapach ściśle produkcyjnych, w których Zamawiający powinien już dysponować oprogramowaniem (4 *Wdrożenie Pilotażowe Systemu* i etapu 5 *Wdrożenie Produkcyjne Systemu).* Tego rodzaju

wnioskowanie stanowi raczej spekulacje co do treści oferty wykonawcy, która przecież odzwierciedla założony przez danego wykonawcę sposób realizacji zamówienia, w tym przypisanie, przykładowo, dostawy oprogramowania, do etapu, w którym zamierza wykorzystać taką jego część, jaka na danym etapie będzie potrzebna. Dostawa części oprogramowania w etapie 3, oraz przypisanie jego części w Tabeli dla etapu 4 i 5, nie oznacza, jeszcze, że w etapie 3 wykonawca nie dostarczy kompletnej Platformy Sprzętowej. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że w żadnym postanowieniu SIWZ nie nałożył obowiązku, by koszt związany z przekazaniem praw autorskich był powiązany z danym etapem i nie wymagał ujęcia w *Tabeli 3* kosztów praw autorskich dotyczących wytworzenia oprogramowania w danym etapie. Wyjaśnił także, że koszty ujęte w tabeli kalkulacji ceny w ofercie Qumak SA w Warszawie rozumiał tak, że w zakresie przekazania praw autorskich do oprogramowania wykonawca przekazuje prawa autorskie do prototypu, co zostało zawarte w ramach etapów poprzedzających etap 3, 4 i 5, co uznano za prawidłowe i nie naruszające postanowień SIWZ.
Stąd i ten zarzut nie znalazł potwierdzenia.

[7] w zakresie zarzutu dotyczącego podstawy do odrzucenia oferty Qumak SA w warszawie, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na zaoferowanie elementów sprzętu poniżej kosztów wytworzenia:

Bezspornie, w ofercie Qumak SA w Warszawie, dla sprzętu ujętego w poz. 50-80 *Tabeli 4,* wykonawca ten, w kolumnie tabeli traktującej o koszcie dostawy/licencji/praw autorskich podał ceny 123 zł. Dotyczy to takich elementów sprzętu, jak: szafy rack, platforma sprzętowa baz danych, serwery blade, obudowy blade, macierze SAN/NAS, serwer backup, sieć 10 GbE, sieć FC, urządzenie taśmowe, stacje robocze dla administratorów. W tych pozycjach mieszczą się elementy sprzętu wymagane dla wykonania zamówienia, przy czym ich ilości nie są prezentowane w *Tabeli 4,* a wynikają już z zawartości opisu przedmiotu zamówienia. Z tego względu każdorazowo, dane pozycje obejmują większą ilość danego sprzętu – przykładowo, jeśli chodziło o serwery blade – tabela dotyczy ich 32 sztuk, wymaganych w Opisie przedmiotu zamówienia. Tabela – poza kolumną odnoszącą się do kosztu

dostawy/licencji/praw autorskich obejmuje dla każdego elementu sprzętu czy oprogramowania kolumnę – koszt wdrożenia. Tabela – dla celu zaprezentowania przez wykonawcę oferowanego rozwiązania obejmowała następujące kolumny: *„Nazwa handlowa/deklaracja opracowania programu", „Oznaczenie/wersja", „Koszt wdrożenia", „Koszt licencji/praw autorskich/dostawy".* Zatem każdy oferowany w postępowaniu element był prezentowany ze wskazania w sposób ogólny jego kategorii (co narzucił już Zamawiający), skonkretyzowania przez wykonawcę jego producenta, typu, modelu a następnie wyceny w podziale na koszt dostawy – dla sprzętu (dla oprogramowania standardowego – koszt licencji, dla oprogramowania wytworzonego przez wykonawcę – kosztu praw autorskich) oraz koszt wdrożenia.
Wykonawca Qumak tłumaczył wycenę wymienionych elementów sprzętu na 123 zł, tym, że w praktyce sprzęt dostarczany jest w pewnym pakiecie, a sprzedawcy nie wyodrębniają kosztów wdrożenia sprzętu czy oprogramowania, co potwierdza załączone do wyjaśnień Przystępującego z 17 kwietnia 2013 r. pismo innego podmiotu. Wykonawca zgodził się przy tym z tezą że nie można kupić serwerów Blade za cenę 123 zł (dotyczyłoby to 32 sztuk tych serwerów), wskazując że koszty elementów sprzętu ujęte zostały w innych pozycjach *Tabeli 4,* to jest w usługach wdrożeniowych, częściowo w oprogramowaniu. Potwierdza powyższe wyjaśnienie tej kwestii dokonane przez Qumak SA w Warszawie w piśmie z dnia 19 marca 2013 r. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że, przykładowo dla serwerów blade, wykonawca wycenił usługę wdrożeniową dla wszystkich serwerów na kwotę 25.707 zł.
Zwrócić w tym miejscu należało uwagę na treść instrukcji poprzedzającej *Tabelę 4* – mówi ona dla każdego z elementów o dwóch kategoriach ujmowanych w ramach wyceny: odrębnie o koszcie dostawy/licencji/praw autorskich oraz odrębnie o koszcie ich wdrożenia. Trzeba zatem przyjąć, że w *Tabeli,* w sposób kompletny należało zaprezentować koszt dostarczenia Zamawiającemu danych elementów, z rozbiciem ich na koszt pozyskania danego elementu na rynku, rozumiany jako koszt dostawy (zakupu sprzętu), koszt licencji – gdy mamy do czynienia z oprogramowaniem gotowym lub koszt wytworzenia własnego programowania –

koszt praw autorskich – gdy mamy do czynienia z oprogramowaniem stworzonym na potrzeby tego postępowania, oraz koszt wdrożenia – który odnosił się do czynności związanych z wkomponowaniem danego elementu do systemu. Tak czy inaczej, w *Tabeli,* w sposób pełny i kompletny należało podać – w rozbiciu na te dwa elementy, koszty dostarczenia określonych elementów. Można zgodzić się przy tym, że nie może mieć negatywnego znaczenia – zważywszy, że *Tabela* 4 miała służyć przede wszystkim prezentacji oferowanego asortymentu a nie jego wycenie (znaczenie kalkulacji ceny posiada dopiero *Tabela 3)* ewentualne ujęcie kosztu sprzętu nie w kolumnie „koszt dostawy" ale w kolumnie „koszt wdrożenia".

Zgodzić się trzeba z Odwołującym – co potwierdził także wykonawca Qumak SA w Warszawie - że nie sposób kupić 32 serwerów blade za cenę 123 zł, czyli poniżej 4 zł za sztukę. Czy, uwzględniając ewentualne dodatkowe koszty przypisane przez Qumak do tych serwerów, to jest ujęte w kolumnie „koszt wdrożenia" na kwotę 25.707 zł (co daje niespełna 804 zł za serwer), możliwe jest dokonanie takiego zakupu, pozostawić należało wnioskowaniu nie tylko profesjonalistów obrotu informatycznego (na marginesie, dostrzec przy tym wymaga, że Odwołujący w swoim odwołaniu wskazywał jedynie, że nie jest możliwe zakupienie 32 serwerów blade w cenie 123 zł, nie czynił takiego wniosku z uwzględnieniem kosztów ujętych w kolumnie „koszt wdrożenia"). Inni wykonawcy wyceniali serwery na kwoty: Asseco - 14 000 zł, konsorcjum S&T - 13 000, konsorcjum SMT Software - 30 000 zł.
Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zgodnie z instrukcją wypełnienia spornej *Tabeli,* ma ona służyć m.in. weryfikacji, w toku realizacji umowy zgodności cen dostawy sprzętu z tymi podanymi w ofercie. Oznacza to tyle, że wykonawca będzie miał obowiązek dostarczenia Zamawiającemu na etapie wykonywania wymienionych w *Tabeli 4* elementów sprzętu po cenach, jakie w tej tabeli podał. Tabela w jej części instrukcyjnej, wyraźnie się odnosi do *„zgodności cen dostarczonych komponentów z cenami wskazanymi w ofercie"* – co oznacza, że na etapie dostawy wykonawca jest obowiązany do zachowania tych cen oferowanych produktów, jakie podał w ofercie – *Tabeli 4.* Nie jest to tożsame z cenami, po jakich nabywa ten sprzęt – z treści *tabeli 4* nie wynika obowiązek zaprezentowania kosztów, jakie wykonawca ponosi w celu nabycia składników do oferowanego systemu, ale cen, po jakich oferuje Zamawiającemu te produkty.
Nie jest więc tak, jak mówi się w złożonej przez Odwołującego opinii, traktowanej jako stanowisko strony (z uwagi na zawarte w niej rozważania mające charakter prawny, nie zaś ustaleń faktycznych, oraz z uwagi na opracowanie jej nie przez biegłego powołanego przez KIO – dokument nr [24]), że ceny w *Tabeli* mają umożliwiać weryfikację ceny dostawy sprzętu z wartościami podanymi w *Tabeli 3.* Nie chodzi tu bowiem o ceny, po jakich wykonawca nabywa oferowane elementy (jakie ponosi koszty w związku z tym), ale o ceny, za które przenosi je na Zamawiającego.
Istotną przy tym dla oceny stawianego zarzutu jest okoliczność, że wykonawca zaoferował sporne elementy sprzętu, nie można więc, na podstawie zawartości *Tabeli 4* – jej pozycji 50 – 80 powiedzieć, że wykonawca nie zaoferował konkretnych, wymaganych elementów. Porównywanie zatem oferty Qumak SA w Warszawie w tej mierze z ofertą Comarch SA w Krakowie, która została odrzucona, jest o tyle nieuprawnione, że pierwszy z wykonawców zaoferował pewne elementy w niskiej cenie, podczas gdy drugi wykonawca, wyceniając inne elementy (prawa autorskie) na kwotę 0 zł, oświadczył tym samym, że nie są one oferowane wcale. Także Odwołujący, stawiając powyższy zarzut wobec oferty Qumak SA w Warszawie,

