Sygn. akt: KIO 2651/12

KIO 2656/12

WYROK
z dnia 20 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **10 grudnia 2012 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **03.12.2012 r.** przez wykonawcę **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 2651/12);**
B. w dniu **03.12.2012 r.** przez wykonawcę **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (sygn. akt KIO 2656/12)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa – Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie

oraz migracja systemów informatycznych resortu finansów – część II"
(znak C/830/11/DI/B/298-2)

A. przy udziale wykonawcy **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawcy **SMT Software S.A., ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

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

przy udziale wykonawcy **SMT Software S.A., ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

A. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2651/12;

B. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2656/12;

2. Kosztami postępowania obciąża
A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2651/12 Odwołującego - **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa;**
B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2656/12 Odwołującego - **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:

A wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 2651/12),**

B wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (sygn. akt KIO 2656/12),**

2)

A dokonać wpłaty kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa – Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B dokonać wpłaty kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** na rzecz **Skarbu Państwa – Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:
……

Członkowie:
……
……

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie KIO 2651/12 i KIO 2656/12

Zamawiający – Skarb Państwa – Minister Finansów, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie oraz migracja systemów informatycznych resortu finansów – część II" (znak C/830/11/DI/B/298-2).

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

W dniu 05.01.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE.

W dniu 10.01.2012 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr 2012/S 5-007274.

KIO 2651/12

W dniu **23.11.2012 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższą informacją wykonawca Sygnity S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **03.12.2012 r.** odwołania wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- badania i oceny ofert;
- wyboru oferty SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu;

- zaniechania podjęcia czynności polegającej na odtajnieniu i udostępnieniu jako jawnych, stanowiących część oferty SMT Software S.A. informacji, które zostały przez ww. wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa obejmujących zestawienie ilościowe oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego, szczegółowo wskazanych w dalszej części odwołania;
- zaniechania odrzucenia oferty SMT Software S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 8, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 ustawy Pzp przez:

- zaniechanie podjęcia czynności polegającej na odtajnieniu i udostępnieniu jako jawnych, stanowiących część oferty SMT Software S.A. informacji, które zostały przez ww. wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa obejmujących zestawienie ilościowe oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego oraz wyjaśnień SMT Software S.A. z dnia 22 listopada 2012 r. szczegółowo wskazanych w dalszej części odwołania;
- zaniechanie odrzucenia oferty SMT Software S.A. pomimo tego, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czyn wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.),
- zaniechanie odrzucenia oferty SMT Software S.A. pomimo tego, że oferta ta nie spełniała wymogów SIWZ, gdyż nie zawierała poprawnie wypełnionego Formularza Ofertowego lub informacji analogicznych, jak w zaproponowanym przez Zamawiającego Formularzu Ofertowym oraz zawierała błędy w wyliczeniu ceny, których poprawienie nie było możliwe przez Zamawiającego, co doprowadziło do niezachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

przy czym wskazał, iż powyższe zarzuty zostały szczegółowo opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania poniżej.

Odwołujący w związku z powyższymi zarzutami wniósł o:
1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym szczególności z treści SIWZ i oferty złożonej przez SMT Software S.A. wraz z wyjaśnieniami, na okoliczności wskazane szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;
2) uwzględnienie odwołania;
3) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty SMT Software S.A. i nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców;
4) nakazanie Zamawiającemu dokonania zaniechanej przez niego czynności polegającej na odtajnieniu i udostępnieniu jako jawnych, stanowiących część oferty SMT Software S.A. informacji, które zostały przez SMT Software S.A. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, obejmujących zestawienie ilościowe oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego oraz wyjaśnień z dnia 22 listopada 2012 r.;
5) na wypadek uwzględnienia zarzutu, iż złożenie oferty SMT Software S.A. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SMT Software S.A.;

6) na wypadek uwzględnienia zarzutu, że oferta SMT Software S.A. nie odpowiada treści SIWZ lub zawiera błędy w wyliczeniu ceny, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SMT Software S.A..

Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w Odwołaniu, Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby bowiem Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, to oferta

Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania, oferta złożona przez SMT Software S.A. może zostać odrzucona, a tym samym oferta Odwołującego uznana zostanie za najkorzystniejszą. Odwołujący spełnia więc przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 PZP.

Odwołujący podniósł, że dnia 23.11.2012 r. otrzymał za pośrednictwem faksu pismo Zamawiającego informujące o wyborze oferty SMT Software S.A. jako najkorzystniejszej, zatem termin do wniesienia odwołania upływa z dniem 03.12.2012 r., i termin ten został dochowany.

W ramach uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż w dniu 23 listopada 2012 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego faksem informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którym jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta SMT Software S.A. Odwołujący po zbadaniu dokumentacji postępowania, w szczególności zaś oferty SMT Software S.A. doszedł do wniosku, iż wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem prawa.

Jednym z podstawowych obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nałożonym na Zamawiającego jest badanie ofert składanych przez wykonawców z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przy ocenie ofert Zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta spełnia wymagania SIWZ, czy oferta nie zawiera błędów w wyliczeniu ceny, czy nie stanowi ona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przepisie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca zawarł katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Zaistnienie choćby jednej z wymienionych w nim przesłanek musi skutkować odrzuceniem oferty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający uchybił wymaganiom wynikającym z Pzp i nie

dochował należytej staranności przy analizie przesłanek, których zaistnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty SMT Software S.A.

I. Naruszenie art. 8 Pzp przez zaniechanie podjęcia czynności polegającej na odtajnieniu i udostępnieniu jako jawnych, stanowiących część oferty SMT Software S.A. informacji, które zostały przez ww. wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa obejmujących zestawienie ilościowe oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego.

W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący wskazał, co następuje.

Odnosząc się do treści oferty złożonej przez SMT Software S.A. podkreślić również trzeba, iż niektóre, istotne z punktu widzenia oceny zgodności z SIWZ, elementy tej oferty, tj. w zakresie zestawienia ilościowego oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego oraz w szczególności w zakresie ceny dla Sekcji B.1, Sekcji B.3, dla projektu Programu e-Cło oraz dla Sekcji B.1, Sekcji B.3 i Sekcji F dla projektu KiC poprzez wpisanie zamiast wymaganych kwot oświadczenia ”Zawarte w cenie produktu CSE EE w sekcji A” zostały bezpodstawnie zastrzeżone przez SMT Software S.A. jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wątpliwość taką wyraził Zamawiający w piśmie z dnia 19 listopada 2012 r., zwracając się do SMT Software S.A. o wyjaśnienie i uszczegółowienie treści oferty poprzez podanie wartości na jakie zostały wycenione Sekcja B.1, Sekcja B.3, dla projektu Programu e-Cło oraz dla Sekcja B.1, Sekcja B.3 i Sekcja F dla projektu KiC, a które zostały rzekomo zawarte w cenie produktu w Sekcji A.

Generalną zasadą jest bezsprzecznie jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest ona ograniczona jedynie w przypadku, gdy wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, że określone informacje nie mogą być udostępniane, gdyż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Do obowiązków Zamawiającego należy sprawdzenie, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią prawnie chronioną tajemnicę, a w przypadku uznania, że zastrzeżenie jest bezpodstawne, Zamawiający musi

podjąć decyzję o odtajnieniu informacji i poinformować o tym wykonawcę - wynika to chociażby z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1455/08).

Podobne wnioski należy wyciągnąć z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2011 r. (KIO 1243/11, LexPolonica nr 2626905, Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 9, poz. 9), zgodnie z którym, ograniczenie przez ustawodawcę możliwości nieujawniania informacji jedynie do tych, które kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z jednej strony daje możliwość wykonawcom ochrony informacji

wrażliwych, z drugiej zaś nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji zastrzeżonych informacji pod kątem ich prawidłowej kwalifikacji do kategorii „tajemnica przedsiębiorstwa". Zatem, zamawiający nie jest uprawniony do bezkrytycznego akceptowania oświadczeń wykonawców w tym przedmiocie, a zobowiązany jest do badania, czy ograniczenie dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, ma swoje umocowanie w przepisach ustawy.

W niniejszej sprawie SMT Software S.A. zastrzegła jako tajne informacje, które zgodnie z przepisami prawa nie mogą być zastrzeżone. W szczególności SMT Software S.A. zastrzegło odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 listopada 2012 r., którą SMT Software S.A. zobligowany był udzielić do dnia 22 listopada 2012 r. do godz. 15:00 . W wyniku tego, inni uczestnicy przetargu zostali pozbawieni dostępu do wiadomości, które są istotne dla oceny prawidłowości dokonanej przez tego wykonawcę kalkulacji ceny, która budzi poważne wątpliwości w świetle innych ofert złożonych w tym postępowaniu, które wszystkie są niemal trzykrotnie wyższe niż wybrana oferta SMT Software S.A.

W ocenie Odwołującego utajnienie oferty SMT Software S.A. w zakresie zestawienia ilościowego oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego dokonane zostało wyłącznie w celu uniemożliwienia poprawności jej weryfikacji innym wykonawcom.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2012 r. (KIO 1016/12, LexPolonica nr 3927998), tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec tego, tylko te elementy opisu oferty, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom.

W znakomitej większości wycenie do formularza oferty podlegały komponenty standardowe dostępne na rynku i nie wymagające stosowania indywidualnej wiedzy mogącej stanowić istotną przewagę konkurencyjną.

W niniejszej sprawie objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa szczegółów technicznych rozwiązania może dotyczyć tylko sposobu przeprowadzenia wdrożenia, migracji lub przyjętych rozwiązań technicznych, co może stanowić wartość chronioną jako know-how wykonawcy. Tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie nie mogą zostać objęte komponenty Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego, które każdy wykonawca musiał zaoferować zgodnie z wymaganiami zdefiniowanymi przez Zamawiającego w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów'. Wymienienie tych komponentów nie stanowi unikalnego know-how oferenta, a jest tylko odpowiedzią na postawione w SIWZ wymagania ilościowe i jakościowe. Oferent w ramach

utajnienia nie może przyjąć założenia o dostarczeniu elementów sprzętu i oprogramowania w innej ilości lub o innych niż wymagane parametrach. Tym samym, zestawienie ilościowe oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów” Zamawiający w sposób jednoznaczny zdefiniował wymagane ilości komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego, jakie powinny zostać dostarczone w ramach realizacji zamówienia. Odtajnienie oferty SMT Software S.A. w aspekcie wymagań ilościowych SIWZ zdefiniowanych w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie

Ilościowe Komponentów” pozwoliłoby na wykazanie zgodności (lub nie) tej oferty z wymaganiami SIWZ w tym zakresie. Podane wymagania określają precyzyjnie ilość i rodzaj komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego i Zamawiający oraz konkurenci wybranego wykonawcy powinni mieć możliwość weryfikacji spełnienia przez SMT Software S A. postawionych wymagań.

Jak wskazano wyżej, sposób wykonania wdrożenia i implementacja rozwiązania może zostać objęty tajemnicą przedsiębiorstwa jako wartość unikalna i chroniona. Jednakże określenie dostawy komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego stanowi obligatoryjne wymaganie SIWZ i musi zostać potwierdzone co do ilości i rodzaju zdefiniowanych w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów i elementów.

Mając wiedzę merytoryczną na temat możliwych technologii wymaganych przez Zamawiającego i znając ich wartość rynkową, po zapoznaniu się ze wskazanymi wyżej zestawieniami ilościowymi i rodzajowymi komponentów przygotowanymi przez SMT Software S.A. możliwa byłby także pełna weryfikacja, czy cena zaoferowana przez SMT Software S.A. nie jest ceną zniżoną w stosunku do oferowanego przedmiotu zamówienia, ceną stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji polegającym na sprzedaży towarów i usług poniżej ceny ich wytworzenia.

Zamawiający powinien zatem odtajnić zestawienia ilościowe wymagane przez SIWZ zgodnie z „Załącznikiem II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów” w zakresie:
Sekcjj A:
- zgodnie z Tabelą B pkt 1 w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" w zakresie Macierz dyskowa wykazanie rozbudowy komponentu C.STO.UNI definiowanej jako rozbudowa istniejącej infrastruktury w zakresie minimalnej liczby komponentów rozumianej jako rozbudowa każdej z dwóch posiadanych przez Zamawiającego macierzy dyskowych o ilości i rodzaj zasobów podane w Tabeli B pkt 1 dla każdego z obszarów KIC i eCŁO:

- w obszarze KIC: Dla każdej z dwóch macierzy: liczba dysków SAS lub FC 600GB = 12 + 4 SPARE; liczba dysków SSD 200GB = 36 + 4 SPARE: liczba dysków SATA 2TB = 24+ 4 SPARE: Licencje na kopię lokalną = 3 TB,
- w obszarze eCŁO: Dla każdej z dwóch macierzy: liczba dysków SAS lub FC 600GB = 10 +4 SPARE; liczba dysków SSD 200GB = 30 + 4 SPARE: liczba dysków SATA 2TB = 24+ 4 SPARE: Licencje na kopię lokalną = 3 TB;
- zgodnie z Tabelą B pkt 2 w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" w zakresie Przełączniki SAN w szkielecie komunikacyjnym należy wykazać rozbudowę komponentu C.SAN.SW1 definiowaną jako rozbudowa istniejącej infrastruktury w zakresie minimalnej liczby komponentów o dodatkową ilość portów w sumie dla obszarów KIC i eCŁO o minimum 80;
- zgodnie z Tabelą B pkt 3 w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" w zakresie Przełączniki dystrybucyjne LAN/WAN należy wykazać rozbudowę komponentu C.LAN.SW2 definiowaną jako dostawa Minimalnej liczby komponentów o dodatkową ilość urządzeń po 40 portów każde w ilości sztuk 1 dla obszaru KIC i sztuk 1 dla obszaru eCŁO;
- zgodnie z Tabelą B pkt 7 w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" w ramach zmiany nr 50 do SIWZ w zakresie Biblioteki taśmowej należy wykazać rozbudowę komponentu C.STOTLB definiowaną jako rozbudowa istniejącej infrastruktury w zakresie Minimalnej liczby komponentów definiowaną jako rozbudowa i dostawa do każdej z dwóch bibliotek: 2 napędów LTO Ultrium-5 oraz 20 taśm o pojemności 1.5 TB bez kompresji danych dla obszaru KIC i 2 napędów LTO Ultrium-5 oraz 20 taśm o pojemności 1.5 TB bez kompresji danych dla obszaru eCŁO.

Sekcji B.1:
- zgodnie z Tabelą A w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" w obszarze serwerów kasetowych należy wykazać minimum 2.192 rdzeni procesorowych oraz 11.928 GB pamięci RAM w sumie dla obszarów KIC i eCŁO;

Sekcji B.2:
- zgodnie z Tabelą B w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" w pkt

5 "Licencje na oprogramowanie do zastosowań serwerowych: na procesor przenoszenie pomiędzy serwerami dla (socket),umożliwiające licencji fizycznymi, nielimitowanej liczby maszyn wirtualnych*" należy wykazać rozbudowę komponentu C.OS.X86.WIN definiowaną jako dostawa Minimalnej liczby komponantów o dodatkową ilość licencji w ilości sztuk dla 125 rdzeni procesorowych dla obszaru KIC i w ilości sztuk licencji dla 200 rdzeni procesorowych dla obszaru eCŁO;

- zgodnie z Tabelą B w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów' w pkt 6 "Licencje na oprogramowanie do zastosowań serwerowych: na procesor przenoszenie pomiędzy serwerami dla (socket),umożliwiające licencji fizycznymi, nielimitowanej liczby maszyn wirtualnych*" należy wykazać rozbudowę komponentu C.OS.X86.LNX.RH lub C.OS.X86.LNX.SU definiowaną jako dostawa Minimalnej liczby komponentów o dodatkową ilość licencji w ilości sztuk dla 250 rdzeni procesorowych dla obszaru KIC i w ilości sztuk licencji dla 1000 rdzeni procesorowych dla obszaru eCŁO;

Sekcji B.3:
- zgodnie z Tabelą B pkt 4 w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" w zakresie Infrastruktura do serwerów kasetowych należy wykazać rozbudowę komponentu C.PSR.B.IA definiowaną jako dostawa Minimalnej liczby komponentów o dodatkową ilość urządzeń w ilości sztuk 4 dla obszaru KIC i sztuk 8 dla obszaru eCŁO;

Podane zestawienia ilościowe w Tabeli B w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" dotyczą w aspekcie punktów 1, 2 oraz 7, z uwzględnieniem zmian SIWZ z dnia 25 października 2012, rozbudowy istniejącej infrastruktury. Należy to interpretować, jako rozbudowę posiadanych aktualnie rozwiązań poprzez dostawę elementów zgodnych technologicznie i funkcjonalnie zrealizowanych w tej samej technologii i wytworzonych przez tego samego producenta. Wszyscy wykonawcy powinni mieć analogiczne zestawienia w tym zakresie. Utajnienie ich przez SMT Software S.A. powoduje niemożność weryfikacji, czy również ten wykonawca objął swoją ofertą potrzebny sprzęt i oprogramowanie, co do czego można mieć wątpliwości znając zaoferowaną przez niego cenę (por. pkt I uzasadnienia niniejszego odwołania).

Odwołujący wskazuje także, że w ramach SIWZ Zamawiający wymaga dostawy Oprogramowania Standardowego zdefiniowanego poprzez wymagania funkcjonalne, migracyjne, implementacyjne i utrzymaniowe. Zestawienie ilościowe wymaganych licencji na Oprogramowanie Standardowe stanowi element obligatoryjny oferty i stanowi również potwierdzenie należytego przygotowania oferty i zdolności do należytego wykonania przedmiotu Umowy. Zestawienie ilościowe licencji na Oprogramowanie Standardowe nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż jest jedynie powtórzeniem wymagań ilościowych SIWZ oraz potwierdzeniem poprawnej interpretacji zapisów wymagań SIWZ przez wykonawcę, jest zatem jawną informacją w Postępowaniu. Jednocześnie zestawienie ilościowe licencji na Oprogramowanie Standardowe nie odzwierciedla sposobu realizacji wdrożenia, migracji rozwiązań i utrzymania, a tym samym nie stanowi chronionego prawem know-how oferenta i nie może być traktowane jako utajniony element oferty.

Z przedstawionych wyżej względów, przepisy Pzp zostały naruszone przez nieodtajnienie przez Zamawiającego zestawień ilościowych licencji na Oprogramowanie Standardowe zawarte w ofercie. Jako podstawę należy rozpatrzyć zapis w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" pod tabelą: „Wymagania te nie obejmują licencji potrzebnych dla systemów infrastrukturalnych i dla potrzeb migracji, które muszą zostać dostarczone oprócz tych wyspecyfikowanych w tabeli." Należy przez to rozumieć, iż licencje na Oprogramowanie Standardowe stanowią element dodatkowy i niezbędny oferty i podobnie jak zestawienie Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego zdefiniowane w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów należy je traktować jako obligatoryjne do dostawy w zakresie ilości i rodzaju i powinny być jawnym elementem oferty.

Ponadto, w formularzu ofertowym spółki SMT Software S.A., w pozycji „Zakres

podwykonawstwa (o ile dotyczy)" znajduje się zapis „Usługi w zakresie szkoleń, wsparcia technicznego/modyfikacji niezbędnych do realizacji projektu". Podany zakres podwykonawstwa odnosi się do obszarów prac nie zdefiniowanych w SIWZ i w Umowie. W ramach SIWZ nie występuje definicja wsparcia technicznego, czy też modyfikacji niezbędnych do realizacji projektu. Tym samym, podane usługi podwykonawcze nie stanowią odpowiedzi na SIWZ i nie mogą być rozpatrywane jako element kosztowy oferty SMT Software S.A.

Należy także wskazać, że Zamawiający w SIWZ powołuje się na pierwszą część projektu KIC w ramach postępowania nr C/101/12/DI/B/88 oraz na przyjęte rozwiązania technologiczne w zapisie „W ramach projektu KIC trwa realizacja pierwszego etapu budowy Systemów Infrastrukturalnych i migracji Systemów Biznesowych. Architektura opracowana przez wykonawcę tego etapu stanowi punkt wyjściowy dalszej rozbudowy infrastruktury teleinformatycznej CPD MF stanowiącej przedmiot zamówienia". Należy to interpretować jako wyznacznik dla części drugiej projektu KIC, której dotyczy niniejsze postępowanie.

Wobec powyższego, przytoczone wcześniej odwołania do zapisów o rozbudowie istniejącej infrastruktury oraz kontynuacji technologicznej narzucają konieczność zastosowania technologii i rozwiązań już realizowanych w pierwszej części postępowania KIC. Niezbędne w ramach należytego przygotowania oferty, należytego wykonania umowy, gospodarności środków publicznych i ochrony poczynionych inwestycji staje się więc dostarczenie komponentów Sprzętu i Oprogramowania Standardowego zgodnego z wymaganiami SIWZ zdefiniowanymi w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" oraz w ramach SOPZ i SIWZ. Tym samym niezbędne staje się jawne wykazanie zestawień ilościowych w zakresie Sprzętu i Oprogramowania zgodnie z wymaganiami SIWZ i odpowiednich załączników do SIWZ. Zakres oferowanych komponentów Sprzętu i Oprogramowania Standardowego nie może stanowić tajemnicy

przedsiębiorstwa i powinien zostać wykazany w zakresie ilości i jakości oferowanych elementów, aby pozostali wykonawcy mogli zweryfikować, czy oferta konkurenta spełnia wymogi SIWZ, a zaoferowana przez niego cena nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty SMT Software S.A. pomimo tego, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Mając na względzie argumenty przedstawione w pkt I uzasadnienia niniejszego odwołania, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl natomiast art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Wymagania zawarte w SIWZ precyzyjnie określają zastosowanie produktów firm komercyjnych takich, jak licencje Oracle, Microsoft, VMWare oraz urządzenia IBM.

W tym kontekście warto zauważyć, że cena zaoferowana przez SMT Software S.A. jest niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, gdyż sam koszt zakupu u producentów wymaganego Oprogramowania i infrastruktury dla zamówienia, w postaci chociażby:

1. Zapewnienia wsparcia Oracle dla aplikacji WHTAX po jego zakończeniu w 2014 roku, zgodnie z Informacją w punkcie 3 rozdział VI SOPZ,
2. Zakupu 3000 CAL dla systemu Exchange, zgodnie z wymaganiem 1 z dokumentu SOPZ_ZAL_17_AI_09_Zal_2_Wymagania dla systemu_20120831,
3. Rozbudowy systemu STRM uwzględniającego wymagania rozbudowy Systemu Infrastrukturalnego SB_01, zgodnie z punktem 5 rozdziału IV SOPZ,
4. Dostarczenia urządzeń HSM o wydajności określonej w Załączniku IV do SOPZ dla danego typu urządzenia HSM, zgodnie z dokumentem: Wymagania dla wdrożenia infrastruktury klucza publicznego w środowisku IT w CPD MF Załącznik nr 2 do scenariusza wdrożenia,
5. Licencji na oprogramowania wirtualizacyjne na odpowiednią ilość serwerów i coreów procesora, zgodnie z: "Załącznik II do SOPZ - Zestawienie ilościowe komponentów”; tabela

A,
6. Zapewnienia infrastruktury sieciowej umożliwiającej instalację odpowiedniej ilości portów opisanych w SOPZ, zgodnie z Załącznikiem II do SOPZ - „Zestawienie ilościowe komponentów" w tabeli B wiersz 3, Zamawiający wymaga rozbudowy przełączników dystrybucyjnych LAN/WAN dostarczonych w ramach KIC I(Cisco Nexus 7009) o dodatkowe

porty 10GigabitEthernet. Jednocześnie w zał. XIX do SOPZ „Wymagania dla rozbudowy systemów infrastrukturalnych w CPD MF - Załącznik nr 2 do scenariusza rozbudowy", na str. 3; pkt.7. AI_12_System_komunikacji_LAN_WAN_w_CPD_MF, Zamawiający dopuszcza, że w tym zakresie możliwe jest również dostarczenie nowych urządzeń LAN. Z odpowiedzi zamawiającego na pytania wynika, że dostarczenie nowych urządzeń jest konieczne,
7. Dostarczenia licencji HP NNM w zakresie obsługi wdrożonych i rozbudowywanych systemów infrastrukturalnych, zgodnie z pkt 10 "Wymagania dla rozbudowy systemów infrastrukturalnych w CPD MF Załącznik nr 2 do scenariusza rozbudowy",
8. Rozbudowy dwóch macierzy dyskowych wg załącznika II do SOPZ „Zestawienie ilościowe komponentów" ,część B, pkt. 1,

wynosi co najmniej 25.000.000 złotych netto i konsumuje całkowicie wartość oferty w sekcjach A, B.1, B.2, B.3 złożonej przez SMT Software S.A., natomiast przedmiot zamówienia jest znacznie szerszy niż dostarczenie w/w infrastruktury i oprogramowania.

Jak wskazano powyżej, według najlepszej wiedzy Odwołującego, suma rynkowych cen Oprogramowania Standardowego, Systemowego oraz infrastruktury z najwyższymi osiągalnymi rabatami konsumuje prawie całkowicie wartość oferty SMT Software S.A.

Powyższe rodzi podejrzenie o nieujęcie wszystkich wymaganych komponentów w cenie oferty, co będzie zagrażało realizacji projektu.

Z powyższego uzasadnienia jednoznacznie wynika, iż czynność polegająca na złożeniu oferty przez SMT Software S.A. w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji. W dyspozycji przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w tym przypadku towarów i usług, poniżej kosztów ich wytworzenia (świadczenia). Po drugie zaś niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług. Działaniom SMT Software SA nie można przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowanie działań, które mają na celu eliminację konkurencji. Zgodnie z interpretacją art. 15 u.z.n.k. dokonaną przez Prezesa UOKiK, w której stwierdzono, że "nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 u.z.n.k. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy

lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy" (pismo Prezesa UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240). Czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociaż teoretycznie, mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów.

W przypadku, gdy SMT Software S.A. zawrze umowę z Zamawiającym, umowa ta skutkować będzie „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub

świadczenia albo odprzedażą poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców' w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, nie dość, że oferta SMT Software S.A. w ocenie Odwołującego nie zakłada zysku, to prawidłowo realizacja zamówienia musiałaby wiązać się ze znaczną startą po stronie SMT Software S.A. Nie ulega zatem wątpliwości, iż złożenie przez SMT Software S.A. tego typu oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wobec czego oferta ta powinna zostać odrzucona.

III. Wybór oferty nie spełniającej wymogów SIWZ i zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Z treści SIWZ wynika wymóg rozbicia ceny na poszczególne elementy składowe zamówienia - sekcje. Wskazuje na to treść pkt 3 ppkt 6 rozdziału VIII SIWZ, a także treść wzoru umowy załączonego do SIWZ. Zgodnie z pkt 3 ppkt 6 rozdziału VIII SIWZ oferta musiała zawierać opis przedmiotu oferty zgodnie z Formularzem Ofertowym. Takiego wymogu z pewnością nie spełniła oferta wykonawcy SMT Software S.A.

Użyte w Formularzu Ofertowym SMT Software S.A. oznaczenie w Sekcji B.1 i B.3 stwierdzenie: „Zawarte w cenie produktu CSE EE w Sekcji A" nie znajduje odniesienia w ofercie i w ogóle nie wiadomo, czym jest CSE EE. SMT Software S.A. nie wskazała cen za te poszczególne elementy. W związku z tym, de facto jej oferta jest nieporównywalna z innymi, chociaż obowiązkiem SMT Software S.A. było określenie ceny za każdą pozycję z Formularza. Podkreślić należy, że pozycje te powinny być wycenione osobno.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że składana oferta ma uwzględniać wszystkie warunki SIWZ i dokumentów na nią się składających np. projektu umowy - por. wyrok KIO z dnia 20 lipca 2010 r. (K/O 1420/10). Zgodnie z przedmiotowym wyrokiem, konieczne jest nie tylko przedstawienie nie tylko ceny końcowej, ale także cen jednostkowych, jeśli wynika to z dokumentacji przetargowej. Umożliwia to zamawiającemu

weryfikację poprawności wyliczenia ceny końcowej, z uwzględnieniem zakresu, w którym zamawiający może poprawić omyłki wykonawcy. Takiej możliwości nie było w niniejszej sprawie.

Sformułowanie „Zawarte w cenie produktu CSE EE w Sekcji A” w sekcji F dla KiC powoduje, że wykonawca otrzymuje kwotę za asystę w okresie dostaw komponentów przynależących do Sekcji A, z pogwałceniem procedur odbioru opisanych we Wzorze Umowy stanowiącym załącznik SIWZ. Godziny Asysty są na zamówienie, a Zamawiający nie jest zobligowany wszystkie z nich wykupić. Niewątpliwym jest więc, że SMT Software S.A. błędnie wymaga płatności za nie już w sekcji A. W załączniku C do SIWZ - Wzór Umowy w § 13. WYNAGRODZENIE I WARUNKI PŁATNOŚCI widoczny jest natomiast podział na Fazę I (ust. 1.1), która jest Sekcją C - „Projekt” z załącznika B do SIWZ - Formularz Ofertowy oraz wyodrębnioną Fazę II (ust. 1.2) związaną z dostawą sprzętu, licencji i wdrożeniami systemów infrastrukturalnych (sekcje A, B i D Formularza Ofertowego), a także Fazę III (ust. 1.3) jednoznacznie identyfikowaną jako sekcja E. Dodatkowo w § 13 ust. 1.4 Wzoru Umowy przewidziano płatność za Asystę techniczną której odpowiada Sekcja F Formularza Ofertowego. Można przypuszczać, że Zamawiający celowo przewidział w Formularzu Ofertowym algorytmy rozłożenia kwot na sekcje, gdyż stanowią one podstawę do określenia harmonogramu płatności. Jeśli nie miałoby to znaczenia, należałoby wstawić całą cenę w Sekcji C i można byłoby ją uzyskać po około 3 pierwszych miesiącach realizacji projektu.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, że kwoty z przedostatniej kolumny (e-Cło) formularza ofertowego SMT Software S.A. nie sumowały się do kwoty podanej w komórce RAZEM. W formularzu ofertowym w sekcji F w kolumnie e-Cło znalazły się „XXX”. Nie można ich było zastąpić brakującym w wycenie 1 milionem złotych, jak to zrobił Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP, ponieważ niezgodność łącznej ceny nie wynikała w sposób oczywisty z błędnego sumowania, bo inne sekcje, tj. B1 i B3 zawierały omówiony już wyżej zapis „zawarte w cenie produktu CSE EE w sekcji A”, a niewypełnione pozostawały też sekcje C, D i E kolumny E-Cło. Niewykluczone, że wykonawca nie uwzględnił w ogóle ceny za ten składnik projektu, tj. Asystę techniczną dla łącznej liczby godzin dla E-Cła (z sekcji F) i sama cena łączna była wyliczona błędnie (o 1 milion złotych zawyżona w stosunku do wyniku sumowania wypełnionych komórek).

Należy tutaj wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r. KIO 450/12 (LexPolonica nr 3846423), zgodnie z którym o ile skorygowanie jednostki miary,

ilości lub opisu pozycji jest nieistotną zmianą treści oferty, która może być poprawiona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to zmiana ceny jednostkowej stanowi zmianę istotną treści oferty, której zamawiający nie może uwzględnić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ani poprawić jako omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający może poprawić omyłki, jeśli czynność ta nie wymaga „udziału" ze strony wykonawcy, tj. jeśli

zamawiający do wykonania poprawy nie potrzebuje dodatkowego oświadczenia od wykonawcy w danym zakresie.

Zgodnie natomiast z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2012 r. KIO/KD 25/12 (LexPolonica nr 3076829), o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający. Złożona przez SMT Software S.A. oferta w sposób oczywisty nie uwzględnia zapisów Wzoru Umowy stanowiącego załącznik SIWZ i tym samym jej integralną część.

Na zakończenie wskazał, że zaakceptowanie przez Zamawiającego przygotowanej w opisany wyżej sposób oferty naruszającej SIWZ doprowadziło do naruszenia przez Zamawiającego jego obowiązków wynikających z art. 7 ust. 1 PZP. Sposób przeprowadzenia postępowania nie zapewniał bowiem zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców spośród których wszyscy pozostali zastosowali się do wymogów SIWZ i przedstawili poprawnie wypełnione formularze ofertowe.