odnosi go wyłącznie do wyceny wymienionych w tabeli 4 poz. 50-80 elementów sprzętu. Dostrzegając zatem przyznanie przez dysponenta tej oferty, że cena 123 zł nie może obejmować kosztów dostawy różnych, wymienionych w poz. 50-80 *Tabeli* elementów, podkreślenia wymagają zarzuty, jakie w odniesieniu do tej sytuacji postawił Odwołujący. Odwołujący na rozprawie sprecyzował stawiany zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, podając, że czyn nieuczciwej konkurencji, który przypisuje Przystępującemu Qumak SA w Warszawie określony został w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. utrudnianie innym podmiotom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż produktów poniżej kosztów wytworzenia.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że tak postawiony zarzut nie pozwala na jego uwzględnienie. Z jednej strony, zarzut wskazujący na czyn nieuczciwej konkurencji, jaki przypisuje Odwołujący wykonawcy Qumak SA w Warszawie nie został wyartykułowany w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy), został doprecyzowany dopiero na rozprawie, przy czym z treści odwołania - zawartej w nim argumentacji, nie sposób wywnioskować, że mowa jest o utrudnianiu innym podmiotom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż produktów poniżej kosztów wytworzenia. Ogólna konstatacja uczyniona w zakresie powyższego zarzutu w odwołaniu, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji opatrzona spostrzeżeniem, że *dostawcy sprzętu nie są w stanie zaoferować ceny sprzedaży na takim poziomie; nie jest możliwe złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, które mogłyby być zgodne z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym i które mogłyby uzasadniać w sposób wystarczający zaoferowanie sprzętu komputerowego w takiej ilości i jakości, jak określone w SIWZ, za 123 złote,* a także zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) i 6) ustawy *poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak S.A., pomimo iż Qumak S.A. zaoferował dostawy sprzętu komputerowego poniżej kosztów wytworzenia/zakupu, a oferta w tym zakresie zawiera błąd w obliczeniu ceny,* nie pozwalają na odczytanie, że intencją Odwołującego było przypisanie Qumak SA w Warszawie czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Z drugiej strony, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu podlega taka oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jeśli upatrywać – jak czyni to Odwołujący – czynu nieuczciwej konkurencji w fakcie zaoferowana określonych elementów służących opracowaniu przedmiotu zamówienia, to jest tych ujętych w poz. 50-80 oferty Qumak SA w Warszawie poniżej kosztów ich nabycia, to powyższe nie znajduje przełożenia na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, by złożenie oferty – rozpatrywanej jako całość – stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Wycena poszczególnych elementów „wewnątrz oferty" nie czyni całej oferty stanowiącą przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Wycena tych elementów nie służyła bowiem ich

ocenie w ramach odrębnych kryteriów oceny ofert, nie miała znaczenia dla wyboru oferty wykonawcy, który to wybór następował przecież na podstawie ceny zaoferowanej za cały przedmiot zamówienia. Nie sposób też pomijać, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa systemu informatycznego, nie zaś dostawa składających się na ten system wielu komponentów: sprzętu, oprogramowania, pracy ludzkiej i wszystkiego tego, czego wymaga stworzenie systemu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Stąd – w okolicznościach analizowanej sprawy – nie sposób upatrywać w wycenie wybranych elementów służących realizacji zamówienia – tak jak sprecyzował na rozprawie stawiany zarzut Odwołujący - działania zmierzającego do utrudniania innym podmiotom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż produktów poniżej kosztów wytworzenia.
W sprawie mamy do czynienia ze sprzedażą przedmiotu złożonego, jakim jest system informatyczny, agregującego – dla jego wykonania - różne elementy, zatem przypisywana Qumak SA w Warszawie sprzedaż produktów poniżej kosztów wytworzenia, o której stanowi przywołany przez Odwołującego przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinna być odnoszona do tego, co jest przedmiotem sprzedaży, czyli do całego systemu. W odniesieniu jednak do ceny tego systemu – rozpatrywanej jako całość - nie jest podnoszone zastosowanie niedozwolonych praktyk, kwalifikowanych ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które by pozwalały przenieść je na grunt ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przypisać podstawę do odrzucenia oferty o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Dostrzeżenia wreszcie wymaga, że w przedmiotowej sytuacji trudno przypisać wykonawcy Qumak SA w Warszawie wskazywany przez Odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji, opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którym ma być utrudnianie innym podmiotom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż produktów poniżej kosztów wytworzenia: postępowanie o zamówienie publiczne ze swej istoty odbywa się w warunkach konkurencyjnych i każdy podmiot, potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu może w nim wziąć udział na równych zasadach, jeśli tylko spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym wypadku trudno zatem mówić o jakimkolwiek utrudnianiu dostępu do rynku, jeśli to Zamawiający a nie wykonawca kreuje zasady dostępu do zamówienia – warunki udziału w postępowaniu a także jego przedmiot.

W analizowanej sprawie, przedmiotem sprzedaży jest system informatyczny traktowany jako całość, nie zaś zbiór rozpatrywanych z osobna elementów, jakie są niezbędne do wytworzenia tego systemu, zatem to cena za ten przedmiot mogłaby być rozpatrywana w kategorii wskazanego przepisu, zważywszy, że to jedyne kryterium oceny ofert. Ta cena oferty Qumak SA w Warszawie za wykonanie zamówienia nie pozwala na uznanie, że wykonawca zmierza do utrudnienia innym podmiotom do rynku – w postępowaniu

o zamówienie publiczne wszyscy wykonawcy, w warunkach rywalizacji, zmierzają do uzyskania zamówienia, a zatem do stworzenia sytuacji, w której konkurencyjni wykonawcy go nie uzyskają, czego wyrazem jest konkurowanie przede wszystkim ceną. Powyższe działanie, realizowane w granicach ustawy, nie nosi jednak znamion nacechowanego zamiarem ograniczenia dostępu do rynku innym wykonawcom. W analizowanej sprawie, oferta wykonawcy Qumak SA w Warszawie nie jest zresztą najtańszą. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że wykonawca, podając konkretną cenę za wykonanie zamówienia ma pełną swobodę w jej ustaleniu, trudno zatem zgodzić się, że w okolicznościach analizowanej sprawy ewentualny zamysł utrudnienia innym podmiotom do rynku miałby być realizowany poprzez zaniżoną wycenę jednostkowego elementu, który składa się na realizację zamówienia, jeśli wykonawca ma pełne pole do ukształtowania ceny za zamówienie i gdy to ta cena mogłaby służyć ewentualnej eliminacji konkurentów na rynku. Cena jednostkowa za składowe wchodzące w skład systemu, będącego przedmiotem zamówienia nie ma w analizowanym postępowaniu znaczenia dla oceny ofert i uznania którejkolwiek z nich za najkorzystniejszą, zatem nie została spełniona w powyższym zakresie dyspozycja przywołanego przez Odwołującego przepisu, by - poprzez oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia - następowało utrudnianie dostępu do rynku. Powyższe mogłoby, w okolicznościach analizowanej sprawy, być rozpatrywane w odniesieniu do ceny za wykonanie zamówienia.
Nie sposób także, w świetle podnoszonych przez Odwołującego okoliczności, w tym wyceny kosztu dostawy wymienionych elementów, składających się na oferowany system na poziomie 123 zł dopatrzeć się błędu w obliczeniu ceny, o którym traktuje art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wyartykułował, na czym ów błąd miałby polegać – czy na błędnym rachunku w treści *Tabeli 4* w kwestionowanych pozycjach 50-80, co zresztą nie ma miejsca, czy też na niewłaściwym przeniesieniu ujętych tam wartości do *Tabeli 3* – choć i takiego wymagania nie było, by określone wartości z jednej Tabeli miały być przenoszone do drugiej. Odwołujący wyraźnie podawał, że w jego ocenie, mamy do czynienia z zaniżeniem ceny za wymienione elementy, z jej podaniem przez wykonawcę poniżej kosztów zakupu na rynku odpowiedniego sprzętu, co jednak nie oznacza jakiegokolwiek błędu w obliczeniu ceny. Jeśli bowiem przyjąć, że określenie ceny odpowiadającej określonym elementom sprzętu oznacza wskazanie, za jaką wartość wykonawca przeniesienie ten sprzęt na Zamawiającego – to te wartości nie prezentują perspektywy kosztów i nakładów ponoszonych w związku z realizacją zamówienia, ale stanowią wyraz wyceny, jakie elementy i w jakiej cenie wykonawca przeniesie na nabywcę systemu informatycznego (prezentują zatem perspektywę przychodową wykonawcy). Ponieważ powyższe stanowi oświadczenie woli wykonawcy, składane w sposób świadomy,

nie sposób tu mówić, przy braku dostrzeżonych błędów w rachunku, o błędzie w obliczeniu ceny. Wykonawca świadomie, a nie w warunkach jakiegokolwiek błędu, podał takie a nie inne wartości, zatem i ta podstawa do odrzucenia oferty, wynikająca z treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nie została wykazana przez Odwołującego.
Odwołujący nie stawia w powyższym zakresie, w odniesieniu do opisanej wyceny przez Qumak SA w Warszawie różnych elementów sprzętu na poziomie 123 zł innych zarzutów, aniżeli błąd w obliczeniu ceny oraz dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji, które mają w jego ocenie powodować, że mamy do czynienia ze złożeniem oferty podlegającej odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych). Krajowa Izba Odwoławcza, będąc związana - w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych – tak postawionymi zarzutami, nie dopatrzyła się podstaw do przypisania Qumak SA w Warszawie ani błędu w obliczeniu ceny w zakresie wskazywanych pozycji *Tabeli 4*

elementów sprzętu, ani czynu nieuczciwej konkurencji, którym miałoby być, kwalifikowane w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

[8] w zakresie zarzutu niezgodności ofert wykonawców w zakresie, w jakim zaoferowano oprogramowania do wirtualizacji Microsoft Windows Server 2012 i Microsoft Hyper-V lub Oracle VM Server, które, w ocenie Odwołującego nie będzie wspierało zainstalowanego u Zamawiającego oprogramowania Debian Linux:

Odwołujący powyższy zarzut wywiódł w oparciu o przyjęte przez siebie rozumienie SIWZ, upatrując w postanowieniu *W 930* (strona 292-294 Załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia") o treści, w jego części końcowej: *„Zamawiający dostarczy i zainstaluje w Centrum Zapasowym następujące oprogramowanie:*

1) *Debian Linux w najnowszej wersji*
2) *Centos Linux w najnowszej wersji 2 instalacje"*

Obowiązku zaoferowania takiego oprogramowania, które będzie wspierać posiadany przez Zamawiającego oprogramowanie Debian Linux. W ocenie Odwołującego, w oparciu o informacje podawane na stronach internetowych producentów oprogramowania do wirtualizacji Microsoft Windows Server 2012 i Microsoft Hyper-V lub Oracle VM Server, te oprogramowania nie będą wspierały oprogramowania Zamawiającego Debian Linux. Odwołujący wywiódł, w szczególności, że Oprogramowanie Debian Linux będzie instalowane na serwerach blade, które zgodnie z grupą wymagań *GW 74 Wirtualizacja*

(strona 252-254 Załącznika nr 1 do SIWZ) i wymaganiem *W 669* (strona 253-254) mają zostać objęte oprogramowaniem do wirtualizacji.