KIO 2656/12

W dniu **23.11.2012 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższą informacją wykonawca ComArch S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **03.12.2012 r.** odwołania wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:
1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty SMT Software S.A. (dalej „SMT") jako oferty najkorzystniejszej;
2. zaniechania czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SMT, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ");
3. zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty SMT pomimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić;

4. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu niezgodności treści oferty SMT z treścią SIWZ jako innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, pomimo że niezgodność ta nie podlegała poprawie w tym trybie;
5. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na prowadzeniu negocjacji w zakresie ceny oferty;
6. zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SMT jako niejawne wyjaśnień (informacji) w zakresie ceny oferty, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
7. zaniechania czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity S.A. (dalej „Sygnity"), pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
8. Prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:
1. naruszenie art. 91 ust 1 Ustawy, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty SMT;
2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 Ustawy, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SMT, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, która nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić;
3. naruszenie art. 87 ust 2 pkt 3) Ustawy poprzez sprzeczne z treścią tego przepisu poprawienia niezgodności treści oferty SMT z treścią SIWZ;
4. naruszenie art. 87 ust. 1 i ust 2 pkt 3) - poprzez prowadzenie w ramach wyjaśnień negocjacji w zakresie ceny oferty SMT;
5. Naruszenie art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego przez SMT wyjaśnienia w zakresie ceny oferty - pomimo że informacje takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być utajnione przez wykonawcę;
6. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, która nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy;
7. naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione zaniechanie odrzucenie ofert SMT oraz Sygnity, co dowodzi naruszenia powyżej zasady.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty SMT i unieważnienia czynności oceny ofert;
2. nakazanie odrzucenia oferty SMT jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
3. nakazanie odrzucenia oferty Sygnity jako niezgodnej z treścią SIWZ;
4. nakazanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SMT jako niejawne wyjaśnień (informacji) w zakresie ceny oferty;
5. dokonanie ponownej oceny ofert;
6. nakazanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, iż nie zgadza się z powyższymi czynnościami i decyzjami Zamawiającego z następujących powodów:
II. Uzasadnienie zarzutów odwołania
II.1. zaniechanie odrzucenia oferty SMT
II.1.1. Zaniechanie odrzucenia oferty SMT z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy
Treść oferty SMT nie odpowiada treści SIWZ, czego nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy, a mianowicie:

1) sprzeczność ceny za Asystę Techniczną (Sekcja F) dla projektu KIC z fakultatywnym (opcjonalnym) charakterem Asysty Technicznej

Podniósł, iż z powołanych wyżej postanowień SIWZ wyraźnie wynika fakultatywny (opcjonalny) dla Zamawiającego charakter usługi Asysty Technicznej. Przemawiają za tym wprost warunki świadczenie tej Asysty (Zał. 7 do Umowy), jasno wskazujące określoną procedurę inicjowania wykonania w ramach Asysty konkretnego Zamówienia, w zależności od aktualnych potrzeb Zamawiającego. To Zamawiający każdorazowo określa przedmiot i sposób wykonania Zamówienia, przesyłając wykonawcy stosowne Zapytanie, bez którego usługa w ogóle nie może być świadczona - jako niezamówiona. Z kolei Wykonawca jest pozbawiony możliwości inicjowania wykonania Zamówienia. Może jedynie, w odpowiedzi na Zapytanie Zamawiającego, przedstawić własną koncepcję wykonania przedmiotu Zapytania, która nie wiąże Zamawiającego (ten może ją odrzucić - pkt 7 Zał. 7 do umowy), co kończy

cały tryb Zamówienia. W konsekwencji powyższych uregulowań SIWZ usługa Asysty Technicznej może, lecz nie musi być przez Zamawiającego zlecana, a co za tym idzie - w skrajnym przypadku - może w ogóle nie być wykonywana przez wykonawcę. Nadto w świetle SIWZ usługa ta, jako jedyna, ma być rozliczna odmiennie od pozostałych elementów przedmiotu Umowy, a mianowicie z zastosowaniem stawki za roboczogodzinę według rzeczywistej pracochłonności wykonanego w jej ramach Zamówienia. Zamawiający podkreślił to dobitnie wskazując, że dokona płatności wyłącznie za faktycznie wykorzystaną ilość osobogodzin (§ 12 ust. 2 i 8 wzoru umowy).

W tej sytuacji zawarcie przez SMT ceny brutto za Asystę Techniczną dla projektu KiC „w cenie produktu (...) w sekcji A" rodzi dla Zamawiającego doniosłe, negatywne konsekwencje. Wbrew określonemu w SIWZ fakultatywnemu charakterowi Asysty Technicznej i zasadom płatności z tego tytułu tylko za rzeczywiście wykonane prace - Zamawiający jest w świetle oferty SMT zobowiązany zapłacić cenę za Asystę z góry, w ramach ceny produktu dostarczanego w Sekcji A, tj. w cenie Systemów składających się na Infrastrukturę bazowa. A nie za prace każdorazowo zlecone i rzeczywiście wykonane przez wykonawcę, zgodnie z odpowiednią ich pracochłonnością. Przy takim ujęciu ceny Asysty dla projektu KiC Zamawiający będzie zmuszony dokonać zatem płatności za w ogóle nie zleconą usługę, a co więcej - za usługę która może nigdy nie zostanie zlecona. Powyższe czyni także zawieranie przez Zamawiającego umowy z SMT nieracjonalnym w świetle zasad oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych (dyscypliny finansów publicznych). Nie wykonując w skrajnej wersji żadnych prac w ramach Asysty w projekcie KiC wykonawca SMT otrzyma łączna cenę brutto za 4 320 godziny usługi (gdyż taką właśnie „łączną" cenę wliczono do Sekcji A) - w ramach płatności za Infrastrukturę bazową (Sekcja A). W konsekwencji w ogóle Zamawiający nie będzie mógł zlecić żadnych usług Asysty w projekcie KIC, gdyż równowartość limitu godzin dla KIC zostanie wyczerpana - zgodnie z ofertą SMT - z chwilą płatności ceny za Infrastrukturę bazową.

Wskazał Odwołujący, iż oświadczenie SMT w zakresie ceny brutto za Asystę techniczną (Sekcja F) nie podlega poprawie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy, gdyż nie jest to omyłka w rozumieniu tego przepisu. Wyklucza ją charakter tego oświadczenia wykonawcy, które w świetle zasad doświadczenia życiowego należy uznać za jego świadome działanie, dokonane wbrew wymaganiom Zamawiającego. Wynika to z dwóch argumentów. Po pierwsze wymaganie SIWZ było proste i jednoznaczne, należało podać cenę pozycji w ofercie - nie sposób go było nie zrozumieć, lub przeoczyć. Po drugie SMT w kolumnie dla Projektu KiC dokonał bezbłędnego sumowania (22 800 000,00 PLN). Wpisanie przez SMT, iż cena za Asystę zawiera się w cenie Infrastruktury bazowej Sekcji A było więc

zabiegiem całkowicie świadomym, poprzedzonym kalkulacją i obliczeniami. A nie niedopatrzeniem, czy opuszczeniem. Nie może być zatem omyłką.

W jego ocenie istotny jest też okres świadczenia Asysty, który wnosi 4 lata od podpisania Protokołu Przekazania do Eksploatacji CPD MF, dotyczącego pierwszego wdrożonego lub rozbudowanego Systemu Infrastrukturalnego (§ 3 ust. 8 wzoru Umowy). Zgodnie z SIWZ rozpoczęcie biegu okresu świadczenia Asysty przypada zatem już po płatności dokonanej za Sekcję A. Inaczej mówiąc: płacąc za Infrastrukturę bazową Zamawiający zapłaci za Asystę techniczną, której okres świadczenie jeszcze nawet się nie rozpoczął.

Cena za Asystę Techniczna nie mogła zostać ujęta w cenie za Infrastrukturę Bazową, tj. za „produkt" w Sekcji A również z tego względu, że Sekcja A nie może obejmować usług, do których należy Asysta. Zgodnie z Opisem tabeli Formularza oferty (zmiana 25 in fine) do Sekcji A Formularza Ofertowego (infrastruktura bazowa) należało wpisać „Zsumowane koszty wszystkich systemów w kolumnie e-Cło i KiC". Usługa Asysty Technicznej niewątpliwie nie jest „Systemem". Zatem Specyfikacja nie dopuszczała wliczania usługi Asysty technicznej do Sekcji A, gdyż ta miała obejmować tylko Systemy Infrastrukturalne wskazane w pkt. 1.2.1 - 1.2.4. Opisu tabeli.

W ocenie Odwołującego stwierdzić należy, iż zaoferowanie przez SMT ceny usługi

Asysty w cenie za Sekcję A w istocie sprowadza się do zaoferowanie przez tego wykonawcę innego sposobu realizacji, czy też wykonania zamówienia, niż jest określony w SIWZ. Taka sytuacja została uznana przez orzecznictwo za niepodlegającą poprawie, tylko skutkującą odrzuceniem oferty za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (np. wyrok KIO UZP z 28 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2698/10). Cały sposób świadczenie Asysty Technicznej oraz jej rozliczania przewidziany w SIWZ został bowiem, dokonanym oświadczaniem w ofercie SMT, zanegowany i nie może mieć on zastosowania.

Tym samym, w jego ocenie, nie mogąc poprawić tej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty MT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) - jako sprzecznej z w/w postanowieniami SIWZ, regulującym jako całość fakultatywny (opcjonalny) charakter usługi Asysty Technicznej, tj. z § 3 ust. 8 wzoru umowy, § 12 wzoru umowy, Zał. 7 do umowy, pkt. 1 i 7 Opisu tabeli.

2) niezgodne z SIWZ wyliczenie ceny serwerów do Sekcji A

Zamawiający określając precyzyjnie zasady obliczenia ceny dla Sekcji A (pkt 1 Opis tabeli) wskazał, że „W pozycji Sekcja A należy podać cenę wszystkich komponentów, w tym uwzględniając wymagania minimalne zawarte w Załączniku II do SOPZ, wchodzących w skład wdrażanych Systemów infrastrukturalnych zawartych w Załączniku X do SOPZ i

rozbudowywanych Systemów infrastrukturalnych zawartych w Załączniku XVI do SOPZ oraz Systemów Biznesowych objętych migracją i zawartych w Załączniku XII do OPZ za wyjątkiem serwerów, oprogramowania systemowego i oprogramowania do zarządzania infrastrukturą serwerową".

Wyraźnie Zamawiający zakazał zatem wliczenia w cenę Sekcji A (Infrastruktura bazowa) ceny za serwery, przewidując do tego osobną pozycję (Sekcja B.I.). Tymczasem SMT dla obydwu projektów e-Cło i KiC wliczyło ceny serwerów do sekcji A, pisząc w formularzu oferty „Zawarte w cenie produktu CE EE w Sekcji A". Odnośnie braku możliwości poprawy tego błędu w trybie art. 87 ust. 2 pjt 3) Ustawy Odwołujący powołuje argumentację zawartą w ppk 1) powyżej.

3) brak ceny za Asystę Techniczną dla projektu e-Cło oraz brak ceny za Asystą Techniczną dla projektu KIC - brak możliwości obliczenia przez Zamawiającego ceny roboczogodziny dla Asysty Technicznej

W ocenie Odwołującego oferta SMT powinna zostać odrzucona również z uwagi na następujące niezgodności z treścią SIWZ:

Po pierwsze, z uwagi na brak podania ceny za Asystę techniczną. A nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w SIWZ nakazał podania ceny brutto za Sekcję F „Asysta techniczna dla łącznej liczby godzin" dla obydwu projektów e-Cło i KiC: „W pozycji Sekcja F należy podać łączną cenę asysty technicznej" (pkt 7 Opisu tabeli). Brak podania ceny brutto w tych pozycjach („XXXX" dla e-Cła oraz „zawarcie" ceny w sekcji A dla KiC) oznacza sprzeczność treści oferty z powołanym nakazem SIWZ. O sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ przesądza bowiem wynik porównania tych treści, który - na niekorzyść SMT - który jest jednoznaczny: wbrew nakazowi SIWZ ceny te nie zostały podane.

Po drugie, w konsekwencji braku podania tych cen nie było w pierwotnej treści oferty SMT (przed dokonana poprawą) śADNEJ ceny za świadczenie usługi Asysty. Jest to fakt bardzo znaczący, albowiem żądane ceny były niezbędne Zamawiającemu dla obliczenia stawki za roboczogodzinę Asysty Technicznej, którą Zamawiający musi wpisać w § 12 ust. 2 wzoru umowy. Trzeba wyjaśnić, że ponieważ w Formularzu Oferty nie było przewidzianej pozycji na wpisanie stawki za roboczogodzinę Asysty Technicznej - Wykonawcy nie podwali tych stawek, a zatem jedynym sposobem na jej ustalenie jest w świetle SIWZ jej wyliczenie przy użyciu 1) narzuconego w SIWZ łącznego limitu roboczogodzin w wysokości 10 320 (w podziale odpowiednio na 6 000 i 4 320) oraz 2) podanych w Formularzu Oferty cen za łączną liczbę godzin. Brak tego ostatniego pozostawia w działaniu jedynie znany dzielnik, co czyni wykonanie obliczenia, a tym samym ustalenia tej stawki, niemożliwym. Nie można poprawić tej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy, gdyż nie ma w ofercie żadnych danych

pozwalanych na określenie w jakiej wysokości cenę asysty oferuje SMT. brak jest jakiegokolwiek pozytywnego własnego oświadczanie czy deklaracji SMT w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego trzeba nadmienić, że brak w ofercie wymaganej w SIWZ czy niezałączenie do niej wysokości cen: materiałów, sprzętu i robocizny jest uznane w orzecznictwie KIO za sprzeczność z treścią SIWZ niepodlegającą poprawie, lecz skutkująca odrzuceniem oferty (np. wyrok KIO UZP z 6 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2541/10).

4) brak cen wymaganych do podania w ofercie

Jak wskazał Odwołujący jest poza sporem, że Zamawiający oczekiwał i wyraźnie wymagał w Opisie tabeli podania cen do każdej z Sekcji Formularza oferty. Już choćby z pierwszego wymogu zamieszczonego ponad tabelą Formularza Oferty wynika to jednoznacznie: „W poniższej tabeli w pozycji przedmiot oferty należy podać dla każdej sekcji cenę brutto, (...)". Wynika to także z zapisów szczegółowych Opisu tabeli w pkt 2, 4 i 7. W wszystkich tych punktach treść SIWZ rozpoczynają się od słów: „W pozycji Sekcja (...) należy podać cenę (...)". Zatem brak podania cen dla Sekcji B.1 i B.3 (e- Cło) oraz Sekcji B.1, B.3. i F a B.3 i Sekcja F (KiC) stoi w jawnej sprzętości z treścią SIWZ, co powoduje, że oferta winna zostać odrzucona. Dostrzegł to również sam Zamawiający, domagając się od SMT podania ceny w tychże Sekcjach w ramach wyjaśnień treści oferty piśmie z dnia 19.11.2012r. Odnośnie braku możliwości poprawy w/w niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy Odwołujący powołuje argumentację zawartą w ppk 1) powyżej.

5) brak obligatoryjnego dokumentu wskazanego w rozdz. VIII pkt 3 ppkt 7) SIWZ

Odwołujący wskazał, że w rozdziale VIII Sposób przygotowania oferty, Zamawiający zapisał:

3. Oferta musi zawierać:
1) pełną nazwę Wykonawcy;
2) adres siedziby Wykonawcy oraz jego numer telefonu kontaktowego, numer faksu;
3) cenę oferty zawierającą wszelkie koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami ROZDZIAŁ VI;
4) termin realizacji przedmiotu zamówienia;
5) potwierdzenie wniesienia wadium;
6) opis przedmiotu oferty zgodnie z Formularzem Ofertowym,
7) zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia Umowy sporządzonej według Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik C do SIWZ;

Tymczasem SMT nie zawarło takiego dokumentu w swojej ofercie, co oznacza niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

II.1.2. Zaniechanie odrzucenia oferty SMT z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy

W powyższym zakresie Odwołujący podniósł, iż w ofercie SMT mamy do czynienia - w zakresie ceny za Asystę Techniczną - 1) z rozbieżnością w rachunkach (e - Cło) oraz z 2) określeniem ceny, niezgodnym z warunkami przedmiotu zamówienia (KiC). W takiej sytuacji, odnośnie rozbieżności rachunkowej na wstępie Zamawiający powinien dokonać jej kwalifikacji albo jako oczywistej omyłki rachunkowej, albo błędu w obliczeniu ceny, skutkującego odrzuceniem oferty wykonawcy. Zamawiający w cenie za projekt e-Cło wybrał wariant trzeci: poprawił rozbieżność jako „inną omyłkę" w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy (zarzut w tym zakresie został uzasadniony osobno w pkt. 11.2. uzasadnienia odwołania). Odnośnie drugiego z błędów w określeniu ceny Zamawiający nie miał innej możliwości jak uznać cenę za Asystę Techniczną za skalkulowaną niezgodnie z SIWZ, sprzecznie z warunkami realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym, pomimo że mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu 89 ust. 1 pkt 6) Ustawy, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia do SMT z prośbą podanie kwoty dla sekcji F (projekt KiC). Tymczasem jest to błąd w obliczeniu ceny którego nie można poprawić w trybie art. 87 Ustawy.