Po pierwsze, podzielono stanowisko Zamawiającego, że cytowane wyżej postanowienie SIWZ, mówiące o tym, że Zamawiający dostarczy i zainstaluje w Centrum Zapasowym określone oprogramowanie nie ma charakteru obligującego wykonawców do przyjęcia, że jedynie to oprogramowanie może zostać użyte i że wyraża ono możliwość skorzystania przez wykonawców z tego oprogramowania, co nie wyłącza zastosowania innego, w tym „podmiany" tego oprogramowania. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w świetle wymagania *W 930,* wykonawca ma dostarczyć oprogramowanie standardowe, które jest niezbędne do uruchomienia Systemu Hydrologii i Systemu Telemetrii w Centrum Zapasowym, zapewniające poprawne działanie obu systemów (…).
Niewątpliwym jest, że Zamawiający pozostawił wykonawcom pewną swobodę w zakresie zastosowanych do wykonania zamówienia elementów – sprzętu i oprogramowania, narzucając pewne elementy w *Tabeli 4,* ale pozwalając zarazem na dopełnianie jej innymi, nie wskazanymi przez siebie elementami – skoro w części instrukcyjnej poprzedzającej ten formularz podał, że wykonawca może do tej *Tabeli* dodawać dodatkowe wiersze – *W celu umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji zgodności wykonania zamówienia z treścią oferty, Wykonawca powinien: 1. wykorzystać możliwość dopisania komponentów ([Dodatkowe komponenty wg przeznaczenia]), jeżeli jest to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę, 2. w przypadku, kiedy Wykonawca przewiduje, że oferowane przez niego rozwiązanie wymaga by komponent składał się z więcej niż jednego składnika cenowego, dla każdego z takich komponentów (oznaczonych Lp.).* Tym samym trzeba przyjąć, że wykonawcy, których zadaniem jest zaprojektowanie i budowa systemu, mieli jedynie w pewnym stopniu zakreślone ramy dotyczące budowy tego systemu, przykładowo musieli zastosować w nim pewne rodzaju sprzętu, które Zamawiający narzucił już w *Tabeli 4,* ale mieli możliwość zastosowania innych, dodatkowych elementów. Oznacza to zatem, że wykonawcy mieli w tej mierze względną swobodę, zaś postanowienie, że Zamawiający dostarczy i zainstaluje oprogramowanie Debian Linux oznacza jedynie, że wykonawcy w zakresie odpowiedniego komponentu, stosownie do swojej wizji projektu Systemu i założonego rozwiązania, mogli w tej mierze skorzystać z niego lub przewidzieć inne rozwiązania.
Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa określonego systemu, nie zaś integracja systemów posiadanych przez

Zamawiającego, kiedy zadaniem wykonawcy jest skonsolidowanie różnych elementów w sposób zapewniający ich bezkonfliktowe działanie i zastosowanie wszystkich posiadanych

przez Zamawiającego zasobów i systemów podlegających integracji. Tu mamy do czynienia z zaprojektowaniem systemu, gdzie Zamawiający, narzucając konieczność użycia wskazanych przez siebie rodzajów sprzętu, oprogramowania, wykonania prac programistycznych, dopuścił dodawanie przez wykonawców dodatkowych elementów. Gdyby było tak, że Zamawiający wymaga kategorycznie użycia posiadanego przez niego oprogramowania Debian Linux, powinno było to znaleźć czytelny i jednoznaczny wyraz w SIWZ.
Po drugie, Odwołujący nie stawia tezy, że oprogramowanie do wirtualizacji Microsoft Windows Server 2012 i Microsoft Hyper-V lub Oracle VM Server nie będzie współpracowało z Debian Linux, tylko że nie ma ono wsparcia producenta, w razie skomponowania go tym oprogramowaniem. Odwołujący wykazywał, że to wsparcie oznacza opiekę producenta, zapewnienie pewnej obsługi. Treść wymagań opisywanych przez Zamawiającego nie pozwala przyjąć, że Zamawiający postawił wyraźne oczekiwanie, by te oprogramowania się „wspierały", ale by oferowane rozwiązanie, składające się z różnych narzędzi pozwalało na osiągnięcie wymaganych funkcjonalności, by zastosowane oprogramowania współdziałały efektywnie, co pozostawił wykonawcom na ich ryzyko. W świetle brzmienia SIWZ, rzeczą wykonawców było zaproponowanie takiego rozwiązania, zestawienie takiego będzie Zamawiający nie narzucił bowiem oprogramowania, które funkcjonowało. wykonawcom ani obowiązku zaoferowania konkretnego oprogramowania, ani też nie wskazał, że założone dla realizacji zamówienia oprogramowanie ma mieć wsparcie producenta. Podkreślenia w tym, miejscu wymaga, że w przytaczanych przez Odwołującego postanowieniach SIWZ, na potwierdzenie stawianych przez niego zarzutów, nie mówi się o obowiązku zapewnienia przez wykonawcę wsparcia producenta oprogramowania w zakresie tego oprogramowania, które będzie musiało współfunkcjonować z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem; mówi się jedynie o zapewnieniu współdziałania, o kompatybilności. Nie jest więc wystarczające dla stwierdzenia, że oprogramowania nie będą ze sobą w sposób bezkonfliktowy współpracować fakt, że w dokumentach udostępnianych przez producentów oprogramowania (Oracle i Microsoft) nie wymienia się systemu operacyjnego Debian Linux. Nie wynika z nich bowiem twierdzenie negatywne – że wskazywane oprogramowania nie dadzą się ze sobą pogodzić, a jedynie tyle, że producent oprogramowań z grupy Oracle i Microsoft nie wypowiada się na ten temat.
Pamiętać należy o tym, że ofertę wykonawcy można odrzucić jedynie wtedy, gdy mamy do czynienia z niezgodnością z SIWZ o charakterze oczywistym, wtedy gdy SIWZ jednoznacznie i czytelnie stawia pewne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. W związku z tym, niezgodności oferty z SIWZ nie można domniemywać czy odgadywać na podstawie nieprecyzyjnych postanowień SIWZ. W analizowanej sprawie, Zamawiający

w analizowanych postanowieniach SIWZ nie wyartykułował w sposób jednoznaczny, taki który by pozwalał przyjąć, że postawione zostało oczekiwanie złożenia takiej oferty, w której zaoferowane zostanie oprogramowanie zapewniające wsparcie producenta oprogramowania.
Nie stanowi podstawy do wniosku, że takie wsparcie było wymagane treść wymagań, na które powoływał się Odwołujący:
W 669, mówiące o obowiązku dostarczenia licencji koniecznych do zwirtualizowania wszystkich dostarczonych przez Wykonawcę serwerów blade dostarczonych do ISOK – IMGW – Węzła Centralnego, ISOK – IMGW – Centrum Zapasowego, ISOK – KZGW, ISOK – KZGW – Centrum Zapasowego, a także *W 656 i 655,* zgodnie z którymi system operacyjny musi wspierać wirtualizację jako virtualization guest (dla systemów instalowanych na hostach wirtualizowanych) oraz że platforma wirtualizacyjna musi wspierać dany system operacyjny.
Ponadto dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący odnosi się do zapewnienia wsparcia przez producenta, które ma charakter pewnego aspektu formalnego, pewnego porozumienia, którego przedmiotem będzie zapewnienie pewnej obsługi przez tego producenta, nie jest to więc wymaganie dotyczące cech, właściwości czy funkcjonalności danego oprogramowania.

Cytowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ odnoszą przy tym do zapewnienia funkcjonowania systemu, jego określonych elementów, zapewnienia pewnej sfery faktu, nie zaś pewnej sfery prawnej, formalnej ze strony producenta (wskazywanej przez Odwołującego możliwości korzystania z Serwisu Microsoft przy rozwiązaniu problemów). Zatem już na tym etapie ujawniają się między Odwołującym i Zamawiającym sprzeczne rozumienia postanowień SIWZ, które muszą być uwzględniane w kontekście tych postanowień SIWZ w takim kształcie, jaki one przybrały w tym postępowaniu. Nie sposób na podstawie tak opisanych wymagań Zamawiającego, upatrywać obowiązku zaoferowania oprogramowania, które będzie opatrzone pewną opieką producenta, wyrażającą się w zagwarantowaniu funkcjonowania oprogramowania z innym oprogramowaniem w sposób bezkonfliktowy. W tym postępowaniu Zamawiający zdaje się wymagać takiego skomponowania systemu, który – po zastosowaniu wymaganych przez niego kategorii sprzętu oprogramowania - pozwoli na realizację wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, niezależnie od tego jak wykonawca zapewni osiągnięcie tego celu. Jak wskazywał Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczał, wykonawca jest zobligowany do 5-letniego serwisu i zapewnienia poprawnego działania systemu niezależnie od gwarancji producenta. Bez znaczenia jest zatem teza prezentowana przez Odwołującego, iż skoro oprogramowanie Debian Linux jest niezbędne do działania fragmentu posiadanego już oprogramowania, jakim jest Monitor IMGW to nie jest udowodnione, że produkt Monitor

IMGW nie przestanie działać w razie podmiany oprogramowania Debian Linux na inne i że żaden z wykonawców nie może tego uwodnić, ponieważ nie posiada wiedzy, co byłoby w razie zamiany takiego oprogramowania, skoro to zadaniem wykonawcy jest takie wykonanie systemu, by funkcjonował on poprawnie i za to wykonawca ponosi odpowiedzialność kontraktową.

Po trzecie, zawarte w wymaganiu *W 930* – z którego to Odwołujący wywodzi obowiązek dostarczenia oprogramowania wspierającego Debian Linux, informacje o posiadaniu przez Zamawiającego tego oprogramowania odnosić się mogą jedynie do narzędzi do wirtualizacji dla Centrum Zapasowego - to wymaganie zawarte jest w tej części opisu przedmiotu zamówienia, która traktuje o Centrum Zapasowym. Jeśli więc wykonawcy oferowali kwestionowanego rodzaju oprogramowania a także inne, to nie sposób ustalić, które dotyczyłoby Centrum Zapasowego.

Nie miały rozstrzygającego znaczenia w tej mierze składane przez strony oświadczenia: złożone przez Comarch SA w Krakowie oświadczenia innego podmiotu, wskazujące, że jego oprogramowanie jest zgodne ze spornym wymaganiem (dowód nr [29]) – ocena zgodności oferowanych rozwiązań z SIWz odbywa się bowiem w oparciu o brzmienie SIWZ i odczytywane z niej wymagania, a także o właściwości oferowanego przedmiotu, których ustalenie na podstawie oświadczenia takiego jak to przedłożone przez wykonawcę ma, już choćby z uwagi na jego bardzo ogólną treść, ograniczony walor dla ustalenia okoliczności spornych w postępowaniu. Podobne znaczenie należało przypisać oświadczeniu innego podmiotu, złożonemu przez Odwołującego, mającemu wykazywać, że w ocenie tego podmiotu produkty wirtualizacyjne Microsoft nie wspierają systemu operacyjnego Debian Linux.