Pod pojęciem błędu w obliczeniu ceny rozumieć należy taki sposób obliczenia ceny, który został dokonany merytorycznie niezgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, na przykład ustawą o podatku od towarów (tak np. wyrok z dnia 22

grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2695/10). O błędach w obliczeniu ceny można ponadto mówić wtedy, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Podobnie stwierdza Izba w wyroku sygn. KIO/UZP 1507/10 - wyrok z dnia 3 sierpnia 2010 r. „Izba zważyła, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem za omyłkę rachunkową należy uznać omyłkę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji. Błędem w obliczeniu ceny jest natomiast inna niż omyłka rachunkowa omyłka w obliczeniu ceny, polegająca na przyjęciu nieprawidłowych danych do jej obliczenia np. wynikająca z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. " czy w wyroku o sygn. KIO/UZP 1132/08).

Wszystkie te elementy zachodzą w niniejszej sprawie. W przypadku ceny dla Asysty Technicznej podanej w sekcji F dla Projektu KiC - błąd polega na podaniu ceny (jej określenie poprzez ujęcie w cenie za Infrastrukturę bazową w sekcji A) w sposób merytorycznie niezgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ, nakazującymi ukształtować tę cenę jako cenę za usługę płatną za rzeczywiście wykonane prace wedle potrzeb Zamawiającego, których skala wystąpienia nie jest znana i które w części, lub nawet w całości mogą nie być zlecone. Tymczasem SMT określiło tę cenę jako składowa ceny za

inny element przedmiotu zamówienia, nie będący usługą, lecz produktem, płatny na innych zasadach. W konsekwencji cena ta została podana w sposób który nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i warunkom jego realizacji w zakresie Asysty technicznej.

II.2. nieuprawniona poprawa omyłki oferty SMT z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy

1. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 Ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. W świetle powyższych przepisów odrzuceniu podlega oferta, która zawiera omyłki inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które Zamawiający poprawił samodzielnie i co do których Wykonawca w ciągu trzech dni od zawiadomienia, nie zgodził się na ich poprawienie.
2. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyraża ugruntowany pogląd, że ocena, czy poprawienie innej omyłki przez Zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia (np. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r. KIO/UZP 1425/09, wyrok KIO/UZP 1426/09 KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., wyrok KIO z dnia 3 września 2010 r. KIO 1796/10). W realiach niniejszej sprawy stwierdzić należy, że poprawa przez Zamawiającego ceny w pozycji dla Sekcji F „e-Cło" przez zastąpienie znaków „XXX" i wpisanie w to miejsce kwoty 1 min zł. zostało dokonane niezgodnie z ar. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy. Za powyższym przemawiają następujące względy:
a) Zamawiający zapomniał, że w niniejszym postępowaniu cena ma charakter wynikowy, tj. jest ceną która powinna zostać obliczona na podstawie podanych elementów składowych. W przypadku takich cen matematyczna logika konstruowania i wyceny oferty nie pozwala na przyjęcie jako prawidłowej sumy, gdyż suma . ta pochodzić musi z innych, składających się na nią cen szczegółowych.
b) Po drugie reguła poprawności sumy nie może działać przy BRAKU kilku składowych sumy, jak w niniejszej sprawie.
c) Powyższe potwierdza Krakowa Izba Odwoławcza - „W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z ceną wynikową, tj. ceną która winna zostać wyliczona w oparciu o określone

elementy składowe i w określony sposób, z tym że dla poszczególnych jej elementów (...) Co do zasady sposób wyliczenia wynagrodzenia jest wyłączną domeną wykonawcy. Jednakże od tej zasady istnieją wyjątki, z którym mamy do czynienia w ramach niniejszego stanu faktycznego. W związku z powyższym należy wskazać, iż w tym zakresie otrzymanie kwoty całkowitej wynagrodzenia winno być wynikiem określonych operacji matematycznych, dla których określono pewne reguły ograniczające swobodę wykonawców w zakresie wyliczenia im należnego wynagrodzenia. Tym samym za punkt wyjścia dla oceny poprawności wyliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia należało przyjąć części składowe wynagrodzenia, a nie jak uczynił Zamawiający, sumę całkowita" (KIO 1961/12).
d) Uprawnienie do podania ceny to wyłączna prerogatywa Wykonawcy. Zamawiający nie może Wykonawcy w tym zakresie niejako „wyręczać", ani zastępować. Jak stwierdza Izba w wyroku z dnia 10 lipca 2010r. KIO/1420/10: „Stwierdzone przez Izbę, a wcześniej przez Zamawiającego uchybienia w treści kosztorysu opracowanego przez Odwołującego w zakresie pozycji 84 i 85 w branży gazy medyczne, w stosunku do przedmiarów' nie stanowią, w ocenie Izby, omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba uznała, iż samodzielne dokonanie przez Zamawiającego wyceny powyższych pozycji, wykracza poza dyspozycję ww. przepisu, Zamawiający nie ma bowiem podstaw do przyjęcia ustalonych przez siebie cen i na ich podstawie obliczenia końcowej ceny za realizację zamówienia - wskazanie zarówno cen jednostkowych, jak i ceny za realizację całego zamówienia jest uprawnieniem i obowiązkiem wyłącznie wykonawcy. Prowadzenie zaś korespondencji z wykonawcą w tym zakresie prowadziłoby do negocjacji, co z kolei byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Omyłki, które mogą być poprawione w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawienia mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co w niniejszym stanie faktycznym nie jest możliwe. "
e) Zamawiający dokonał czynności poprawy omyłki w jednym piśmie z dnia 19.ll.br., w którym (na wstępie) wezwał do SMT do podania wartości, na jakie zostały wycenione poszczególne Sekcje, niepodane w Formularzu (B.l i B.3 w kolumnie e-Cło oraz B.l, B.3 i F w kolumnie KiC) oraz jednocześnie poprawił omyłkę wpisując 1 min. zł. w miejsce XXXX (cena Sekcji F dla e-Cła). Nie mając wiedzy co do pozostałych cen w kolumnie e-Cło przyjął za pewnik, że suma 3 niewiadomych i 2 wiadomych kwot jest poprawna.
f) W Formularzu oferty dla Projektu KiC w odpowiedniej do poprawionej sekcji F, również nie było ceny za Asystę Techniczną. W pierwotnym kształcie oferta nie zawierała śADNYCH cen za Asystę Techniczną. Istniał zatem całkowity brak w ofercie jakichkolwiek danych na temat kosztu Asysty technicznej dla obydwu Projektów - w znaczeniu zobowiązania ofertowego Wykonawcy. Zamawiający nie mógł mieć wiedzy, czy intencją Wykonawcy było wykonanie Asysty dla E-cła np. za 500 tys. zł czy za 2 min. zł. Tymczasem warunkiem poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy jest możliwość samodzielnego poprawienia oferty przez

Zamawiającego bez uciekania się do treści spoza oferty. Powyższe potwierdzają przykładowe wyroki z dnia 27 marca 2012 r. KIO 484/12, KIO 493/12 („W ocenie Izby, Zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy, (...) bazując na zasadzie analogii na cenach jednostkowych z pozycji analogicznych wskazanych powyżej. Nie będzie więc miało miejsce posiłkowanie się zewnętrznym informacjami pochodzącymi z poza oferty") czy KIO 985/11 - Zamawiający musi w celu poprawy omyłki dysponować informacjami potrzebnymi do jej poprawy, którego pochodzą z treści oferty'" (w stanie faktycznym objętym wyrokowaniem informacjami takimi były podane w innych miejscach oferty prawidłowe pozycje przedmiaru).
g) Istniało wiele sposobów poprawy. Ów dodany w Sekcji F 1 milion zł. mógł zostać wpisany do innych sekcji, choćby do A. Nie stała temu na przeszkodzie zasada zakazująca przekroczenia w Sekcjach A, B.l.-B.3 kwoty 11 min zł, gdyż istniała w SIWZ reguła kolizyjna, pozwalająca w takim przypadku na przeniesieniem „nadwyżki" do Sekcji A projektu KiC (pkt 8 Opisu Tabeli).
h) Poprawienie omyłki w cenie łącznej dla Asysty Technicznej dla e-Cła - wobec braku ceny tej Asysty dla Projektu KiC - narzuciło Wykonawcy SMT cenę za tę ostatnią pozycję. W tym tkwi sedno sprawy, gdyż tym samym w realiach niniejszej sprawy o cenie łącznej liczby godzin Asystę (a tym samym o stawce za roboczogodzinę przy narzuconych limitach godzin) zdecydował Zamawiający, nie mając ku temu żadnych materialnych podstaw w ofercie.
i) Wskazywana przez Zamawiającego jako podstawa poprawy „różnica" w wysokości 1 milion

nie ma waloru danych, na jakich mógłby się oprzeć Zamawiający w rozumieniu w/w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej dokonując poprawy w trybie 87 ust 2 pkt 3) Ustawy, gdyż po pierwsze nie jest ona zobowiązaniem ofertowym wykonawcy, a przede wszystkim owa różnica właśnie jest pochodną błędu w ofercie, tj. braku ceny za Asystę dla e-Cła (wpisane „XXXX") oraz braku ceny Asysty dla KiC (cena zwarta w sekcji A). Z tej przyczyny dokonana poprawa opiera się na błędnych założeniach (danych), gdyż do poprawy bierze dane będące pochodną błędu, a nie dane poprawne i wiarygodne.
j) Poprawa omyłki ma istotny charakter w znaczeniu zmiany treści oferty, gdyż wobec braku ceny za Asystę w drugim z projektów - przesądziła o cenie Asysty Technicznej w ogóle.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, iż reasumując - w realiach niniejszej sprawy należy wziąć pod uwagę całość okoliczności wskazanych w lit a) - j) powyżej. Wynika z nich, że Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić omyłki. Pomimo nieistnienia śADNYCH pozytywnych danych w ofercie o wysokości kosztu Asysty, a opierając się jedynie na pochodnej samego błędu tj. różnicy w cenie - arbitralnie poprawił pozycję Sekcji F Projektu e-Cło. Jedynemu danymi pozwalającymi na poprawę w tej sytuacji mogłyby być ceny za Asystę dla projektu KiC - gdyby zostały podane. To jednak nie miało miejsca, w

konsekwencji czego Zamawiający w istotny sposób zaingerował w treść oferty narzucając poprzez dokonana poprawę cenę za całą Asystę w sytuacji, gdy jednocześnie prosił Wykonawcę o podanie ceny tejże Asysty w sekcji F dla projektu KiC.

Z tych względów, w jego ocenie, uznać należy, iż Zamawiający nie mógł dokonać poprawy ceny za Asystę Techniczną w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy.

II.3. nieuprawnione negocjacje w zakresie ceny - naruszenie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Ustawy

Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Ustawy ze względu na nieuprawnione prowadzenie negocjacji w sprawcie ceny oferty po upływie terminu jej złożenia - co nastąpiło pismem z dnia 19.11.2012, w którym Zamawiający zwrócił się o „wyjaśnienie/uszczegółowienie treści oferty poprzez podanie wartości na jakie zostały wycenione Sekcja B.1., Sekcja / B.3 dla e-Cło oraz Sekcja B.1., Sekcja B.3 i Sekcja F dla KIC, a które zostały zawarte w cenie produktu w sekcji A"

Tymczasem, w ocenie Odwołującego, takie wyjaśnienia nie mogą mieć miejsca. Posłużenie się przez Zamawiającego trybem wyjaśnień (art. 87 ust. 1 Ustawy) jest możliwe, a nawet nakazane, jeżeli oferta zawiera postanowienia niejasne lub sprzeczne - czyli w sytuacji gdy Zamawiający ma wątpliwości co do jej treści. Jednak Zamawiający nie może wykorzystywać tego trybu w celu uzupełnienia treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą też prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni (tak liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyrok z dnia 25 marca 2011 r., KIO 510/11).

W świetle oferty SMT Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości co do jej treści. Wykonawca SMT po prostu nie podał cen za poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia, które miał obowiązek podać. Treść oferty SMT NIE zawiera tych cen, a w wyniku wyjaśnienia doszło do ich podania (wyjaśnienie SMT zostało utajnione), co zmieniło merytorycznie w istotny sposób treść oferty. Zwraca uwagę w szczególności wezwanie do podania ceny za Sekcję F (Asysta Techniczna) dla Projektu KiC, a to z tego względu, że cena ta była konieczna do obliczenia ceny za roboczogodzinę Asysty, którą należy wpisać do § 12 ust 2 wzoru umowy. Skoro pierwotna treść oferty w ogóle nie zawiera ceny łącznej za Asystę, ani dla projektu e-Cło, ani dla KiC, stąd też w wyniku wezwania do wyjaśnienia Zamawiający umożliwił SMT ukształtowanie ceny z tego tytułu dla projektu KiC po terminie złożenia oferty.

II.4. nieudostępnienie wyjaśnień SMT w zakresie ceny które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa - naruszenie art. 8 ust. 2 Ustawy

W dniu 29 listopada 2012 roku Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu odpowiedzi SMT na w/w wezwanie do wyjaśnienia z 19.11.2012r. i podania „wartości na

jakie zostały wycenione Sekcja B.I., Sekcja B.3 dla e-Cło oraz Sekcja B.1., Sekcja B.3 i Sekcja F dla KiC, a które zostały zawarte w cenie produktu w Sekcji A". Należy zwrócić uwagę na zupełną bezzasadność utajnienia tychże informacji przez SMT oraz utrzymania tegoż utajnienia przez Zamawiającego. Informacje te dotyczą bowiem cen składających się na ofertę Wykonawcy, jakie miał obowiązek podać w Formularzu Oferty.

Pogląd, iż informacje dotyczące ceny oferty nie mogą być uznane za informacje mogące być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zadaniem Odwołującego wynika z faktu, iż brak jest łącznego spełnienia ustawowych następujących przesłanek:

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

Z powyższych przesłanek - wyłącznie przesłanka trzecia może zostać uznana za spełnioną, gdyż być może wykonawcy odpowiednie kroki podjęli. Jednakże nie można uznać, aby sama cena za określony element przedmiotu umowy miała jakąkolwiek wartość techniczną, technologiczną, handlową czy organizacyjną. Z informacji o cenie nie sposób wywieść jakichkolwiek informacji technicznych, technologicznych, handlowych czy organizacyjnych na temat oferowanego rozwiązania czy know-how Wykonawcy. Tym bardziej, że cena ta musi być elementem jawnej umowy o udzielenie zamówienia i podstawą jawnych rozliczeń pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.

II.5. Zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy

Z wiedzy rynkowej posiadanej przez Odwołującego wynika, że firma Sygnity nie zaoferowała wymaganych przez SIWZ licencji na oprogramowanie Oracle ponad te, które posiada Zamawiający, w liczbie pozwalającej na wykonanie zamówienia zgodnie z zakresem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ.

Zgodnie z Załącznikiem A do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (zwanym dalej „SOPZ"), Zamawiający w Rozdziale VIII w punkcie 15 tego załącznika zamieścił wykaz licencji oprogramowania firmy Oracle wykorzystywanych obecnie przez Systemy Biznesowe wymienione w Załączniku XII do SOPZ. Poinformował jednocześnie, że Wykonawca może dysponować podanymi licencjami do konfiguracji Platformy Aplikacji. Dodatkowo Zamawiający napisał, że w przypadku konieczności zapewnienia większej liczby licencji niż podana - Wykonawca jest zobowiązany do ich dostarczenia oraz dla licencji oprogramowania Oracle dostarczonych przez Wykonawcę, jest on zobowiązany do utrzymywania aktualnego wsparcia producenta przez cały okres obowiązywania Umowy.

Zgodnie z wiedzą rynkową i informacjami posiadanymi przez Odwołującego oferowane przez wykonawcę Sygnity rozwiązanie sprzętowe wymaga zaoferowania licencji w liczbie przekraczającej licencje posiadane przez Zamawiającego.

Zgodnie z zasadami licencjonowania firmy Oracle Wykonawca, firma Sygnity - by zapewnić spełnienie wszystkich wymagań SIWZ - musiałaby posiadać pokrycie w licencjach na oprogramowanie Oracle w ilości, których oferta ta nie zawiera. Powyższe ma oparcie w wiedzy rynkowej posiadanej przez Odwołującego. Pośrednio powyższe znajduje też potwierdzenie w cenie oferty Sygnity, która - gdyby owe licencje zawierała - winna być znacząco droższa.