Po czwarte, nie sposób pomijać okoliczności, że w tej mierze większość wykonawców zaoferowała rozwiązania oparte na zastosowaniu kwestionowanych przez Odwołującego oprogramowań. Trudno zatem przyjąć, że niemal wszyscy wykonawcy, będąc profesjonalistami w obrocie informatycznym, odczytując ten sam dokument jakim jest SIWZ opracowana dla tego postępowania, znając i poddając analizie możliwe do zastosowania w tej mierze rozwiązania dostępne na rynku (oprogramowania do wirtualizacji), w sposób niewłaściwy odczytali zawarte w nim wymagania i złożyli oferty nieodpowiadające SIWZ. Zwrócić należy uwagę, że konsorcjum SMT Software zaoferowało w tej części inne oprogramowanie, co jednak wynika z przyjęcia odmiennej, niezgodnej z SIWZ koncepcji realizacji zamówienia (rozwiązanie oparte na chmurze usług)).

Po piąte, znamienne jest złożone na powyższą okoliczność na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. oświadczenie wykonawcy Qumak SA w Warszawie (dokument nr [25]; oświadczenie

wykonawcy Qumak SA w Warszawie na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r.), zawierające porównanie elementów ofert dotyczących oprogramowania do wirtualizacji z oferty Qumak SA w Warszawie i z oferty Asseco Poland SA w Rzeszowie, na okoliczność, że *rozwiązania wskazane w ofercie Qumak są rozwiązaniami spełniającymi warunki stawiane w SIWZ.*
Jakkolwiek, można rozważać – czy w świetle art. 179 ust. 1 ustawy – wymagane w nim przesłanki materialnoprawne, w tym możliwość poniesienia szkody w wyniku zarzucanych naruszeń prawa, można odnosić do poszczególnych zarzutów czy też odnoszą się one do wniesienia odwołania jako takiego, trudno zaakceptować sytuację, że wykonawca posiada interes i możliwość poniesienia szkody w wyniku stawiania naruszeń przepisów, które – w razie uwzględnienia, dotykałyby także jego sytuacji. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu polegającego na uzyskaniu stanu, w którym ten wykonawca będzie mógł uzyskać zamówienie. W razie potwierdzenia zasadności stawianych w zakresie powyższego zarzutu tez, należałoby przecież rozważyć identyczną ocenę wszystkich ofert, w których zaoferowano kwestionowane w odwołaniu oprogramowanie. Skutkiem takiej oceny mogłoby być zatem jedynie odrzucenie ofert, w których je przewidziano, co nie realizuje interesu Odwołującego. Oferta Odwołującego nie jest przedmiotem oceny w postępowaniu odwoławczym, nie postawiono w nim zarzutów wobec tej oferty, niemniej przypomnienia wymaga, że Zamawiający jest każdorazowo uprawniony do samodzielnego unieważnienia podjętych uprzednio czynności, jeśli dopatrzy się w swoim wcześniejszym działaniu nieprawidłowości, co ma szczególne znaczenie wobec obowiązku równego traktowania wykonawców w postępowaniu (tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2012 r. w spr. KIO 2037/12 i 2047/12, z dnia 25 sierpnia 2011 r. w spr. KIO 1769/11, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowienie z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11).

Z powyższych względów uznano, że postawiony w powyższym zakresie zarzut został oparty na przyjęciu pewnej, nieuprawnionej interpretacji SIWZ, zaś wskazywane przez Odwołującego okoliczności na potwierdzenie jego zasadności nie zasługiwały na uwzględnienie.

---

[9] w zakresie zarzutu niezgodności ofert wykonawców w zakresie, w jakim zaoferowano oprogramowanie HP Data Protector do tworzenia kopii zapasowych i archiwizacji danych:

Odwołujący wycofał powyższy zarzut, zatem nie podlegał on rozpoznaniu.

VI. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCĘ COMARCH SA W KRAKOWIE (spr. o sygn. KIO 1080/13):

Odwołujący złożył odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ oraz prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zarzucając naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ; naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wszystkich podanych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego; naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu; unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Qumak jako oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że:
- Nie istnieje zapis SIWZ z którym oferta Odwołującego byłaby sprzeczna. W szczególności nigdzie w SIWZ nie istnieje zakaz sformułowania treści oferty w taki sposób, jak uczynił to

Odwołujący.
W szczególności nie istnieje jakiś zakaz wliczenia „kosztu *wdrożenia, koszty licencji/praw autorskich/dostawy"* do ceny oferowanego rozwiązania. Nie istnieje też nakaz wpisania do *Tabeli* nr 4 kosztu każdego komponentu wskazanego przez Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający miał takie oczekiwanie - nic nie stało na przeszkodzie by taki nakaz lub zakaz wprost ująć w SIWZ. Ponieważ takie zapisy w SIWZ nie istnieją, a - co należy podkreślić, muszą one dla celu odrzucenia oferty być jednoznaczne i wyraźne, a co za tym idzie: nie

można ich dorozumiewać - związku z powyższym nie jest jasne, z jakim zapisem SIWZ oferta Odwołującego jest niezgodna. Wobec udzielonych wyjaśnień i przyjęciu zasady, że *suma kosztów z tabeli 4 nie musi sie równać kosztom z tabeli 3* (gdzie jest cena oferty) - to odrzucenie oferty Odwołującego z podanym uzasadnieniem, a mianowicie, że nie będzie mógł Zamawiający w toku oceny oferty sprawdzić, czy wymienione komponenty zostały ujęte w cenie oferty - jest z gruntu wadliwe, gdyż udzielona do SIWZ z góry przekreśla możliwość i celowość takiej weryfikacji. Udzielona odpowiedź i przyjęta zasada o niesumowaniu kosztów obydwu w/w tabel nie pozwala Zamawiającemu, w trakcie oceny ofert nie pozwala Zamawiającemu na ocenę, czy wymienione w niej komponenty zostały uwzględnione w cenie oferty Wykonawcy. Zamawiający nie może domniemywać na podstawie pkt 4 formularza ofertowego, iż którykolwiek z wymienionych przez Wykonawcę komponentów, nie został wkalkulowany przez niego w cenę oferty, gdyż stoi to sprzeczności z udzielonym przez niego wyjaśnieniem. Wszystkie koszty wdrożenia, koszty licencji/praw autorskich/dostawy tych składników, w stosunku do których Zamawiający powziął wątpliwość zostały i są wkalkulowane w cenę oferty.
- Brak jest jawnego i wyraźnego zakazu w SIWZ, który zabraniałby wypełnienia przedmiotowej tabeli w sposób, w jaki dokonał tego Odwołujący. W związku z tym po prostu nie istnieje zapis SIWZ z którym treść oferty byłaby niezgodna. Zamawiający pozostawił do decyzji Wykonawcy konieczność dopisywania kolejnych komponentów, bądź wprowadzenia podziału w ramach komponentu. Jeżeli intencje Zamawiającego były inne, powinien był precyzyjnie sformułować zapisy SIWZ. Treść Formularza ofertowego, w szczególności jego pkt. 4 od początku budziły wątpliwości co do sposobu jego wypełnienia. Na skutek zapytań Wykonawców, treść formularza ofertowego była kilkakrotnie zmieniana przez Zamawiającego, pomimo to nadal pozwalała na różną interpretację jego zapisów. Niejednoznaczność zapisów SIWZ i inne intencję jakie miał Zamawiający, a które ujawnił dopiero na etapie oceny ofert - doprowadziła do odrzucenia 4 z 8 ofert złożonych w postępowaniu. Tymczasem brak precyzji po stronie Zamawiającego, nieścisłości lub niedopowiedzenia w zapisach SIWZ, powinny być interpretowane na korzyść Wykonawcy i nie mogą rodzić wobec Wykonawcy negatywnych konsekwencji. Ponadto Wykonawca, jako profesjonalista, ma największą wiedzę o oferowanym przez siebie rozwiązaniu, jeśli więc w tym przypadku uzna - co było dozwolone i dopuszczone w SIWZ - że wymienione przez niego komponenty zapewniają kompletność oferowanego rozwiązania, a każdy z wymienionych komponentów to jeden składnik cenowy, to taka treść oferty nie może być traktowana jako niezgodna z zapisami SIWZ, a co za tym idzie nie może być podstawą odrzucenia oferty.
Odwołujący zakwestionował także decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na tej

podstawie, że nie zostało wyraźnie przewidziane oprogramowanie do wirtualizacji, wykazując, że nie skorzystał z możliwości dopisania komponentu w zakresie oprogramowania wymaganego do rozbudowy sprzętowej bazy danych, bowiem nie było to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę. Oferta Comarch zawiera wszystkie niezbędne elementy do poprawnego wdrożenia i funkcjonowania systemu ISOK, w szczególności zaoferowane licencje obejmują elementy oprogramowania niezbędne do rozbudowy zaoferowanej Platformy sprzętowej baz danych (rozbudowa).
- Nie istnieje zapis SIWZ z którym oferta Odwołującego byłaby niezgodna. Zresztą sam Zamawiający miał z tym kłopot - wskazał bowiem ogólnie na niezgodność oferty *„w szczególności z Opisem Przedmiotu Zamówienia"* Już sam ten fakt należy ocenić krytycznie

i uznać go za dowodzący braku wyraźnych podstaw do odrzucenia oferty wygrywającej.
- Wykonawca nie może być obarczany konsekwencjami, braku przedsięwzięcia przez Zamawiającego odpowiednich środków na wypadek sytuacji, kiedy to nie będzie posiadał wystarczającej wiedzy na temat zaoferowanego przez Wykonawcę oprogramowania, co w rezultacie utrudni mu prawidłową ocenę złożonej oferty. Zamawiający mógł np. zobowiązać Wykonawców do dołączenia w ramach oferty dokumentacji oferowanych komponentów, nie zrobił tego, miast tego na bazie wyłącznie wykazu z pkt. 4 formularza ofertowego wysnuwa tak daleko idące wnioski. Pochopna ocena Zamawiającego jest niezwykle krzywdząca dla Wykonawcy, szczególnie w sytuacji gdy jego oferta, potencjalnie wygrywająca, zostaje odrzucona wyłącznie na bazie domysłów Zamawiającego, nie popartych dowodami. SIWZ dopuszcza dostarczanie oprogramowania standardowego i realizację zamówienia poprzez konfigurację takiego oprogramowania. Nie zachodzi więc sprzeczność pomiędzy SIWZ a ofertą.
- Odwołujący podjął polemikę z tezą Zamawiającego, iż w wykazie zawartym w ofercie Wykonawcy nie zostały wyszczególnione wszystkie komponenty platformy sprzętowej. Zgodnie z zapisami pkt. 4 formularza ofertowego, na które Zamawiający się powołuje, dowodząc niezgodności treści oferty z treścią SIWZ: *„W celu umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji zgodności wykonania zamówienia z treścią oferty, Wykonawca powinien: 1. wykorzystać możliwość dopisania komponentów ([Dodatkowe komponenty wg przeznaczenia]),* **jeżeli jest to konieczne** *w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę* (...)". Wykonawca nie skorzystał z możliwości dopisania komponentu w zakresie oprogramowania wymaganego do rozbudowy sprzętowej bazy danych, bowiem nie było to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę. Oferta Comarch zawiera wszystkie niezbędne elementy do poprawnego wdrożenia i funkcjonowania systemu ISOK. Jeżeli Zamawiający powziął