Reasumując: oferta Sygnity nie zawiera licencji na oprogramowanie w liczbie odpowiadającej wymaganiom SIWZ zapewniającej wykonanie zamówienia, co przesądza o niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

II. 6 prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art. 7 ust 1 Ustawy

W ocenie Odwołującego Zamawiający prowadzi postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Świadczą o tym niezgodne z Ustawą ww. działania i zaniechania Zamawiającego (w szczególności zaniechanie jego wykluczenia i odrzucenia jego oferty). Dodatkowo o naruszeniu ww. zasady świadczy fakt, iż w rzeczywiście rzadko spotkanym stanie faktycznym, wielości sprzecznych i nieprofesjonalnych istotnych oświadczeń Mobile MS, Zamawiający jakoby nieustannie usprawiedliwia te działania i przyjmuje je za dobra monetę - wbrew literalnemu brzmieniu

tych oświadczeń oraz rodzących wątpliwości co do intencji Mobile MS okoliczności ich złożenia.

III. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają uzyskanie przez Odwołującego zamówienia, a obydwie wymienione w odwołaniu oferty konkrecyjne podlegają odrzuceniu, czego Zamawiający niezgodnie z Ustawą zaniechał. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Naruszenie ww. przepisów Ustawy przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w dwóch kolejnych pismach procesowych opatrzonych datą **14.12.2012 r.** wniósł odpowiedź na odwołania. W odniesieniu do odwołania o **sygn. akt KIO 2651/12** wskazał, co następuje. W zakresie odwołania Sygnity S.A. wniósł o jego oddalenie. Wskazał, iż podniesione przez Odwołującego zarzuty są całkowicie bezzasadne, co potwierdza niżej przytoczona argumentacja.

Przed ustosunkowaniem się do poszczególnych zarzutów Zamawiający zwraca uwagę, iż Odwołujący bezzasadnie twierdzi, że odrzucenie oferty SMT prowadziłoby do wyboru złożonej przez niego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż postępowanie na Dostawę sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie oraz migrację systemów informatycznych resortu finansów część II prowadzone jest w ramach projektu Konsolidacja i centralizacja systemów celnych i podatkowych, współfinansowanego ze środków unijnych, a więc projektu o ograniczonym budżecie, w którym każdy poniesiony wydatek badany jest przez Komisję Europejską pod kątem racjonalności i efektywności. Wybrana oferta Wykonawcy SMT - oferta z najniższą ceną - opiewa na kwotę 34 800 000,00 PLN. Oferta Odwołującego jest o 55 000 000,00 PLN droższa i znacznie przekracza budżet zadania, które jest ostatnim zamówieniem do zakontraktowania w ramach przedmiotowego projektu. Powyższe powoduje niemożność przesuwania środków w projekcie na przedmiotowe zamówienie. Powyższe ma realny i istotny wpływ na ocenę interesu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiający przedstawia następującą argumentację.

Ad 1) Zaniechanie ujawnienia pełnej treści oferty SMT oraz wyjaśnień SMT

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu Zamawiający stwierdza, iż zarzut jest bezpodstawny.

Jako punkt wyjścia do swej argumentacji Zamawiający przyjmuje stwierdzenie Odwołującego zawarte na stronie 6 odwołania: W ocenie Odwołującego utajnienie oferty SMT Software S.A. w zakresie zestawienia ilościowego oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego dokonane zostało wyłącznie w celu uniemożliwienia poprawności jej weryfikacji innym wykonawcom. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty żadnych formularzy, wykazów oferowanego sprzętu czy komponentów, w szczególności nie nakazał Wykonawcom załączenia do oferty zestawienia ilościowego oferowanych komponentów Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego. Do oferty Odwołującego nie załączono tego typu opracowania. SIWZ zawiera Załącznik II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów, jednak co do zasady opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu ma charakter funkcjonalny. Zamawiający określił w SIWZ minimalne wymagania dla systemów

infrastrukturalnych oraz określił dopuszczalne technologie, które mogą być wykorzystane do realizacji zamówienia bez preferowania żadnej z nich. Celem Zamawiającego było, aby zaoferowane rozwiązanie zapewniało określoną funkcjonalność, i spełniało wymagania minimalne zawarte w SIWZ. Założenie przyjęte przez Odwołującego, wyartykułowane na

stronie 9 odwołania: Należy to interpretować jako rozbudowę posiadanych aktualnie rozwiązań poprzez dostawę elementów zgodnych technologicznie i funkcjonalnie zrealizowanych w tej samej technologii i wytworzonych przez tego samego producenta. Wszyscy wykonawcy powinni mieć analogiczne zestawienia w tym zakresie, jest więc całkowicie błędne Gdyby teza Odwołującego była prawdziwa oznaczałaby, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję ze wskazaniem na sprzęt określonego producenta, co nic jest prawdą, jak potwierdza przebieg niniejszego postępowania. Nadto należy zauważyć, że przyjętej w opisie przedmiotu zamówienia idei neutralności technologicznej nie wypacza fakt, iż w ramach projektu KiC trwa obecnie realizacja etapu budowy Systemów Infrastrukturalnych i migracji Systemów Biznesowych (część I migracji systemów informatycznych resortu finansów). Z pewnością nie można tego faktu traktować jako bezwzględnego wyznacznika co do oferowanego sprzętu dla części drugiej projektu KiC, jak zdaje się czynić Odwołujący. Pośrednio sam jednak potwierdza wielość możliwych do zaoferowania rozwiązań, pisząc na stronie 7 odwołania: Mając wiedzę merytoryczną na temat możliwych technologii wymaganych przez Zamawiającego (...). Skoro więc Zamawiający:
• nie określił szczegółowego sposobu dokonywania oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie wymagając od Wykonawców dołączenia do oferty wykazu komponentów sprzętowych i oprogramowania opisanych wg schematu „wymagane -oferowane",
• nie wymagał przedstawienia ściśle określonej treści oferty opisując przedmiot zamówienia funkcjonalnie, trudno uznać za zasadną argumentację Odwołującego, iż załączone do oferty SMT utajnione materiały mają oczywisty i przewidywalny charakter i jako takie powinny zostać udostępnione.

Przeciwnie, Wykonawcy mieli możliwość zaoferowania różnorodnych rozwiązań opracowanych indywidualnie dla potrzeb niniejszego zamówienia. Każdy przyjęty opis rozwiązania stanowi potencjalny materiał do utajnienia, oczywiście pod warunkiem wypełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyznaje to sam Odwołujący pisząc za orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 4 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1016/12), iż tylko te elementy opisu oferty, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom. Materiały utajnione przez SMT mają dokładnie taki charakter. Zamawiający stoi na stanowisku, że

informacje utajnione w treści oferty SMT są pracą koncepcyjną tego Wykonawcy. Twierdzenie Zamawiającego potwierdzają wyjaśnienia SMT w tym zakresie uzyskane w toku postępowania.

Abstrahując od treści utajnionych materiałów Zamawiający - podobnie jak Odwołujący -pragnie wskazać na przywoływaną wyżej część I migracji systemów informatycznych resortu finansów. W postępowaniu tym Zamawiający wymagał obligatoryjnego dołączenia do oferty zestawienia szczegółowego do formularza oferty. Zestawienie to miało na celu zobrazowanie koncepcji poszczególnych wykonawców co do przeprowadzenia etapu I migracji systemów informatycznych resortu finansów także poprzez wskazanie dobranych w tym celu komponentów sprzętowych i oprogramowania. Załączniki te zostały utajnione przez niektórych wykonawców biorących udział we wspomnianym postępowaniu. Kwestia ta była rozpatrywana przez KIO. KIO nie zakwestionowała słuszności utajnienia. Stwierdziła: (...) „Ostatnim *z dokumentów, którego objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący zakwestionował było zestawienie szczegółowe do formularza ofertowego. Twierdził on, że poczynione zastrzeżenie jest bezskuteczne przynajmniej w części opisującej sprzęt i oprogramowanie standardowe. W jego ocenie przedmiot zamówienia opisany został przez Zamawiającego jasno i precyzyjnie, a oferowane mu produkty musiały spełniać konkretne wymagania. Izba nie podzieliła przekonania Odwołującego co do charakteru zestawienia szczegółowego do formularza ofertowego. (...) Analiza postanowień SIWZ, a w szczególności Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) - załącznika A do SIWZ - oraz osiemnastu. załączników do SOPZ, pozwała stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany funkcjonalnie. W zgodzie z SIWZ możliwe było zaoferowanie różnych rozwiązań technologicznych. Istotną była konieczność wypełnienia minimalnych wymagań funkcjonalnych. W załączniku nr IV do SOPZ opisane zostały*

wymagane parametry techniczne dla urządzeń teleinformatycznych. W pkt III. 12 SOPZ Zamawiający dopuścił stosowanie komponentów równoważnych wskazując, że rozwiązania równoważne muszą spełniać warunki równoważności określone w załączniku XIV do SOPZ. (...) Ważnym było, aby zaoferowane rozwiązanie zapewniało osiągnięcie funkcjonalnie opisanych celów. Wszystko to potwierdza, że możliwe było skonstruowanie więcej niż jednego prawidłowego rozwiązania, które każdy z Wykonawców mógł zaoferować Zamawiającemu. To od decyzji Wykonawcy zależało, w świetle zapisów SOPZ, jakie rozwiązanie wybierze, to na nim ciążył obowiązek koncepcyjnego opracowania oferowanego rozwiązania. (...) Izba, kierując się dokonanymi ustaleniami, odmówiła nakazania Zamawiającemu ujawnienia Odwołującemu i innym wykonawcom zestawienia szczegółowego do formularza ofertowego złożonego przez powołana spółkę". (wyrok KIO z 5 czerwca 2012 r. sygn. akt: KIO 1002/12, KIO 1006/12, KIO 1008/12, KIO 1018/12).

Zdaniem Zamawiającego powyższe twierdzenia KIO wpisują się wprost w charakter sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu. W odniesieniu do analogicznych wymagań SIWZ i bliźniaczych zarzutów postawionych w odwołaniu KIO stwierdziła, iż utajnienie jest skuteczne, gdyż dotyczy indywidualnego rozwiązania, koncepcji realizacji zamówienia wyrażającej się m.in. w odpowiednim doborze jednostek sprzętowych.

Nie stanowi żadnego argumentu w przedmiocie odtajnienia informacji także chęć Odwołującego do weryfikacji oferty SMT. Z tego względu prawo do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie doznaje ograniczenia. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, jednoznacznie dowodzi bezzasadności pierwszego z zarzutów.

W odniesieniu do drugiej części zarzutu, dotyczącej zaniechania odtajnienia wyjaśnień SMT z dnia 22 listopada 2012 r., należy podkreślić, iż Zamawiający odtajni! treść tego pisma w toku prowadzonego postępowania, w związku z powyższym zarzut jest całkowicie chybiony. (kopia pisma w załączeniu),

Ad 2) zaniechanie odrzucenia oferty SMT, mimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji Odnosząc się do kolejnego zarzutu Zamawiający stwierdził, iż nie został on udowodniony.

Odwołujący odniósł się do definicji czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przede wszystkim dostęp do jednostkowego zamówienia nie jest jednoznaczny z dostępem do danego rynku dostaw czy usług. Patrząc na ranking ofert w przedmiotowym postępowaniu rodzi się pytanie, w jaki sposób oferta SMT utrudnia dostęp do przedmiotowego zamówienia i eliminuje Odwołującego, który zaoferował cenę o 55 000 000,00 PLN (brutto) wyższą od oferty SMT a także o ponad 45 000 000,00 PLN droższą od kwoty przeznaczonej na ten ceł przez Zamawiającego? Podkreślić należy fakt, iż wartość oszacowana przez Zamawiającego została oparta na cenach za analogiczne zamówienia uzyskiwane w prowadzonych równolegle przez Zamawiającego przetargach z uwzględnieniem ewentualnych różnic zakresów poszczególnych zamówień. Wartość zamówienia nie utraciła nic na swojej aktualności na żadnym etapie procedowanego postępowania. Wątpliwości Zamawiającego budzą raczej wyjątkowo wysokie ceny grupy ofert (w tym oferty Odwołującego) w niniejszym postępowaniu: 89 299 429,60 PLN, 89 427 955,00 PLN i 91440 397,92 PLN. Powyższe informacje są istotne z punktu widzenia właściwej oceny argumentu Odwołującego zawartej na stronie 5 odwołania: (...) która budzi poważne wątpliwości w świetle innych ofert

złożonych w tym postępowaniu, które wszystkie su niemal trzykrotnie wyższe niż wybrana oferta SMT Software S.A.

Podkreślić należy także, iż Odwołujący w żaden, nawet pośredni sposób nie kwestionuje wartości ustalonej przez Zamawiającego, a do tej wartości zbliżona jest cena zaoferowana przez SMT. Co więcej, Odwołujący nie stawia zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez SMT. Nie podnosi naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie

kwestionuje nieprzeprowadzenia przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Samo przytoczenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp (niejako w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp) jako potencjalnego zarzutu, bez jakiegokolwiek rozwinięcia w uzasadnieniu odwołania, nie może być traktowane jako zarzut.

Twierdząc, że oferta SMT powinna zostać odrzucona na podstawie art, 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, Odwołujący oparł się na przyjętych arbitralnie założeniach (licencje Oracle, Microsoft, VMWare oraz urządzenia IBM) i hipotetycznych wyliczeniach (25 000 000,00 PLN netto), które nie mają żadnego uzasadnienia w treści SIWZ. Także teza Odwołującego, iż oferta SMT nie zakłada zysku i prawidłowa realizacja zamówienia musiałaby się wiązać ze stratą SMT Sof/warte S.A. nie znajduje potwierdzenia w treści oferty SMT.

Podejrzenie o nieujęcie wszystkich wymaganych komponentów w cenie oferty (strona 12 odwołania) wynika najprawdopodobniej z przyjętego w ofercie Odwołującego toku rozumowania, iż możliwe jest zastosowanie jednego rozwiązania spełniające

Odwołujący w swojej argumentacji nie uwzględnia wymaganą funkcjonalność.

możliwości innych rozwiązań funkcjonalnych czy dopuszczonej treścią SIWZ rozwiązań równoważnych (Załącznik XIV SOPZ).

W ocenie Zamawiającego faktem jest, iż Zamawiający nie wymagał żadnych dodatkowych załączników poza FO. W żadnej innej ofercie także ofercie Odwołującego nie ma zestawienia oferowanych urządzeń, stąd wywód, że utajnienie niewymaganego dokumentu w jakiś sposób pozbawia Odwołującego wiedzy o spełnianiu przez ofertę SMT wymagań SIWZ, jest całkowicie bezpodstawny.

Ad 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty SMT pomimo niespełnienia wymogów SIWZ oraz błędów w obliczeniu ceny

Odwołujący twierdzi, iż z treści SIWZ wynika wymóg rozbicia ceny na poszczególne elementy składowe zamówienia - sekcje. (...) Oferta musiała zawierać opis przedmiotu oferty zgodnie z Formularzem Ofertowym. Analiza Rozdziału VIII SIWZ w związku z Rozdziałem VI SIWZ ujawnia postanowienia przemilczane przez Odwołującego, a mianowicie:
Rozdział VIII pkt 2: Do przygotowania zaleca się wykorzystanie Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik B do SIWZ i zamieszczenie go na początku oferty.

Rozdział VIII pkt 3: Oferta musi zawierać cenę zawierającą wszelkie koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami ROZDZIAŁ VI.
Rozdział VI pkt 1: Cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty: dostawy sprzętu, instalacji i konfiguracji sprzętu i oprogramowania, usługi migracji, dokonania odbioru, gwarancji, asysty technicznej, opłaty i podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy, oraz wszelkie inne obciążenia Wykonawcy wynikające z realizacji zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego czytając powyższe postanowienia SIWZ trudno zgodzić się ze słusznością argumentów Odwołującego. Nie można także uznać, iż w związku z podaniem w ofercie SMT cen zagregowanych, nie rozbitych na Sekcje B.I i B.3, oferta ta jest nieporównywalna z innymi. 1 Do porównania i wyboru ofert Zamawiający przewidział w SIWZ jedno kryterium: cena -100%, określone w Rozdziale XIII SIWZ. Tak więc dla porównania ofert zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający zobowiązany jest użyć całkowitej ceny oferty podanej w FO przez SMT - 34 800 000,00 PLN. Udziału w kryteriach oceny ofert nie mają ceny za poszczególną infrastrukturę, projekt czy Asystę Techniczną. Te będą potrzebne dopiero na etapie rozliczania umowy. Zamawiający przewidywał jednak już w SIWZ, że ceny dla potrzeb rozliczenia umowy będą odpowiednio uszczegóławiane już po składaniu ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy. Świadczą o tym postanowienia zawarte w Rozdziale XVI SIWZ (Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po zakończeniu postępowania w celu zawarcia umowy) pkt 5: Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, zobowiązany będzie - w oparciu o informacje zawarte w Ofercie ~ do przygotowania Załącznika nr 2 do Umowy w zakresie szczegółowych specyfikacji oferowanych szkoleń oraz szczegółowego wykazu sprzętu i oprogramowania ujętego w sekcjach A-B Formularza Ofertowego, wartości usług wdrożeń, rozbudowy i migracji systemów? ujętych w sekcjach D-E Formularza Ofertowego. Analizując treści wymagane w przedmiotowym załączniku (m.in. ceny jednostkowe brutto komponentów) należy stwierdzić, iż Zamawiający będzie dysponował dalszym uszczegółowieniem cen w

stosunku do etapu składania ofert. Tak więc Załącznik 2 do Umowy zapewni wyszczególnienie cen wszystkich komponentów poza Asystą Techniczną. Informacje uzyskane w ten sposób wskażą także pośrednio cenę dla Asysty Technicznej (KiC). Cena za Asystę Techniczną będzie stanowiła różnicę pomiędzy sumą cen z Załącznika 2 do Umowy i ceną z FO za realizację KiC.

Dodatkowo SIWZ przewiduje także sporządzenie Harmonogramu Szczegółowego który, zgodnie z definicją zawartą w Umowie, będzie dokumentem przygotowanym przez Wykonawcę w uzgodnieniu z Zamawiającym. Dokument ten ma obejmować szczegółowy wykaz prac i Produktów realizowanych w ramach poszczególnych Faz, Kroków i Etapów wraz z terminami ich realizacji. Tak więc do realizacji Umowy w zakresie płatności są

niezbędne dane z wielu źródeł. Nie jest tak, jak próbuje przedstawić Odwołujący, że dane z FO są jedynym i obligatoryjnym źródłem danych o cenach, niezbędnych następnie na etapie realizacji Umowy. Nie istnieje więc zagrożenie, o jakim pisze Odwołujący, że w odniesieniu do KiC wykonawca otrzymuje kwotę za asystę techniczną w okresie dostaw komponentów przynależących do Sekcji A, z pogwałceniem procedur odbioru opisanych we Wzorze Umowy stanowiącym załącznik SIWZ. W świetle przytoczonych powyżej postanowień SIWZ zasadności tezy Odwołującego nie dowodzi także przytoczony wyrok KIO z 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1420/10), w którym Izba stwierdziła, iż przedstawienie cen jednostkowych jest konieczne, jeśli wynika to z dokumentacji przetargowej.

Odnosząc się także do drugiej części wywodu, dotyczącej poprawienia nieistotnej omyłki w treści oferty SMT, Zamawiający zwraca uwagę, iż stan faktyczny ustalony w ofercie SMT uprawniał go to poprawienia tej omyłki, namawiający, pismem z dnia 25 października 2012 r., usunął z pierwotnej wersji FO z sekcji F dla projektu e-Cło oznaczenie „XXX'. Powyższe mogło spowodować techniczną pomyłkę na etapie sporządzania oferty, szczególnie gdy Wykonawca pracował na starym wzorze przedmiotowego formularza. Zamawiający analizując ofertę SMT zauważył, że uwzględnia ona np. wymóg co do limitu 11 000 000,00 PLN dla Sekcji A, B.1, B.2 i B.3 projektu e-Cło. Powyższe wskazywało na zaznajomienie się SMT z postanowieniami zawartymi w piśmie z dnia 25 października 2012 r., w którym to Zamawiający wprowadził przedmiotowy limit, a także zmienił decyzję co do podania ceny za Asystę Techniczną dla projektu e-Cło. Zamawiający miał więc podstawy uznać, że SMT było świadome konieczności podania ceny dla Asysty Technicznej. Kolejnym czynnikiem potwierdzającym ten fakt była różnica pomiędzy podaną łączną kwotą za realizację projektu e-Cło (12 000 000,00 PLN), a faktyczną sumą zawartych w tej kolumnie kwot. Brakująca i nigdzie nie ulokowana kwota 1 000 000,00 PLN mogła zostać przypisana tylko Sekcji F (nie zaś, jak twierdzi Odwołujący, niewypełnionym Sekcjom C, D czy E kolumny e-Cło) gdyż, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jeszcze tylko Sekcja F w kolumnie e-Cło miała być wyceniona. Zamawiający nie wymagał podania cen dla Sekcji T, D i E w kolumnie e-Cło. Tak więc przyjęcie, iż różnica w sumie projektu e-Cło wynosząca 1 000 000,00 PLN jest skalkulowaną, lecz nie wpisaną do FO, było najprostszą i nie powodującą dodatkowych konsekwencji metodą poprawienia istniejącej w ofercie SMT niespójności. Takie poprawienie oferty SMT nie pociągało za sobą konieczności dokonywania dalszych korekt, np. rachunkowych. Dokonanie poprawienia tej omyłki przywróciło poprawność oferty nie powodując istotnej zmiany w treści oferty, w szczególności nie wpłynęło na cenę oferty. W czynności tej żadnego udziału nie miał także Wykonawca SMT. Dla Zamawiającego mechanizm powstania omyłki był oczywisty, a poprawienie jej było możliwe bez uprzednich wyjaśnień ze strony SMT. Poprawienie tej omyłki było konieczne, gdyż uchybień w FO SMT,

wbrew dalszym twierdzeniom Odwołującego, nie można zakwalifikować jako błędu w obliczeniu ceny.

Wg Odwołującego błąd w obliczeniu ceny ma miejsce, gdy wykonawca przyjął mylne założenia bowiem punktem do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawa wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu czego oczekuje zamawiający. Złożona przez SMT Software S.A.

oferta w sposób oczywisty nie uwzględnia Wzoru Umowy stanowiącego załącznik SIWZ i tym samym jej integralną część.

Zdaniem Zamawiającego nieobowiązkowy wzór FO jest tylko częściowo związany z treścią Umowy. Jak Zamawiający wskazał powyżej, SIWZ i zawarty w niej wzór Umowy przewiduje procedury uszczegóławiania cen podanych na etapie składania ofert w sposób umożliwiający realizację zamówienia (w zakresie płatności). Proponowana w SIWZ treść FO zawiera tylko pewien sposób prezentacji ceny (forma oferty). Zaprezentowanie jej w inny sposób przez SMT (z omyłką i bez rozbicia na sekcje) nie dowodzi błędnej, niekompletne kalkulacji i nie niweczy możliwości realizacji zamówienia. Jak Zamawiający wykazał powyżej rozbicie ceny w FO nie jest wystarczające dla realizacji Umowy, dlatego też uchybień w FO nie można uznać za błąd w obliczeniu ceny.

Mając na uwadze powyższą argumentację stwierdzić należy, iż Zamawiający dokonał czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z postanowieniami SIWZ, jednakowymi dla wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie naruszył więc zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie. Interpretując treść SIWZ wybiórczo, podkreślając znaczenie jednych zapisów SIWZ a całkowicie ignorując istnienie innych, jak proponuje Odwołujący, Zamawiający postąpiłby wbrew powołanym zasadom.

Kończąc prezentowanie swojego stanowiska Zamawiający pragnie wyraźnie podkreślić, iż w odwołaniu nie padły zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ ani rażąco niskiej ceny. Podniesione zaś zostały pewne formalne uchybienia w ofercie SMT, które nie mają wpływu na jej merytoryczną treść i na faktyczną możliwość realizacji umowy. Ustawa Pzp przewiduje mechanizmy sanowania takich omyłek. Należy wyraźnie podkreślić, iż art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp pozwala na odrzucenie oferty za niezgodność jej treści z treścią SIWZ dopiero w przypadku, gdy stwierdzonych w ofercie uchybień nie da się poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Tak więc pierwszym obowiązkiem Zamawiającego, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, jest zweryfikowanie, czy uchybień w ofercie nie można poprawić. Stwierdzona w ofercie SMT omyłka była możliwa do poprawienia bez najmniejszego uszczerbku dla treści oferty (niezmienna pozostała wartość za e-Cło, jak i wartość całej oferty). .

W jego ocenie niewyszczególnienie pewnych cen w zalecanym - nie obligatoryjnym - FO nie przesądza w o niemożności rozliczenia umowy SIWZ przewidywała bowiem procedurę uszczegóławiania cen zawartych w ofercie przed podpisaniem umowy. Procedura ta bez przeszkód posłużyłaby do uzyskania wszystkich niezbędnych do rozliczenia umowy cen, w tym także ceny za asystę techniczną dla KiC. Informacje w FO w świetle postanowień SIWZ nie musiały więc bezwzględnie takich informacji zawierać. Ich brak nie powoduje zaś żadnych negatywnych konsekwencji dla realizacji Umowy. Zatem to czynność odrzucenia oferty SMT stanowiłaby rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację należy uznać, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego nic zasługują na uwzględnienie, w związku z czym Zamawiający wnosi jak w petitum.

W zakresie odwołania o sygn. akt **KIO 2656/12** Zamawiający wskazał, co następuje. Wniósł o oddalenie odwołania.

1.Zarzuty związane z koniecznością odrzucenia oferty SMT.

II.1.1. Zaniechanie odrzucenia oferty SMT z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut nr 1 – sprzeczność ceny za Asystę Techniczną (sekcja F) dla projektu KiC z fakultatywnym (opcjonalnym) charakterem Asysty Technicznej oraz Zarzut nr 3 – brak ceny za Asystę Techniczną dla projektu e-Cło oraz brak ceny za Asystę Techniczną dla projektu KIC i brak możliwości obliczenia przez Zamawiającego ceny roboczogodziny dla Asysty Technicznej.

Wskazał na wstępie, iż koszty w zakresie świadczenia usług Asysty Technicznej stanowią jeden z elementów wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Stosownie bowiem do punktu 1 Rozdziału VI. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY. ROZLICZENIA I PŁATNOŚCI cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty: dostawy sprzętu, instalacji i konfiguracji sprzętu i oprogramowania, usługi migracji, dokonania odbioru, gwarancji, asysty technicznej, opłaty i podatki, w tym podatek

od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy, oraz wszystkie inne obciążenia Wykonawcy wynikające z realizacji zamówienia. Podkreślić przy tym należy, iż jedynym kryterium oceny ofert, ustalonym przez Zamawiającego w treści SIWZ, była cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, w tym za świadczenie usług Asysty Technicznej. Najistotniejszym celem zamieszczenia w ofercie Formularza Ofertowego (dalej: FO), którego wzór nota bene nie miał charakteru obligatoryjnego, (Rozdział VIII pkt 2 SIWZ: Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie Formularza ofertowego (...)) było zatem porównanie zaoferowanych wynagrodzeń należnych Wykonawcom za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, w tym za świadczenie usługi Asysty Technicznej. Ze złożonej przez

SMT oferty wynika zaoferowanie wszystkich elementów wymaganych treścią SIWZ, a podana cena, tj. 34.800.000 PLN brutto (ponad dwukrotnie tańsza od kolejnej i jako jedyna mieszcząca się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia) uprawniała do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W świetle zapisów SIWZ rozbicie całkowitego wynagrodzenia na poszczególne Sekcje może mieć jedynie znaczenie z punktu widzenia rozliczeń i płatności określonych w § 12 Wzoru umowy (Asysta Techniczna). Nie jest jednak prawdą, iż ze względu na fakultatywny (opcjonalny) dla Zamawiającego charakter usługi Asysty Technicznej brak wyrażonej wprost przez SMT w FO kwoty za wykonywanie usługi Asysty Technicznej dla projektu Konsolidacja i Centralizacja Systemów Celnych i Podatkowych (KiC) powoduje niemożność oszacowania stawki godzinowej za świadczenie tej usługi, a w konsekwencji może zmusić Zamawiającego do dokonania płatności za w ogóle nie zleconą usługę, a co więcej - za usługę, która może nigdy nie zostanie zlecona. Zamawiający wskazuje, iż treść SIWZ należy odczytywać łącznie jako jedną, integralną całość, dlatego też ww. stawka może zostać wyliczona i to przed podpisaniem umowy, i dotyczy to w takim samym stopniu wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (bowiem żadna z ofert nie podaje jednostkowej ceny za roboczogodzinę). Zgodnie bowiem z punktem 5 Rozdziału XVI SIWZ: Wykonawca, którego Oferta zostanie wybrana, zobowiązany będzie - w oparciu o informacje zawarte w Ofercie - do przygotowania Załącznika nr 2 do Umowy w zakresie szczegółowej specyfikacji oferowanych szkoleń oraz szczegółowego wykazu sprzętu i oprogramowania ujętego w sekcjach A-B Formularza Ofertowego, wartości usług wdrożeń, rozbudowy i migracji systemów ujętych w sekcjach D-F Formularza Ofertowego. (.) ile dokument len nic obejmuje wynagrodzenia za wykonanie usług Asysty Technicznej, to poprzez proste działanie matematyczne (różnice) cena ta zostanie przeniesiona do umowy. Odjecie od całości wynagrodzenia wskazanego przez SMT w FO (tj. 34 800 000,00 PLN brutto) kwoty stanowiącej sumę wartości wszystkich komponentów znajdujących sic w Załączniku nr 2 do Umowy - przy uwzględnieniu kwoty określonej w KO za usługę świadczenia Asyst)1 Technicznej dla projektu e-Clo wskaże wartość Asysty Technicznej dla KiC. Ta wartość jest natomiast podstawą do wyliczenia stawki godzinowej za świadczenie Asysty Technicznej dla KiC. niezbędnej do realizacji Umowy.

Na marginesie Zamawiający odrzuca tezę zawartą w Odwołaniu, zgodnie z którą usługa Asysty Techniczne/ może lecz nie musi być przez Zamawiającego zlecana, a co za tym idzie w skrajnym przypadku - może w ogóle nie być wykonywana przez wykonawcę. Zgodnie treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp: przedmiot zamówienia opisuje się w sposobów jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Sytuacja, w której Zamawiający, wskazując w treści SIWZ zakres (załącznik 7 do

Umowy) i planowaną do wykorzystania przez siebie liczbę godzin związaną ze świadczeniem usług, w istocie nie planowałby jej wykorzystania lub planowałby zlecenie liczby godzin różniącej się zasadniczo od wskazanej w dokumentach przetargowych, byłaby sprzeczna nie tylko z nakazem, o którym mowa w powyższym przepisie, ale także z nakazem prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. O ile zatem Zamawiający, ze względu chociażby na zakres usług i planowaną długość świadczenia Asysty Technicznej (4 lata), nie jest w stanie przewidzieć z dokładnością co do 1 h

wykorzystania liczby godzin określonej w SIWZ, o tyle oświadcza, iż będzie do tego dążył, działając w dobrej wierze i z należytą starannością.

Zarzut nr 2 Niezgodne z SIWZ wliczenie serwerów do Sekcji A oraz Zarzut nr 4) brak cen wymaganych do podania w ofercie

Zdaniem Zamawiającego zarzuty te oparte są na tej samej tezie, iż błędy formalne polegające na niezgodności złożonego dokumentu z wymaganiami nieobligatoryjnego wzoru FO winny skutkować koniecznością odrzucenia oferty SMT bądź to ze względu na niezgodność z treścią SIWZ, bądź to ze względu na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny. Jak już wspomniano, podstawowym celem składania dokumentu w proponowanej formie FO było porównanie ofert pod kątem zaoferowanych przez Wykonawców cen za wykonanie całkowitego przedmiotu zamówienia (kryterium oceny ofert - cena 100%). Rozbicie elementów na poszczególne Sekcje miało charakter wtórny, tym bardziej iż Wzór umowy ustanawia jako elementy, za które należy się wynagrodzenie, nie poszczególne Sekcje wskazywane w treści wzoru Formularza Ofertowego, a Fazy stanowiące wyodrębnione części umowy obejmujące wykonanie określonych Kroków wskazanych w Harmonogramie Szczegółowym, zakończone odebraniem danej Fazy (§ 1 Wzoru umowy - Definicje). Z kolei Harmonogram Szczegółowy (zdefiniowany również w §1 Wzoru Umowy), obejmujący szczegółowy wykaz prac i Produktów realizowanych w ramach poszczególnych Faz, Kroków i Etapów wraz z terminami ich realizacji, ma dopiero zostać opracowany przez Wykonawcę oraz uzgodniony z Zamawiającym jako odrębny Produkt, w ramach realizacji Umowy. Biorąc zatem pod uwagę powyższe stwierdzić należy, iż ceny podane w treści dokumentu odpowiadającego FO przez SMT zostaną uszczegółowione w Załączniku nr 2 do Umowy, tj. w szczegółowej specyfikacji oferowanych szkoleń oraz szczegółowym wykazie sprzętu i oprogramowania ujętego ic sekcjach A-B Formularza Ofertowego, wartości usług wdrożeń, rozbudowy i migracji systemów ujętych w sekcjach D-F Formularza Ofertowego. Podkreślenia wymaga fakt, iż oferta SMT obejmuje cały przedmiot zamówienia. Część cen, zgodnie z wyraźnym oświadczeniem SMT w ofercie, została podana jako część składowa innej ceny, co nie oznacza braku wyceny lej części przedmiotu zamówienia - jak interpretuje to Odwołujący - a tylko brak ich ujawnienia w treści nieobligatoryjnego wzoru FO. Co ważne,

ceny te. zgodnie z przewidziana w SIWZ procedurą (Rozdział XVI pkl 5 SIWZ). zostaną ujawnione jeszcze przed podpisaniem umowy.