wątpliwość, czy oferta Comarch zawiera wszystkie niezbędne komponenty, w szczególności komponenty umożliwiające rozbudowę platformy sprzętowej baz danych mógł skorzystać z prawa wezwania Wykonawcy do wyjaśnień.
- zapisy Umowy na które powołał się Zamawiający (par. 13, ust. 13. 14), w części uzasadniającej odrzucenie oferty z uwagi na niezaoferowanie autorskich praw majątkowych odnoszą się do przekazania wszelkich praw związanych z „Elementami *Autorskimi"* i „Modyfikacjami", czego Wykonawca nie uczynił, dotyczą one jednak wyłącznie sytuacji, gdy Wykonawca oferuje wytworzenie właśnie takich fragmentów, które w świetle umowy można traktować jako „Elementy *Autorskie",* bądź „Modyfikacje". *„Brak wyszczególnienia jakichkolwiek „Elementów Autorskich" i „Modyfikacji" w wykazie komponentów jak też brak wycenienia ich w tabeli kalkulacji oferty"* nie oznacza jeszcze, że Wykonawca nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ - tymczasem *„w ocenie Zamawiającego nie istnieje możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia bez opracowania w ramach Umowy jakichkolwiek interfejsów i oprogramowania komputerowego lub ich modyfikacji („Elementów Autorskich" i „Modyfikacji")* do których należy w myśl zapisów Umowy przekazać autorskie prawa majątkowe. Zamawiający nie wskazał co prawda o jakich konkretnie interfejsach mowa, bądź jakie oprogramowania komputerowe lub ich modyfikacje ma na myśli, jednak z całym przekonaniem stwierdza, iż *„nie ma takiej możliwości, żeby którykolwiek z wykonawców dysponował istniejącym (gotowym) Oprogramowaniem realizującym wszystkie wymagania dotyczące funkcjonalności ISOK".* I w tym przypadku nie istnieje zapis SIWZ z którym oferta Odwołującego byłaby niezgodna. Zresztą sam Zamawiający miał z tym kłopot - wskazał bowiem ogólnie na niezgodność oferty *„w szczególności z Opisem Przedmiotu Zamówienia"* i już sam ten fakt należy ocenić krytycznie i uznać go za dowodzący braku wyraźnych podstaw do odrzucenia oferty wygrywającej. Wykonawca nie może być obarczany konsekwencjami, braku przedsięwzięcia przez Zamawiającego odpowiednich środków na wypadek sytuacji, kiedy to nie będzie posiadał wystarczającej wiedzy na temat zaoferowanego przez Wykonawcę oprogramowania, co w rezultacie utrudni mu prawidłową ocenę złożonej oferty. Zamawiający mógł np. zobowiązać Wykonawców do dołączenia w ramach oferty dokumentacji oferowanych komponentów, nie zrobił tego, miast tego na bazie wyłącznie wykazu z pkt.4 formularza ofertowego wysnuwa tak daleko idące wnioski. Pochopna ocena Zamawiającego jest niezwykle krzywdząca dla Wykonawcy, szczególnie w sytuacji gdy jego oferta,

potencjalnie wygrywająca, zostaje odrzucona wyłącznie na bazie domysłów Zamawiającego, nie popartych dowodami.
Odwołujący po gruntownej analizie SIWZ i udzielonych wyjaśnień zaoferował Zamawiającemu produkt, który sprosta wszelkim wymaganiom stawianym przed systemem

ISOK. Nie ma żadnego zapisu w SIWZ, który nakazywałby bezwzględnie wykonanie fragmentów Systemu ISOK (np. interfejsów) podczas realizacji umowy. SIWZ dopuszcza dostarczanie oprogramowania standardowego, jakim jest właśnie i realizację zamówienia poprzez konfigurację takiego oprogramowania. Nie zachodzi więc sprzeczność pomiędzy SIWZ a ofertą.

Biorąc pod uwagę zarzuty stawiane w odwołaniu Comarch SA w Krakowie, podlegało ono oddaleniu.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty tego wykonawcy uznając, że nie odpowiada ona treści SIWZ. Podstawą takiej oceny było uznanie, że wykonawca nie dopełnił wszystkich wymagań stawianych w treści SIWZ w zakresie wypełnienia *Tabeli 4* – co przejawiało się niewyodrębnieniem w niektórych pozycjach tej *Tabeli* poszczególnych elementów i zagregowaniem ich wyceny w ramach jednej kwoty. Zamawiający uznał, że oferta, w której wykonawca nie podał kosztu (odpowiednio wdrożenia, licencji/praw autorskich/dostawy) dla każdego komponentu wskazanego przez Zamawiającego, a ponadto dla wyszczególnionych przez siebie w ofercie składników danego komponentu nie wypełnił kolumny „Koszt licencji/praw autorskich/dostawy", podając dla nich wyłącznie jedną kwotę (sumę kosztów), jest niezgodna z SIWZ.
Zamawiający uznał także ofertę Odwołującego za nieodpowiadającą treści SIWZ z uwagi na niezaoferowanie wszystkich elementów w zakresie platformy sprzętowej niezbędnych do poprawnego wdrożenia i funkcjonowania systemu a także niezaoferowanie autorskich praw majątkowych.

[1] w zakresie odrzucenia oferty z uwagi na brak odrębnej wyceny oferowanych elementów w *Tabeli* 4:

Biorąc pod uwagę podstawy odrzucenia oferty Odwołującego podane przez Zamawiającego, nie sposób podzielić argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, że zaniechanie przez wykonawcę wyodrębnienia linii w ramach dokonywanej samodzielnie modyfikacji formularza oraz zaniechanie odrębnej wyceny ujętych (samodzielnie dodanych przez wykonawcę) elementów i poprzestanie na zagregowanym dla danej kategorii sprzętu czy oprogramowania podaniu ceny stanowić może powód dla odrzucenia oferty.

Po pierwsze, tego rodzaju niesprostanie oczekiwaniom Zamawiającego wyartykułowanym we wstępnej części *Tabeli 4,* gdzie istotnie, Zamawiający podał, że „kiedy *Wykonawca przewiduje, że oferowane przez niego rozwiązanie wymaga by komponent składał się z więcej niż jednego składnika cenowego, dla każdego z takich komponentów (oznaczonych Lp.) Wykonawca powinien zmodyfikować poniższą tabelę poprzez podzielenie linii komponentu na składniki (…)",* nie powinno stanowić powodu dla odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający dopuścił samodzielne dopisywanie przez wykonawców dodatkowych pozycji (podpozycji w Tabeli). Zatem Zamawiający dopuścił pewną swobodę wykonawców w zakresie opisania oferowanego rozwiązania. Następnie, znamienne jest tłumaczenie tak dokonanej oceny przez Zamawiającego, który na rozprawie wykazywał, że uznawał lub nie taką zagregowaną wycenę różnych elementów w ofertach poszczególnych wykonawców, zależnie od tego, jak wykonawcy wyjaśnili łączną wycenę: czy podawali, że w taki właśnie sposób – jako pakiet - nabędą dane elementy. Powyższe dowodzi subiektywnej i niejednolitej dla wszystkich wykonawców oceny ofert przez Zamawiającego. Uzależnianie oceny oferty za zgodną lub nie z SIWZ od tego, jak wykonawcy wyjaśnią sposób nabywania oferowanych produktów (w pakiecie, lub z osobna) stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców. Trzeba w tym miejscu dostrzec, że jednostkowa lub łączna wycena poszczególnych elementów

w ofercie – *Tabeli 4* stanowi wycenę przedmiotów w celu zaoferowania ich Zamawiającemu w ramach przedmiotu zamówienia, odnosi się zatem do perspektywy przychodowej wykonawcy, a nie wysokości i sposobu ponoszenia kosztów z tym związanych. Bez znaczenia jest zatem, jak dany wykonawca nabywa albo będzie nabywał te elementy: w pakiecie za łączną cenę, czy pojedynczo; istotne, jest, że zbywa je Zamawiającemu jako poszczególne zaoferowane elementy, skoro tak właśnie skonstruowano *Tabelę 4.*

O ile zgodzić się także trzeba, że poprawne wypełnienie *Tabeli 4* wymagało konsekwentnego ujęcia danego produktu, opisania jego nazwy handlowej, producenta („Nazwa handlowa/deklaracja opracowania programu", „Oznaczenie/wersja") a następnie wydzielenia linii w celu podania „Kosztu wdrożenia", i „Kosztu licencji/praw autorskich/dostawy", to podkreślenia wymaga przeznaczenie *Tabeli 4* – wynika ono z części instrukcyjnej ją poprzedzającej: ma ona służyć „w *toku realizacji umowy weryfikacji zgodności realizacji zamówienia z treścią oferty, w tym w szczególności: zgodności przedmiotowej (asortymentowej) dostarczonego komponentu z ofertą; zbieżności przenoszonych praw autorskich i udzielanych licencji z ofertą; zgodności dostawy danego komponentu z lokalizacją wskazaną w ofercie (podział na węzły) oraz zgodności cen dostarczonych komponentów z cenami wskazanymi w ofercie.".* W kontekście tego przeznaczenia *Tabeli 4,* niesprostanie wszystkim wymaganiom w zakresie sposobu jej wypełnienia: brak

wyodrębnienia linii w dodanych komórkach *Tabeli* i wydzielenia oferowanych, dodatkowych przedmiotów oraz ich osobnej wyceny, nie może być rozpatrywany w kategorii innej, aniżeli niezgodność z SIWZ tego rodzaju, która nie dyskwalifikuje oferty z postępowania. Powyższe nie może być traktowane inaczej, jak wyraz nadmiernego rygoryzmu i niczym nieuzasadnionego formalizmu. Istotnie, Zamawiający wymagał bowiem odrębnej wyceny każdego z produktów, co miało służyć na wypadek konieczności rozliczenia z wykonawcą w razie odstąpienia od umowy. W myśl § 19.5 Wzoru umowy, w razie częściowego odstąpienia od Umowy, Wykonawcy przysługuje za odebrane i zatrzymane prze Zamawiającego Produkty, wyłącznie część wynagrodzenia przewidzianego w § 112 Umowy odpowiadająca zakresowi wykonanych prac i zatrzymanych produktów, określona przez Strony w szczególności przy uwzględnieniu Oferty Wykonawcy (Załącznik 4). Zamawiający, w wyniku niepoprawnej, to jest zagregowanej wyceny w danych pozycjach, odnoszącej się do kilku produktów dysponował informacją na temat ceny dotyczącej grupy produktów w danym komponencie. To rzeczywiście, w razie konieczności rozliczenia przy odstąpieniu od umowy, potencjalnie mogłoby sprawiać problemy w ustaleniu właściwej dla danego – dostarczonego i odebranego - produktu ceny. Powyższe jednak nie powinno wywoływać skutku w postaci obowiązku odrzucenia oferty, jako niezgodnej z SIWZ. Tego rodzaju niezgodność ma charakter raczej formalny, dający się usunąć. Jeśli bowiem dany wykonawca nie uczynił zadość temu wymaganiu, a w ocenie Zamawiającego informacje o cenach jednostkowych każdego produktu dodanego i opisanego w *Tabeli 4* były niezbędne dla postępowania, Zamawiający mógł powyższą kwestię wyjaśnić z udziałem wykonawcy.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, prezentowanemu wprawdzie w odniesieniu do innego odwołania (w spr. KIO 1067/13), Zamawiający mógł uzyskać i uwzględnić informacje o kosztach składników ujętych w zagregowanych pozycjach w ramach wyjaśnienia treści oferty. Nie stanowiłoby to naruszenia art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, zakazującego prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmiany treści oferty niedozwolonej w myśl art. 87 ust. 1 a lub 2 ustawy. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że w ramach takich wyjaśnień wykonawca nie dokonywałby zmiany treści oferty, a jedynie ją precyzował, skoro musiałby się mieścić w pierwotnej, zbiorczej wycenie elementów w danej pozycji *Tabeli.* Nie stanowiłoby to także negocjowania treści oferty – nie ma tu bowiem miejsca uzgadnianie dogodnej dla wykonawcy treści oferty, kształtowanie jej brzmienia, ale podanie, jakie dokładnie ceny wykonawca ujął w sposób zagregowany. Co więcej, skoro wykonawca opracowuje ofertę, to w tej mierze ma od samego początku pełną swobodę w ukształtowaniu ceny, zatem nie sposób w takim ewentualnym wyjaśnieniu cen jednostkowych upatrywać niedopuszczalnego przez ustawę negocjowania treści oferty. Następnie, nie sposób pomijać, że ustawa dopuszcza działanie

dalej idące, polegające na zmianie treści oferty w związku z obowiązkową procedurą poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jeśli nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty. Ewentualne wyjaśnienie kwestii treści oferty w takim wypadku nie tylko nie wywoływałoby istotnej zmiany oferty ale w ogóle nie ingerowałoby w jej treść - prowadząc jedynie do sprecyzowania treści oferty, mieszczącej się w jej pierwotnym brzmieniu. Skoro zatem ustawa pozwala na więcej – na dokonanie nieistotnej zmiany treści oferty z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – to tym bardziej dopuszczalne jest uzyskanie w wyniku wyjaśnienia informacji o składowych ceny, która została podana Zamawiającemu w ofercie w sposób zbiorczy, co nie stanowi zmiany oferty, mieszcząc się w jej treści.

Uzyskanie stanowiska wykonawcy, które w swej treści będzie neutralne dla treści oświadczeń woli składających się na ofertę, nie będzie zatem stanowiło jej negocjowania, czy poprawienia pozycji wykonawcy wynikającej z oferty, polegającego na ukształtowaniu korzystniejszych warunków niż wyartykułowane w ofercie.

Z tych względów, stawiany w tej części zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego uznano za zasadny, co jednak nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania, skoro nie potwierdziły się dalsze zarzuty, wskazujące na niewłaściwą ocenę oferty Odwołującego, które by czyniły decyzję o odrzuceniu oferty bezpodstawną (art. 192 ust. 2 ustawy).

[2] w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezaoferowanie wszystkich elementów w zakresie platformy sprzętowej niezbędnych do poprawnego wdrożenia i funkcjonowania systemu:

Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Odwołującego za niezgodną z SIWZ z uwagi na niezaoferowanie – niewyszczególnienie w *Tabeli 4* elementów platformy sprzętowej.

Zgodzić się trzeba z Zamawiającym, że w *Tabeli 4* należało w sposób kompletny „opisać" oferowane rozwiązanie, co oznacza konieczność wyszczególnienia w niej elementu, który dany wykonawca przewiduje dla wykonania zamówienia. Na tę kompletność wskazuje instrukcja zawarta przed *Tabelą:* „W *celu umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji zgodności wykonania zamówienia z treścią oferty, Wykonawca powinien: 1. wykorzystać możliwość dopisania komponentów ([Dodatkowe komponenty wg przeznaczenia]), jeżeli jest*

to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę, 2. w przypadku, kiedy Wykonawca przewiduje, że oferowane przez niego rozwiązanie wymaga by komponent składał się z więcej niż jednego składnika cenowego, dla każdego z takich komponentów (oznaczonych Lp.) Wykonawca powinien zmodyfikować poniższą tabelę poprzez podzielenie linii komponentu na składniki, zgodnie z przykładem (…)
Wynika to także z wyjaśnienia SIWZ, jakiego Zamawiający udzielił w dniu 16 stycznia 2013 r. (pakiet odpowiedzi na pytania nr 13, odpowiedź na pytanie nr 42), gdzie Zamawiający, na dotyczące postanowienia Działu 6 ust. 6.4 SIWZ, o treści: „Oferta *będzie podlegać ocenie, jeśli spełnia wszystkie wymagania W (dotyczące przedmiotu zamówienia) zdefiniowane w dokumencie Opis przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik 1 do SIWZ",* pytanie, *na czym ma polegać zweryfikowanie spełnienia wszystkich wymagań W zdefiniowanych w dokumencie OPZ,* podał, że weryfikacja nastąpi w oparciu o treść wypełnionego Formularza Ofertowego.

Dostrzeżenia jednak wymaga faktyczna trudność, która niejednokrotnie może się pojawić w zakresie prezentowanego rozwiązania: te same elementy zestawione w większą całość mogą być traktowane jako jeden samodzielny produkt, lub zbiór kilku odrębnych produktów. W sprawie także możemy rozpatrywać zamawiany system jako jeden złożony produkt, albo zbiór elementów, takich jak odpowiednie oprogramowanie, sprzęt, dokumentacja, które mogą być rozpatrywane łącznie. Co więcej, pewne elementy wchodzące w skład tego systemu, jego składowe mogą być także traktowane w różny sposób: można przykładowo postrzegać osobno serwer i z osobna oprogramowanie nim zarządzające, albo traktować je jako jeden

produkt. Tego rodzaju trudność ujawniła się na gruncie tego postępowania, kiedy oferowane przez różnych wykonawców rozwiązania znalazły różny wyraz w ich ofertach: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infrasoft International Luxemburg w Luxemburgu zaoferowali w większości pozycji *Tabeli 4* to samo rozwiązanie traktując je zarówno jako sprzęt oraz oprogramowanie – jako jeden agregat mający odpowiadać wymaganym przez Zamawiającego różnym elementom; inni wykonawcy opisywali poszczególne elementy w ramach komponentów, dodając własne produkty, ponad wymaganie Zamawiającego. Konwencja prezentacji oferowanego w odpowiedzi na wymagania Zamawiającego ujęte w obszernej i skomplikowanej dokumentacji (to kilka tomów dokumentacji technicznej, szczegółowe opisy wymagań) rozwiązania przez danego wykonawcę za pomocą formularza - *Tabeli 4* dawała pole do nieścisłości, wynikających choćby z zagregowania przez wykonawców różnych produktów w większe elementy i w taki sposób prezentowania ich w *Tabeli,* co stwarzało ryzyko, że taka sytuacja będzie potraktowana jako niezaoferowanie wymaganego elementu. W pewnym zakresie mechanizm przyjęty przez Zamawiającego do prezentacji oferowanego

rozwiązania skłaniał do takich sytuacji i sprzyjał możliwości niewyeksponowania oferowanych produktów, skoro wykonawca wymieniał elementy i dysponował własnym uznaniem co jest istotne i konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania (vide: instrukcja przed *Tabelą 4: „(…) Wykonawca powinien: 1. wykorzystać możliwość dopisania komponentów ([Dodatkowe komponenty wg przeznaczenia]), jeżeli jest to konieczne w celu zapewnienia kompletności rozwiązania oferowanego przez wykonawcę, 2. w przypadku, kiedy Wykonawca przewiduje, że oferowane przez niego rozwiązanie wymaga by komponent składał się z więcej niż jednego składnika cenowego, dla każdego z takich komponentów* (…)"). Wykonawca miał bowiem samodzielnie ocenić, kiedy dopisanie jakiegoś komponentu jest konieczne dla zapewnienia kompletności rozwiązania, a także przewidzieć, czy dany element jest wymagany w oferowanym rozwiązaniu, przy czym nie została narzucona szczegółowość, z jaką należało podać przewidywane do zastosowania produkty. Zamawiający nie wymagał opisu koncepcji oferowanego rozwiązania, która być może by ułatwiła odczytanie charakterystyki oferowanego rozwiązania. Na tle analizowanej sprawy jawi się bowiem ogólne spostrzeżenie, że oferta w zakresie charakterystyki jej przedmiotu powinna być komplementarna wobec opisu przedmiotu zamówienia (powinna mu w pełni odpowiadać), zaś mamy tu do czynienia z pewną dysproporcją opisu przedmiotu zamówienia, który został szczegółowo opisany w kilku tomach dokumentacji oraz oferty, która musi ten opis oddać w syntetycznie prezentowanej tabeli. Oczywistym jest zatem, że taka tabela może nie odzwierciedlić szczegółowych rozwiązań i relacji, które zawiera dokumentacja opracowana przez Zamawiającego. Powyższe determinuje, że Zamawiający musiał liczyć się z tym, że pewne, pożądane lub konieczne informacje nie zostaną w sposób wyraźny w spornej tabeli zaprezentowane, co jednak nie musi oznaczać, że nie zostały przewidziane przez wykonawcę i ujęte w innych pozycjach. Przykładem może być, zaakceptowane przecież odstępstwo w prezentacji w tej *Tabeli* wyceny przez Qumak SA w Warszawie sprzętu, co nastąpiło nie w kolumnie dotyczącej kosztu dostawy/licencji/praw autorskich, ale – jak wyjaśnił ten wykonawca - w kolumnie związanej z wdrożeniem. Powyższe zatem nakładało na Zamawiającego obowiązek starannego, na etapie oceny ofert, ustalenia w trybie wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, oferowanego rozwiązania, tam, gdzie *Tabela* nie pozwalała na jego wyraźne odczytanie.