Zarzut nr 5) brak obligatoryjnego dokumentu wskazanego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 7 SIWZ

Zamawiający wskazał, ze zgodnie z definicją zawartą w art. 2 punkt 7a) ustawy pod pojęciem postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć: postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu (…) w celu dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, której treść lub jej istotna część jest obligatoryjnym elementem każdej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określi! Wzór Umowy (załącznik nr III do SIWZ), a więc dokument, który nie może być zmieniany w żaden istotny sposób pomiędzy datą wyznaczoną na dzień składania ofert a datą podpisania umowy. Każdy Wykonawca składający ofertę w tym postępowaniu miał świadomość, iż jego oferta będzie realizowana na zasadach i w sposób bezwzględnie określony treścią wzoru umowy. Samo zatem złożenie oferty bez zastrzeżeń co do zapisów umowy (tak jak dokonało tego SMT) jest jednoznaczne ze zobowiązaniem Wykonawcy do zawarcia umowy sporządzonej wg Wzoru Umowy.

II. 1.2. Zaniechanie odrzucenia oferty SMT z naruszeniem art. 89 ust. I pkt 6 ustawy Pzp

Odwołujący wskazuje, iż w przypadku ceny dla Asysty Technicznej podanej w sekcji F dla projektu KiC - błąd polega na podaniu ceny (jej określenie poprzez ujęcie w cenie za Infrastrukturę bazową w sekcji A) w sposób merytorycznie niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, nakazującymi ukształtować tę cenę jako cenę płatną za rzeczywiście wykonanie prace wedle potrzeb Zamawiającego, których skala wystąpienia nie jest znana i które w części, lub nawet w całości mogą nie być zlecone. Tymczasem SMT określiło tę cenę. jako składowa ceny za inny element przedmiotu zamówienia, nie będący

usługą, lecz produktem, płatny na innych zasadach. W konsekwencji cena ta została podana w sposób, który nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i warunkom jego realizacji w zakresie Asysty Technicznej. Zamawiający nie zgadza się z takim stanowiskiem. Jak już wyżej wspomniano ewentualny błąd Wykonawcy ma charakter wyłącznie formalny i nieistotny z punktu widzenia realizacji umowy będącej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie ujęcie ceny w FO w żaden sposób nic niweczy możliwości zawarcia i realizacji Umowy zgodnie z postanowieniami dołączonego do SIWZ Wzoru Umowy, co próbuje udowadniać Odwołujący. Wyliczenie stawki godzinowej za świadczenie usług Asysty Technicznej, o której mowa w § 12 ust. 2 Wzoru Umowy, będzie możliwe na podstawie procedury określonej w SIWZ, i konieczne do zastosowania dla

wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Sposób wyliczenia stawki niezbędnej do rozliczania Asysty Technicznej został wskazany w odpowiedzi na zarzut nr 1. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, zarzut Odwołującego należy uznać za bezpodstawny.

II.2. Zarzut dotyczący nieuprawnionej poprawy omyłki oferty SMT z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy

Zgodnie z Formularzem ofertowym złożonym przez SMT suma kwot za elementy wskazane w Sekcjach od A do H.3 w ramach projektu e-Cło wynosiła 11 000 000.00 PLN i była zgodna z punktem 8 Opisu tabeli FO: Suma wartości dla wierszy Sekcja A, Sekcja B1. Sekcja B.2 i Sekcja B3 z kolumny e-Cło nie może przekroczyć11l mln PLN. Ten wymóg został przez SMT dochowany. Wartość Sekcji A-B.3 zamyka sio dokładnie w kwocie 11 000 000.00 PLN. Tymczasem jako sumę dla całej kolumny e-Cło, w ramach której Wykonawca winien był określić jeszcze tylko wartość dla Sekcji F (Asysta Techniczna), podano kwotę 12 000 000,00 PLN. Różnicę pomiędzy wartością za realizację projektu e-Cło 12 000 000,00 PLN i wartością określonych cen w Sekcjach A-B.3 (11 000 000,00 PLN), wynoszącą 1 000 000,00 PLN, Zamawiający przyjął za brakującą cenę Sekcji F (ostatnią wymaganą do podania w tej kolumnie poza wycenionymi Sekcjami A-B.3). Ze względu na oczywistość mechanizmu powstania takiej omyłki (stwierdzenie jej bez udziału wyjaśnień Wykonawcy), jak i brak jakiegokolwiek dalszego wpływu jej wprowadzenia na treść oferty, Zamawiający zakwalifikował przedmiotowe uchybienie jako omyłkę określoną w art. 89 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i wpisał ją w treść oferty. O fakcie tym Zamawiający poinformował Wykonawcę SMT, który potwierdził ten tok rozumowania nie zgłaszając sprzeciwu w tym względzie. Podkreślić należy, iż prawdopodobną przyczyną braku wpisania kwoty za świadczenie usługi w ramach usługi Asysty Technicznej dla projektu e-Cło było posłużenie się nieaktualnym wzorem FO, obowiązującym przed 25 października 2012 i\, tj. sprzed daty zmiany SIWZ nr 24. Formularz ten w spornym punkcie zawiera! oznaczenie „XXX", które zostało później powtórzone w ofercie złożonej przez SMT.

Zamawiający wskazał, iż zgadza się z Odwołującym, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyraża ugruntowany pogląd, że ocena, czy poprawienie innej omyłki przez Zamawiającego powoduje (łub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego (punkt 2 przedmiotowego zarzutu). Odwołujący jednakże w treści Odwołania przykładowo cytuje wyrok KIO z dnia 10 lipca 2010 f., sygn. akt KIO/UZP 1420/10 czy wyrok KIO z dnia 5 października 2012 r. sygn. akt: KIO 1961/12, wydane w odmiennych stanach faktycznych. (W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z ceną wynikową, tj ceną, która winna zostać wyliczona w oparciu o określone elementy składowe i w określony sposób, z tym że dla poszczególnych jej elementów (...) co do zasady sposób wyliczenia wynagrodzenia jest wyłączną domeną wykonawcy. Jednakże od tej zasady

istnieją wyjątki, z którymi mamy do czynienia w ramach niniejszego stanu faktycznego. (...) (sygn. akt: KIO 1961/12)), Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należ)', iż cytowanie poszczególnych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej opierających się na odmiennych stanach faktycznych, lak jak stosuje to Odwołujący, w celu ich porównania i udowodnienia skuteczności wysuniętych zarzutów pozbawione jest sensu.

W niniejszym, jednostkowym stanie faktycznym, wbrew twierdzeniu Odwołującego o braku kilku składowych sumy, należało rozwiązać równanie zjedna niewiadomą. Znany był

bowiem wynik dodawania za poszczególne Sekcje w projekcie e-Cło i suma cen poszczególnych Sekcji (pośrednio także cen Sekcji B.2 i B.3 ze względu na ich wartość mieszczącą się w kwocie za Sekcję A) w tym projekcie za wyjątkiem wartości w Sekcji F. Zamawiający odrzuca także tezę wynikającą z. zarzutów przedstawionych w odwołaniu, iż w żadnym przypadku wpisanie wartości w treści FO nie mieści się w kategorii poprawienia innych omyłek nie stanowiących istotnych zmian treści oferty. Treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nic wyznacza takiej granicy.

Dokonanie lej czynności w żaden istotny sposób nie wpłynęło na zmianę treści oferty SMT, w szczególności na łączną wartość oferty odczytaną podczas otwarcia ofert i ocenianą w kryterium oceny ofert.

II. 3 Zarzut dotyczący nieuprawnionych negocjacji w zakresie ceny

Zamawiając podniósł, iż nie zgadza się z postawionymi zarzutami. Intencją wystosowania pisma z 19 listopada 2012 r.. dotyczącego wyjaśnienia/uszczegółowienia treści oferty poprzez podanie wartości na jakie zostały wycenione Sekcja B.1. Sekcja B.3 dla e-Cło oraz Sekcja B.1. Sekcja B.3 i Sekcja F dla KiC, a które zostały zawarte w ceni produktu w Sekcji A, było wyłącznie doprecyzowanie cen skalkulowanych już w cenie oferty, a tym samym zawartych w FO - a nie ich ustalanie na nowo.

Zdaniem Zamawiającego podkreślić należy, iż jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Cena ta została podana przez SMT w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, także Odwołującego. Każda cena SMT za określone sekcie wpisująca się/nie sprzeczna z zaprezentowanymi w FO cenami (respektującymi narzucone limity) nie mogła być zakwestionowana ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach do oferty i nie będzie mogła być zakwestionowana na etapie formalności związanych z podpisaniem umowy, tj. Załącznika nr 2 do Umowy. W takich okolicznościach trudno rozważać problem „zmiany" cen, skoro ich podanie nic ma znaczenia dla wyboru oferty. Powyższe, w ocenie Zamawiającego, oznacza, iż zarzut negocjacji treści oferty jest całkowicie bezpodstawny.

II. 4 Zarzut dotyczący nieudostępnienia wyjaśnień SMT w zakresie ceny, które nic mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa

Należy podkreślić, iż Zamawiający odtajnił treść wyjaśnień SMT z dnia 22.U.2012r. w toku prowadzonego postępowania, w związku z powyższym zarzut jest całkowicie chybiony. (kopia pisma w załączeniu).

II. 5 Zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity z naruszeniem art. 89 ust. 1 nkt 2 ustawy

Zarzut wysunięty przez Odwołującego, jakoby firma Sygnity nie zaoferowała wymaganych przez SIWZ licencji na oprogramowanie Oracle ponad te, które posiada Zamawiający, w liczbie pozwalającej na wykonanie zamówienia zgodnie z zakresem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ, jest zarzutem chybionym, ponieważ wnioski wypływające z twierdzeń Odwołującego, nawet gdyby uznać je za prawdziwe, mogą być egzekwowane od Wykonawcy dopiero na etapie realizacji umowy w zależności od przyjętej koncepcji realizacji umowy. Odwołujący nie udowodnił, iż sposób realizacji umowy przyjęty przez Sygnity w ogóle wymaga dostarczenia dodatkowych licencji Oracle. Tym samym w żaden sposób przedstawiona argumentacja nie dowodzi postawionego zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ. śaden z zapisów SIWZ nie zobowiązywał Wykonawcy do wskazania w ofercie zarówno konkretnej liczby dostarczanych licencji firmy Oracle przekraczających liczbę licencji wskazaną w punkcie 15 Rozdziału VIII SIWZ. jak i do złożenia odrębnego oświadczenia o zapewnieniu większej liczby licencji, jeśli zaoferowane rozwiązanie tego wymaga.

Zamawiający wskazuje ponadto, iż zarzut ten opiera się wyłącznie na wiedzy rynkowej posiadanej przez Odwołującego bez wskazania konkretnych dowodów. Zgodnie z art. 6. Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy P/p ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, w tym wypadku na Odwołującym. Tak leż wyrok KIO z 26 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 747/2012): Izba zwraca uwagę, ze to na stronie, która wywodzi określone skutki prawne, spoczywa obowiązek dowodowy. W świetle powyższego twierdzenia Odwołującego, skutkujące jego zdaniem koniecznością odrzucenia oleiły Sygnity. należy uznać za nieudowodnione.

III. Zarzut dotyczący prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1

Powyższe wyjaśnienia wskazują jednoznacznie, iż Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie rozumie, czego dotyczą zarzuty stawiane przez Odwołującego, a związane z firmą Mobile MS, która w żaden sposób nie jest zaangażowana w przedmiotowe

postępowanie. Być może jest to wynik kopiowania zarzutów z innych postępowań, co jednoznacznie wskazuje na nieprzemyślane i nieodzwierciedlające rzeczywistości zarzuty Odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący SMT Software S.A. jednym pismem z dnia **18.12.2012 r.,** wniesionym w ramach odwołania o sygn. akt **KIO 2651/12** oraz **KIO 2656/12** wskazał, co następuje.

1. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Zdaniem Przystępującego fakt, iż Przystępujący wpisał w Formularzu Oferty w Sekcjach B.I, B.3 i F „Zawarte w cenie produktu CSE EE w Sekcji A" nie świadczy o niezgodności treści oferty SMT Software S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kiuczowym aspektem przedmiotu zamówienia jest rozbudowa informatycznej infrastruktury technicznej i oprogramowania, opartej na koncepcji chmury obliczeniowej. Dostawy, które są przewidywane w ramach zamówienia służą tylko temu, aby było możliwe dokonanie dalszego etapu prac, polegającego na stworzeniu odpowiedniego systemu informatycznego, do którego następnie, jeśli chodzi o projekt KiC, zostanie przeprowadzona migracja danych. Asysta techniczna oraz usługi gwarancyjne mają być świadczone przez okres 4 lat.

W przeciwieństwie do pozostałych wykonawców uczestniczących w przetargu, Przystępujący zaproponował - odnośnie tych elementów, które dotyczą rozbudowy systemu - produkt równoważny do opisanego w specyfikacji.
Dowód: oświadczenie producenta o równoważności;

Wyjątkowość, a jednocześnie odmienność rozwiązania zaoferowanego przez Przystępującego polega na tym, że dostarcza gotowy produkt - system konsolidacji i centralizacji aplikacji i infrastruktury Cloud System Enterprise Extended Edition, który jest platformą natychmiast gotową do użycia i współpracy. Różnica pomiędzy Przystępującym, 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 Przystępujący oferuje całościowy produkt, zastępujący istniejące u zamawiającego elementy i 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. Funkcjonalność dostarczonego produktu pozwala na włączenie do rozwiązania istniejącego

dotychczasowego sprzętu i infrastruktury teleinformatycznej oraz oprogramowania Zamawiającego. Przystępujący oferuje ten produkt na podstawie umowy z dystrybutorem międzynarodowego producenta w zakresie technologii informatycznych. Producent zapewnia w cenie nie tylko infrastrukturę - sprzęt i oprogramowanie spełniające funkcje żądane przez Zamawiającego, lecz również gwarancję i obsługę techniczną produktu przez cztery lata. Jest to rozwiązanie równoważne do opisanego w SOPZ. Równoważność proponowanych rozwiązań została przez Zamawiającego dopuszczona w Załączniku nr XIV do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia - Warunki równoważności.

Jak wynika z wzoru umowy Zamawiający będzie rozliczał się nie w oparciu o podział ceny na Sekcje zawarty w Formularzu Ofertowym, lecz w oparciu o Fazy realizacji zamówienia. Zamawiający podzielił zamówienie na trzy fazy:
I. faza - projekt

II. faza - Infrastruktura Techniczna;
III. faza - Migracja

Fazy są podzielone na Etapy, a te na Kroki (zdefiniowane we wzorze umowy). Zamawiający przygotował specyfikację istotnych warunków zamówienia pod rozwiązanie standardowe - zawierające w II fazie etap dostawy i odbioru sprzętu oraz zainstalowania na nim oprogramowania. Jak wynika z § 8 wzoru umowy:
„1. W ramach Fazy II Wykonawca, w terminie określonym w Harmonogramie Szczegółowym:
1.1. dostarczy i zainstaluje Sprzęt wraz z wymaganym Oprogramowaniem Standardowym zgodnie z wykazem sprzętu i oprogramowania zawartym w Załączniku nr 2 do Umowy,
1.2. skonfiguruje, przetestuje i uruchomi dostarczoną przez siebie część Infrastruktury Teleinformatycznej zgodnie z postanowieniami Umowy oraz zatwierdzonym Projektem".