W zakresie spornego zarzutu, Zamawiający uznał ofertę Comarch za niezgodną z SIWZ, uznając że nie zaoferowano określonego produktu, skoro nie uwidoczniono go w *Tabeli 4.*

Jeśli jednak Zamawiający, na podstawie *Tabeli 4* w ofercie Odwołującego nie dopatrzył się oczekiwanego rozwiązania czy sprzętu, przykładowo oprogramowania zarządzającego platformą sprzętową, winien był powyższą kwestię szczegółowo wyjaśnić, celem

przesądzenia ponad wszelką wątpliwość, że dany element nie został zaoferowany. Tylko bowiem jednoznaczne ustalenie, że wymaganego elementu nie zaoferowano, pozwala na

uznanie oferty za niezgodną z SIWZ. Strony w powyższym zakresie prezentowały rozbieżne stanowiska, co do tego czy takie oprogramowanie można kupić z osobna, czy też w pakiecie razem ze sprzętem. Zamawiający złożył wydruki ze stron internetowych, z których ma wynikać, że oprogramowanie zarządzające platformą sprzętową jest sprzedawane tylko oddzielnie (dowód nr [42]). Sposób sprzedaży przez producentów/dystrybutorów sprzętu ma w tej mierze jednak niewielkie znaczenie: nie można – z jednej strony – wyłączyć, że wykonawca nabędzie sprzęt wraz z przypisanym do niego oprogramowaniem jako całość, z drugiej zaś – istotne jest nie tyle, jak wykonawca kupuje ten sprzęt i oprogramowanie na rynku, ale jak zaoferował go Zamawiającemu (w której części *Tabeli 4* go ujął).

Z opisanych wyżej względów, w kontekście przyjętego przez Zamawiającego instrumentu służącego prezentacji oferty jakim jest sporna *Tabela 4,* nie można wyłączyć, że pewne elementy oferty nie zostały w konkretnej sytuacji wyeksponowane, albo że zostały ujęte w ramach innych produktów.

Jeśli bowiem Zamawiający, dla tak złożonego przedmiotu zamówienia, opisanego w kilku tomach dokumentacji przewidział do zbadania oferty relatywnie skromne narzędzie, jakim jest sporna *Tabela 4,* to na etapie oceny ofert winien być wykazać postawę wyrażającą się wnikliwym i otwartym podejściem na możliwe przesunięcia w *Tabeli* przez wykonawców oferowanych produktów do jej innych pozycji, uznając, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji takiego ukształtowania postępowania.

Dostrzeżenia bowiem wymaga naturalna w postępowaniu o zamówienie publiczne prawidłowość, że każdy wykonawca uczestniczący w nim stara się złożyć ofertę poprawną, odpowiadającą na wymagania Zamawiającego. Celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy, polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasadą jest przecież, że nie jest zamiarem wykonawcy, który zwykle wkłada wiele wysiłku w opracowanie oferty (tutaj to zadanie było szczególne trudne z uwagi na skomplikowany przedmiot zamówienia i jego rozległy opis) złożenie oferty nieodpowiadającej SIWZ. Przez ten pryzmat trzeba także postrzegać intencje wykonawcy. Jeśli więc instrument do zaprezentowania treści oferty – w tym postępowaniu jest to sporna *Tabela 4* – z uwagi na swój kształt a także możliwość różnego postrzegania przez

wykonawców produktów sprzedawanych w pewnym komplecie lub z osobna (przykładowo sprzęt wraz z oprogramowaniem lub z osobna) sprzyja niewyeksponowaniu wszystkich elementów oferty, Zamawiający powinien dołożyć zwiększonych starań, by zamiar wykonawcy ustalić – zrekonstruować treść oferty jak wykonawca złożył, czynnie korzystając ze środków, jakie ustawa przewiduje.

Znamienne jest w tym zakresie stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, zgodnie z którym nie kierował do Odwołującego prośby o wyjaśnienie treści oferty w zakresie poz. 59 formularza oferty oraz że, w jego ocenie, nie można było tej kwestii wyjaśnić co do produktu, którego nie ma w poz. 59, co byłoby o równoznaczne z niedozwolonym uzupełnieniem oferty (protokół z rozprawy z dnia 23 maja 2013 r.). Należy przyjąć, że uzyskanie w tym przedmiocie od wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stanowiłoby negocjowania treści oferty czy też jej zmiany, jeśli nosiłoby cechy przekonującego i wyjaśniającego, w jakiej pozycji mieści się sporne oprogramowanie. Dostrzeżenia wymaga, że gdyby konsekwentnie prezentować takie podejście, konieczne byłoby także uznanie, że oferta wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą nie odpowiada treści SIWZ, skoro elementy sprzętu wymienione w poz. 50-80 *Tabeli 4* nie zostały uwidocznione we właściwej kolumnie „koszt *dostawy/koszt licencji/koszt praw autorskich",* a znalazły się w innej kolumnie. Zamawiający obowiązany jest zachować jednakową miarę w ramach oceny złożonych ofert i stosować jednolite dla wszystkich wykonawców kryteria jej dokonywania. Jak wskazano wyżej, powstaniu tego rodzaju nieścisłości w ofertach sprzyjała przyjęta w postępowaniu formuła prezentacji oferowanego

rozwiązania, która za pomocą relatywnie skromnej w swym kształcie tabeli, miała oddać skomplikowane przedsięwzięcie, które jest przedmiotem tego zamówienia. To także wymusza od Zamawiającego obowiązek życzliwej oceny ofert, wyrażającej się, przykładowo, korzystaniem z ustawowo przewidzianych środków, służących odczytaniu ich zawartości, jakim jest wyjaśnienie treści oferty. Zamawiający pismem z dnia 17 kwietnia 2013 r. wzywał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, przy czym poruszył w tym piśmie wiele kwestii, żadne z zadanych pytań nie dotyczyło jednak wyjaśnienia w zakresie oprogramowania opisanego w poz. 59 *Tabeli 4.*

Należy zatem przyjąć, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, służącym do wyłonienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli (oferty). W myśl art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią

inaczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera instrumenty, mające służyć ustaleniu treści oświadczenia woli, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W pierwszym rzędzie przepis art. 87 ust. 1 przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy). Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści.

W tych okolicznościach, w zakresie analizowanego zarzutu, ocenę oferty Comarch za niezgodną z SIWZ uznano za przedwczesną, bez definitywnego przesądzenia w drodze wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, czy wykonawca nie zaoferował spornego oprogramowania. Odwołujący podjął inicjatywę dowodową, celem wykazania, że oferowane rozwiązanie odpowiada SIWZ, składając m.in. umowy z podwykonawcami (dowody nr [30], [31]), własne oświadczenia (dokumenty nr [27], [28]). Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zbadanie zgodności oferowanego przedmiotu należy do Zamawiającego i to przed nim powinno zostać wykazane. Prowadzenie procesu dowodowego na okoliczność oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest przecież treść oferty, w pierwszym rzędzie powinno przyjąć postać wyjaśnienia treści oferty złożonej przez wykonawcę.

Co do zasady zatem, zarzut znalazł potwierdzenie, co pozostawało jednak, wobec niepotwierdzenia dalszych zarzutów wskazujących na nieprawidłową ocenę Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, bez wpływu na wynik postępowania.

[3] w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezaoferowanie autorskich praw majątkowych w zakresie oferowanego systemu:

Nie znalazły potwierdzenia zarzuty, odnoszące się do przyjętej przez Zamawiającego podstawy odrzucenia Comarch z powodu niezaoferowania praw autorskich. Zamawiający

wywiódł taki wniosek na podstawie *Tabeli 3,* w której Odwołujący konsekwentnie podawał ceny 0,00 zł z tytułu przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych.
W *Tabeli 3* zawartej w ofercie Odwołującego, każdorazowo podano cenę z tytułu przeniesienia praw autorskich 0,00 zł.
W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Comarch SA w Krakowie Zamawiający podał:
„W ocenie Zamawiającego nie istnieje możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia bez opracowania w ramach Umowy jakichkolwiek interfejsów i oprogramowania komputerowego lub ich modyfikacji („Elementów Autorskich" i „Modyfikacji"). Wiele funkcjonalności i procesów biznesowych, których realizacja będzie się odbywać w Systemie ISOK (stanowiącym przedmiot zamówienia) wymaga przeprowadzenia analizy i prac projektowych (m.in. implementacja systemu SIGW, Map Innych Zagrożeń, budowa interfejsu do Uniwersalnego Modułu Mapowego). Nie ma takiej możliwości, żeby którykolwiek z wykonawców dysponował istniejącym (gotowym) Oprogramowaniem realizującym wszystkie wymagania dotyczące funkcjonalności ISOK, określone w OPZ i wszystkie uszczegółowienia tych wymagań, które zgodnie z OPZ powstaną w wyniku analizy i opracowania projektu technicznego (rozdz. 10.3.2 i 10.3.3 OPZ). Tego typu funkcjonalności, które zostaną opracowane w ramach budowy Systemu ISOK wymagają przynajmniej uzupełnienia dostarczonego przez Wykonawcę Oprogramowania o „Elementy Autorskie" i „Modyfikacje". Oferta Wykonawcy nie zawiera jednak wyszczególnienia jakichkolwiek „Elementów Autorskich" i „Modyfikacji" oraz ich wyceny, zatem należy stwierdzić, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, w szczególności z Opisem Przedmiotu Zamówienia."
Podkreślenia w powyższym zakresie wymaga, że *Tabela 3* miała znaczenie kalkulacji ceny. W przeciwieństwie do *Tabeli 4,* obejmuje ona (choć nie prezentuje szczegółowo elementów systemu) wycenę wszystkich komponentów, jakie składają się na zamawiany system, skoro prowadzi do ceny za wykonanie zamówienia. Jeśli więc podano w niej – co odnosi się do całego przedmiotu zamówienia - że prawa autorskie wyceniono na 0,00 zł, to oznacza to, że nie zostały one przewidziane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz, że nie zostały one wycenione innych pozycjach tej *Tabeli.* Powyższego Odwołujący nie kwestionował, prezentując konsekwentnie stanowisko, że jego oferta nie przewiduje przeniesienia na rzecz Zamawiającego autorskich praw majątkowych i że wykonanie zamówienia nie wymaga

opracowania elementów autorskich (stworzenia oprogramowania na potrzeby tego zamówienia).
Bezspornym jest zatem, że Odwołujący nie zaoferował przeniesienia na rzecz Zamawiającego autorskich praw majątkowych.
Sporną jest kwestia interpretacji SIWZ: czy w jej świetle istniało wymaganie dostarczenia Zamawiającemu w jakimkolwiek zakresie autorskich praw majątkowych, czy też SIWZ dopuszcza realizację zamówienia bez przeniesienia tych praw, jedynie w ramach konfiguracji gotowych narzędzi. Zamawiający prezentuje stanowisko, że nie jest możliwe zapewnienie wymaganej funkcjonalności w zakresie zintegrowania będącego przedmiotem niniejszego zamówienia systemu obejmującego moduł gospodarki wodnej (SIGW) bez stworzenia autorskiego oprogramowania. Natomiast, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w SIWZ nigdzie nie postawił wymagania dotyczącego dostawy autorskiego oprogramowania dedykowanego w zakresie SIGW - możliwe jest wykonanie zakresu zamówienia na dwa sposoby: albo korzystając z oprogramowania standardowego i odpowiednio je konfigurując, albo projektując odpowiednie oprogramowanie dedykowane, przy czym Odwołujący przyjął realizację tego wymagania z zastosowaniem oprogramowanie standardowego, które będzie konfigurowane w sposób umożliwiający współdziałanie z systemem GUGIK.
Biorąc pod uwagę w powyższy sposób spolaryzowane stanowiska stron, podzielono interpretację SIWZ, prezentowaną przez Zamawiającego oraz argumentację, zgodnie z którą szereg postanowień Opisu przedmiotu zamówienia wskazywało na konieczność opracowania w ramach zamówienia elementów, objętych prawami autorskimi:
„SIGW
str.27:
System Informatyczny Gospodarki Wodnej (SIGW), który zostanie zbudowany i wdrożony w strukturach Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej i siedmiu Regionalnych Zarządach Gospodarki Wodnej (węzeł ISOK-KZGW oraz końcówki terminalowe 7 RZGW, a także węzeł zapasowy (ISOK-KZGW:Centrum Zapasowe);

przypis 1 (na str. 27): Dokumentacja analityczna do SIGW zostanie udostępniona Wykonawcy przez KZGW (została wykonana w ramach innego projektu), uwzględnia ona wymagania dotyczące SIGW przedstawione w niniejszym dokumencie. Rolą ***Wykonawcy będzie wykonanie i wdrożenie SIGW na podstawie opracowanego przez siebie Projektu Technicznego wykonywanego w ramach prac nad Systemem ISOK,*** *dla którego materiałem wejściowym będzie udostępniona Wykonawcy dokumentacja analityczna SIGW.*
LP 5 str. 56:

Wykonanie węzła ISOK-KZGW (SIGW) jest przedmiotem zamówienia. Dokumentację analityczną SIGW, która powinna stanowić podstawę Projektu Technicznego Systemu w obszarze SIGW przedstawiono w załączniku 3 do OPZ:
• Architektura SIGW@3.00.pdf
• MD_Zal_nr_l_Opis_klas_i_powiqzan_3.10.pdf
• MD_Zal_nr_2_Model_raportow_unijnych_3. OO.pdf
• MD_Zal_nr_3_Macierz_da
nych_3. OO.pdf Model
Danych SIGW(S)3.10.pdf
• Procesy Biznesowe(a)3.10.pdf
• Raport Otwarcia@4.10.pdf
• Specyfikacja Wymagań SIGW@3.10.pdf
• Specyfikacja_ Wymagan_SIGW_Zal_nr_2.pdf
• Specyfikacja_ Wymagań_SIG W_Zal_nr_3. pdf
Rozdział 7.5: str.224. Przykładowo:
„ Wykonawca zbuduje i wdroży SIGW w strukturach KZGW w Warszawie"
„W strukturze KZGW oraz we wszystkich RZGW jest wykorzystywany aktualnie system wspomagający zarządzanie informacjami związanymi z ochroną przeciwpowodziową IT-GIS OKI, który będzie zasilał SIGW (patrz rozdział 4.2.5). Ponadto w KZGW, nadzorowany jest Krajowy Program Oczyszczania Ścieków Komunalnych, którego produkty będą również zasilać SIGW. Każde z siedmiu RZGW prowadzi kataster wodny w zakresie wymaganym przez Prawo wodne, jednak obszar wykorzystywanych narzędzi nie jest zestandaryzowany. Z tego powodu dane identyczne co do zakresu tematycznego mogą być przechowywane w poszczególnych RZGW w różnych formatach, co Wykonawca musi uwzględnić podczas migracji danych do ISOK (SIGW)."
GW56:
W 519:
Możliwość utworzenia interfejsu SIGW do systemu KE. W przypadku SIGW należy uwzględnić wymagania wynikające z konieczności przekazywania raportów z realizacji dyrektyw UE do systemu WISE. Szablony (format)raportów są okresowo modyfikowane przez KE. System musi zapewniać możliwość modyfikowania szablonów dla raportów zgodnie z formatem określanym przez KE. Baza informacji o obowiązkach raportowych, zakresie i formatach raportów znajduje się pod adresem http://rod.eioneteuropa.eu/. W przypadku SIGW konieczna jest realizacja obowiązków raportowych co najmniej w zakresie: Ramowej Dyrektywy Wodnej (2000/60/EC), Dyrektywy Powodziowej

---

(2007/60/EC), Dyrektywy Azotanowej (91/676/EEC) oraz raportowania WISE-SoE w zakresie zasobów wodny i zużycia. Funkcjonalność modułu raportowania powinna więc umożliwiać również wygenerowanie raportu o strukturze i formatach wymaganych przez wytyczne, a następnie jego walidację i prezentację w czytelnej i przystępnej formie. Ilość „raportów unijnych" wynika bezpośrednio z wytycznych Komisji Europejskiej i Europejskiej Agencji Środowiska i jest możliwa do określenia na podstawie informacji zawartych na ww. stronie.
INTERFACE'y: *rozdział 4.2*
Systemami ściśle współpracującymi z Systemem ISOK będą:
SOK - System Obsługi Klienta (patrz rozdział 4.2.1) zainstalowany w IMGW, udostępniający dane IMGW na zewnątrz (w tym do ISOK),

Geoportal (patrz rozdział 4.2.2) - system zainstalowany w GUGiK, z którego będą czerpane do ISOK dane produkcyjne dla głównych użytkowników (tj. użytkowników wewnętrznych) i dane publikacyjne (udostępniane poprzez usługi zgodne z dyrektywą INSPIRE), UMM - Uniwersalny Moduł Mapowy (patrz rozdział 4.2.3) - system zainstalowany w GUGiK, który będzie wykorzystywał dane ISOK (głównie mapy zagrożeń meteorologicznych i innych). Ponadto System ISOK będzie zapewniał wymianę danych z: systemami funkcjonującymi w NCMPiS. Produkty NCMPiS, ze względu na wielkość i stosunkowo wolny czas zmienności nie będą trafiać do Systemu Obsługi Klienta. Produkty te będą replikowane w bazie danych ISOK, przy czym ISOK zostanie inicjalnie zasilony produktami NCMPiS (WORP, MZP, MRP). W momencie aktualizacji danych (zgodnie z wymaganiami formalnymi dane te są aktualizowane co 6 lat - WORP (w I cyklu planistycznym wyjątkowo za 7 lat) i co 6 lat – MZP i MRP) wszystkie produkty o rozmiarach większych od 100GB będą przekazywane bezpośrednio do bazy ISOK na nośniku danych. W przypadku mniejszych danych będą przekazywane przez sieć WAN, System Ewidencji i Kontroli Obiektów Piętrzących SEKOP (system dedykowany dla Państwowej służby do spraw bezpieczeństwa budowli piętrzących). SEKOP będzie udostępniał usługi zgodne z dyrektywą INSPIRE, z których będzie korzystał ISOK (patrz rozdział 4.2.4) systemem IT-GIS OKI (patrz rozdział 4.2.5) Systemem informatycznym dla potrzeb KPOŚK -SIKPOŚK (patrz rozdział 4.2.6) oraz z ePUAP (elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej) - udostępnianie usług dla ludności/przedsiębiorców (patrz rozdział 4.2.7). (opisane w kolejnych podrozdziałach: 4.2.1 do 4.2.7)
4.2.3 (str 63): UMM będzie korzystał z usług ISOK udostępniając tym samym dane ISOK poprzez interfejs do SWD Służbom zarządzania kryzysowego (w tym Policja, Straż Pożarna, Służby medyczne).”

Zamawiający wykazał, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, konieczne będzie opracowanie elementów autorskim, między innymi spornych interfejsów, ponieważ system będzie nie tylko funkcjonował u Zamawiającego, w tym jego jednostek regionalnych (Rejonowych Zarządów Gospodarki Wodnej) ale także łączył się z systemem pozostającym poza jego zakresem, to jest pozostającym w gestii Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii. Zamawiający wykazał w powyższym zakresie, że wymagania stawiane wobec tego systemu, oczekiwane funkcjonalności oraz konieczność zapewnienia współpracy między tymi elementami nie dają możliwości skorzystania z gotowych, istniejących już narzędzi, ale wymagają ich zaprojektowania. Tym samym konieczne są prawce programistyczne i wytworzenie praw autorskich, do których Zamawiający oczekiwał, że zostaną na niego przeniesione prawa majątkowe. Zamawiający wykazał także, że konfiguracja, na którą powoływał się konsekwentnie Odwołujący, stanowi, zgodnie z definicją zawartą w umowie, modyfikację oprogramowania, zatem wiąże się z tym przeniesienie praw autorskich - te modyfikacje muszą być objęte prawami autorskimi, które mają być przekazane Zamawiającemu. Zamawiający wykazał, że zgodnie z § 13 i 14 projektu umowy wynika obowiązek przekazania na rzecz Zamawiającego autorskich praw majątkowych; podobnie jest co do dokumentacji – w ofercie Odwołującego nie ma elementu przeniesienia praw autorskich do dokumentacji na rzecz Zamawiającego.
Znajdującym umocowanie w treści SIWZ jest zatem wniosek wywiedziony przez Zamawiającego, że skoro Odwołujący nie przewiduje w ramach złożonej oferty przeniesienia praw autorskich w jakimkolwiek zakresie, wyceniając je, dla całego zamówienia na kwotę 0,00 zł i prezentując konsekwentne i stanowcze stanowisko na rozprawie, zgodnie z którym realizacja zamówienia nie wymaga prac programistycznych a może odbyć się za pomocą jedynie odpowiedniej konfiguracji gotowego oprogramowania, to taka oferta nie odpowiada SIWZ.
Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający w decyzji o odrzuceniu, podał postanowienia SIWZ, którym w tej mierze nie odpowiada oferta – wynika to wyraźnie z części uzasadnienia decyzji Zamawiającego, przytoczonego wyżej.
Powyższe determinowało wniosek, że jakkolwiek, potwierdziły się dwa pierwsze zarzuty stawiane przez Odwołującego, to Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania zasadności zarzutów stawianych wobec odrzucenia jego oferty na tej podstawie, że nie przewidziano w niej przeniesienia autorskich praw majątkowych. Wobec tego, potwierdzenie zasadności jedynie części zarzutów, nie mogło wywołać skutku w postaci uwzględnienia odwołania, jako

że nie miało ono wpływu na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

124

Reasumując, stawiane w odwołania sześciu Odwołujących zarzuty – po części – znalazły potwierdzenie. Niemniej, dla rozstrzygnięcia pozytywnego dla odpowiedniego wykonawcy, wyrażającego się uwzględnieniem odwołania, w myśl art. 192 ust. 2 ustawy, wymagane jest, aby potwierdzenie zarzutów miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Przez istotny wpływ na wynik postępowania, należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia w sytuacji, kiedy uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadziłoby do wyboru jako najkorzystniejszej, oferty danego odwołującego. Z taką jednak sytuacją nie mamy do czynienia w tym wypadku, zatem odwołania podlegały oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Skład orzekający:

125