W ofercie Przystępującego, gdzie zastosowano rozwiązania równoważne, nie ma rozbicia II Fazy na takie dwa etapy, gdyż Przystępujący dostarcza produkt w postaci sprzętu, na którym już w fabryce producenta skonfigurowano i przetestowano oprogramowanie teleinformatyczne, wcześniej zaprojektowane w Fazie I pod wymogi Zamawiającego. Formularz Oferty przygotowany przez Zamawiającego w siwz został stworzony pod rozwiązanie standardowe, gdzie sprzęt został oddzielony od infrastruktury bazowej, czyli rozwiązanie teleinformatycznej. Natomiast skoro Przystępujący zaoferował

przystawał. Ofertowy do niego nie

równoważne, to Formularz (standardowy)

są jedynie w CSE EE sekcji A"

Sformułowania „zawarte w cenie produktu
odzwierciedleniem równoważnego charakteru oferty Przystępującego.

Przystępujący, wpisując do Formularza Ofertowego „zawarte w cenie produktu CSE EE w sekcji A" chronił również tajemnicę przedsiębiorstwa, do której był zobowiązany na

---

mocy umowy z dystrybutorem rozwiązania. Z kolei dystrybutor zobowiązany był do zachowania poufności na podstawie umowy z producentem.
Dowód: umowa o zachowaniu poufności pomiędzy Przystępującym i dystrybutorem; umowa o zachowaniu poufności pomiędzy dystrybutorem i producentem

Użycie takiego zapisu, zamiast podania konkretnej kwoty, może stanowić co najwyżej naruszenie co do formy, a nie treści oferty. Zaprezentowana forma oferty z uwzględnieniem jej aspektów równoważności stanowi wymaganą przez zamawiającego spójną i niewątpliwą w zakresie oceny całość.

Jak wskazano już w przystąpieniu, ceny ujęte w poszczególnych sekcjach Formularza Ofertowego nie stanowiły kryterium oceny ofert, stąd brak ich podania nie może przesądzać o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Jeśli zaś chodzi o rozliczanie usług Asysty Technicznej godzinowo, to Zamawiający w przewidział w Rozdziale XVI SIWZ uszczegółowienie cen bezpośrednio przed zawarciem umowy: „Wykonawca, którego Oferta zostanie wybrana, zobowiązany będzie - w oparciu o informacje zawarte w Ofercie - do przygotowania Załącznika nr 2 do Umowy w zakresie szczegółowej specyfikacji oferowanych szkoleń oraz szczegółowego wykazu sprzętu i oprogramowania ujętego w sekcjach A-B Formularza Ofertowego, wartości usług wdrożeń, rozbudowy i migracji systemów ujętych w sekcjach D-E Formularza Ofertowego".

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 1.2 wynagrodzenie łączne z tytułu realizacji Umowy w II Fazie będzie płatne m.in. na podstawie „zestawienia rozliczanego Sprzętu i Oprogramowania Standardowego oraz usług rozbudowy lub wdrożenia wraz ze Szkoleniami dla Systemów Infrastrukturalnych, z zastrzeżeniem pkt 1.2.3. Faktury muszą być wystawiane odrębnie dla projektu KiC i projektu Program c Cło zgodnie z podziałem określonym w Załączniku II do SOPZ". Załącznik nr II będzie pomocny przy wypełnianiu Załącznika nr 2 do umowy, który ma zawierać m.in. szczegółowy wykaz sprzętu i oprogramowania ujętego w sekcjach A-B Formularza Ofertowego oraz wartości usług wdrożeń, rozbudowy i migracji Systemów ujętych w sekcjach D-E Formularza Ofertowego. Różnica pomiędzy wartością poszczególnych elementów infrastruktury z Sekcji A oraz sprzętu z sekcji B.I i B.3 - pozwoli uzyskać cenę Asysty Technicznej dla Projektu KiC.

Sposób rozliczania godzin Asysty Technicznej (wg zapotrzebowania) nie ma wpływu na ważność oferty. Niezależnie bowiem od tego, jaka kwota zostałaby wstawiona w tej

pozycji (z 17.381.099,85 zł przewidzianych łącznie dla Sekcji A, B.I, B.3 i F) - cena całej oferty oraz zakres świadczonych usług się nie zmieni. A zatem, brak podania w Sekcji F konkretnej kwoty pieniężnej nie może być uznany za omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią siwz, gdyż oferta wykonawcy będzie nadal merytorycznie taka sama. Niezgodność oferty może polegać jedynie na niezgodności formy oferty z formą wymaganą w siwz.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego Comarch S.A., iż Przystępujący nie zawarł w ofercie „zobowiązania Wykonawcy do zawarcia Umowy sporządzonej według Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik C do SIWZ", należy wskazać, że samo złożenie oferty stanowi zobowiązanie Przystępującego do zawarcia umowy według wzoru zaproponowanego przez Zamawiającego w SIWZ. Brak osobnego zobowiązania może być poczytywany za uchybienie jedynie co do formy, a nie treści oferty.

2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu błędów w obliczeniu ceny. Zarzuty dotyczące poprawy omyłki w ofercie Przystępującego.

Zdaniem Odwołujących Zamawiający nieprawidłowo poprawił, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, omyłkę polegającą na wpisaniu w miejscu „XXX" w Sekcji F dla kolumny e-Cło kwoty 1.000.000,00 PLN. Według odwołującego Comarch S.A. brak podania ceny w Sekcji F dla projektu e-Cło stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący Sygnity S.A. stwierdził, że niewykluczone, iż cena łączna była wyliczona błędnie - o 1 min zł zawyżona w stosunku do wyniku RAZEM dla kolumny e-Cło. Odwołujący uważają, że w tym zakresie oferta Przystępującego jest obarczona błędem w obliczeniu ceny, niepodlegającym poprawie.

Argumentacja Odwołujących przedstawiona w odwołaniach na temat poprawienia treści Sekcji F dla kolumny e-Cło jest błędna. Z wszelkich okoliczności sprawy wynika bowiem, że Przystępujący omyłkowo nie wpisał kwoty 1 min zł w miejsce XXX.

Po pierwsze, Zamawiający zmianą nr 24 do SIWZ z dnia 25.10.2012 r. usunął „XXX" z Sekcji F dla e-Cło. Termin składania ofert był wówczas bliski, bo przypadał na 06.11.2012 r. Była to jedna z 85 zmian do SIWZ. Bardzo często, jako nieistotne omyłki są poprawiane zmiany wynikające z nieuwzględnienia przez wykonawcę zmian do SIWZ, w szczególności te dotyczące zmian w formularzach, nawet jeśli dotyczą elementów cenotwórczych. Przykładowo w wyroku z dnia 11.06.2012 r., sygn. akt KIO 1095/12, Izba stwierdziła: „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie może być interpretowany zawężająco. Zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany SIWZ, powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Brak pewności zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a SIWZ, poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. (...) W konsekwencji przyjęcia innego terminu wykonania zamówienia cena za całe zamówienie nie obejmowała pełnego okresu jego realizacji. Zamawiający podniósł, że cena ta była nieprawidłowa nawet przy uwzględnieniu terminów sprzed zmiany SIWZ, należy jednak stwierdzić, że nie podał tego jako przyczyny odrzucenia oferty i nie wskazał, w czym tej nieprawidłowości upatruje,

powołując to twierdzenie dopiero na etapie postępowania odwoławczego, jako argument przemawiający za niemożliwością poprawienia omyłki w ofercie. Odnosząc się do tego argumentu podkreślić należy, że Zamawiający na podstawie oferty Odwołującego miał wiedzę, jaką cenę jednostkową wykonawca zaoferował, a ta właśnie cena jednostkowa -jako podstawa ustalenia ceny całkowitej - była wystarczająca do ustalenia ceny za cały, zgodny z aktualnym brzmieniem SIWZ, okres realizacji zadania".

Po drugie, pozycja RAZEM dla e-Cła - 12.000.000 zł nie odpowiadała sumie kwot z pozostałych pozycji cenowych (6.925.233,15 zł + 4.074.766,85 zł = 11.000.000 zł). Brakowało równo 1 min, a jedna z pozycji była niewyceniona - Sekcja F, stąd oczywiste było, że Przystępujący, mając na uwadze zastrzeżenie wprowadzone zmianą nr 30 do SIWZ z dnia 25.10.2012 r., (że suma wartości dla wierszy Sekcja A, B.1, B.2 i B.3 z kolumny e-Cło

nie może przekroczyć 11 min) - omyłkowo nie wpisał wartości pozycji Sekcji F.

Przystępujący podniósł, iż omyłka powyższa byłą łatwa do zauważenia dla Zamawiającego, a Przystępujący w pełni ją zaaprobował.

3. Zarzut nieodtajnienia oferty Przystępującego.

Obydwaj Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 2 Pzp poprzez brak odtajnienia wyjaśnień Przystępującego z dnia 22.11.2012 r. Zamawiający odtajnił te wyjaśnienia, stąd zarzuty Odwołujących w tym zakresie są bezprzedmiotowe. Odwołujący Sygnity zarzuciło ponadto, że Zamawiający niezasadnie odmówił odtajnienia części technicznej oferty Przystępującego. Odwołujący nie był w stanie podać argumentów, dlaczego ta część oferty powinna zostać ujawniona. Zgadywał, nietrafnie, iż utajniono „komponenty Sprzętu, Oprogramowania Standardowego i Systemowego, które każdy wykonawca musiał zaoferować zgodnie z wymaganiami zdefiniowanymi przez Zamawiającego w Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" oraz „zestawienie ilościowe licencji na Oprogramowanie Standardowe". Przystępujący, bazując na know-how producenta, zaoferował jednakże rozwiązanie równoważne do standardowego, opisanego przez Zamawiającego w SOPZ. Dało mu to przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami uczestniczącymi w przetargu, co samo przez się jest dowodem, że informacje zawarte w części opisowej oferty są tajemnicą przedsiębiorstwa, mającą rzeczywistą wartość gospodarczą. Gdyby Przystępujący oferował rozwiązanie tożsame z opisem przedmiotu zamówienia w SOPZ, wówczas nie zamieszczałby części technicznej oferty. Była ona niezbędna po to, aby wykazać równoważność oferowanego produktu.

4. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty SMT, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący Sygnity S.A. postawił powyższy zarzut pomijając fakt, że Przystępujący, korzystając z najnowszych rozwiązań teleinformatycznych, złożył ofertę równoważną. Takie rozwiązanie jest tańsze, a mimo to zyskowne dla Przystępującego. Zarzut zaoferowania produktów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia nie został przez Odwołującego Sygnity S.A. nawet uprawdopodobniony, nie mówiąc już o jego udowodnieniu. Bezprzedmiotowe jest przypisywanie cen z rozwiązania standardowego do rozwiązania równoważnego, gdyż ich ceny są całkowicie różne i inaczej się liczy.

Wobec powyższego Przystępujący SMT Software S.A. wniósł o oddalenie obydwu odwołań w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego SMT Software S. A., po zapoznaniu się z każdym z odwołań, jak również stanowiskiem Zamawiającego i złożoną przez niego odpowiedzią na każde z odwołań, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie obu odwołań (sygn. akt KIO 2651/12 oraz KIO 2656/12) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Obaj odwołujący złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty, zaś kwestionowane przez nich czynności Zamawiającego zmierzają do eliminacji z postępowania ofert korzystniejszych

ekonomicznie. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, zgłoszonego w odniesieniu do odwołania ComArch S.A., o uznanie za pozorny zarzut wobec Sygnity S.A. w kontekście

treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Sama zasadność zarzutu, podlegająca ocenie na etapie rozpoznania odwołania, nie może przesądzać o legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto wskazać należy, iż choć badanie istnienia uprawnienia do skorzystania z drogi odwoławczej następuje w momencie wyrokowania, to istnienie materialnoprawnego interesu kwalifikowanego możliwością poniesienia przez wykonawcę szkody następuje na moment skorzystania z drogi odwoławczej (drogi zaskarżenia).

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Sygnity S A. (KIO 2651/12) skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca ComArch S A. oraz po stronie Zamawiającego wykonawca SMT Software S. A.
Izba ustaliła ponadto, iż do postępowania wywołanego odwołaniem ComArch S.A. (KIO 2656/12) skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca SMT Software S.A. oraz wykonawca Sygnity S.A.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba dopuściła również w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2656/12 zawnioskowany przez Odwołującego ComArch S.A. na rozprawie dowód z dokumentu w postaci pisma Oracle Polska Spółka z o.o. z dnia 18.12.2012 r.

Izba oddaliła wniosek dowodowy dotyczący przesłuchania świadka w osobie pana J…….. K…….. Izba wskazuje, iż pan J…… K……. został ustanowiony pełnomocnikiem wykonawcy Sygnity S.A. i był obecny na części rozprawy.

Biorąc pod uwagę wniosek Przystępującego SMT Software S.A., złożony na rozprawie, iż załączniki do pisma procesowego z dnia 18.12.2012 r. nie zostały złożone jako dowody, lecz jedynie jako zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty do wyłącznej wiadomości Izby, Izba pominęła te dokumenty w ramach rozpoznania. Izba wskazuje, iż kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego oraz jawność

postępowania dowodowego nie umożliwiają oparcia rozstrzygnięcia na materiale dowodowym nie znanym pozostałym Stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w zakresie obu odwołań.

Izba na wstępnie ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z treścią rozdziału I SIWZ zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia” jest:
1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie oraz migracja systemów informatycznych resortu finansów, wskazanych w Załączniku A do SIWZ, na rozbudowaną przez Wykonawcę Infrastrukturę Teleinformatyczną Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami opisanymi szczegółowo w Załączniku A do SIWZ.
2. Zakres prac obejmuje w szczególności:
1) dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania do Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów (CPD MF) - Ośrodek Przetwarzania w Radomiu;
2) rozbudowę informatycznej infrastruktury technicznej i oprogramowania, opartej na

koncepcji chmury obliczeniowej, zgodnie z wymaganiami Załącznika A do SIWZ, w tym:
a) instalację i konfigurację dostarczonego sprzętu komputerowego i oprogramowania w OP Radom,
b) rozbudowę środowisk wykonawczych (produkcyjnych i nieprodukcyjnych) dla systemów informatycznych resortu finansów przewidzianych do uruchomienia w OP Radom,
c) uruchomienie mechanizmów replikacji wewnętrznej i zabezpieczenia danych,
d) uruchomienie mechanizmów monitorowania pracy poszczególnych środowisk i aplikacji,
e) rozbudowę systemów: zarządzania infrastrukturą i wspierających obsługę w OP Radom,
f) zabezpieczenie systemów informatycznych resortu finansów przewidzianych do uruchomienia w OP Radom;
3) przeprowadzenie migracji 4 Systemów Biznesowych resortu finansów do uruchomionych środowisk wykonawczych w OP Radom zgodnie z Załącznikiem A do SIWZ;
4) opracowanie dokumentacji wykonawczej, powykonawczej oraz eksploatacyjnej;
5) przeprowadzenie szkoleń produktowych i szkoleń w zakresie rozwiązań wdrożonych przez Wykonawcę w OP Radom;
6) świadczenie Asysty Technicznej przez okres 4 lat;
7) świadczenie usług gwarancyjnych przez okres 4 lat.

---

3. W zakres przedmiotu zamówienia określonego w ust. 1 wchodzi również przeniesienie, na polach eksploatacji wskazanych w Załączniku C do SIWZ – Wzór Umowy, autorskich majątkowych praw i praw zależnych do Oprogramowania Dedykowanego oraz innych utworów (Produktów) wytworzonych lub zmodyfikowanych przez Wykonawcę w związku z wykonywaniem przedmiotu zamówienia (jeśli dotyczy).
4. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w Załączniku A do SIWZ.
5. Postępowanie prowadzone jest w ramach projektów Konsolidacja i Centralizacja Systemów Celnych i Podatkowych i Program e-Cło, dofinansowywanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach 7 osi priorytetowej PO Innowacyjna Gospodarka.

Izba ustaliła następnie, iż Zamawiający w Rozdziale II „Termin realizacji przedmiotu zamówienia" wskazał w pkt 2, iż szczegółowy sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest określony we wzorze umowy, stanowiącym załącznik C do SIWZ.

W rozdziale V SIWZ Zamawiający wskazał, iż wzór umowy stanowi załącznik C do SIWZ.

Zamawiający w rozdz. VI SIWZ określił następujące wymaganie w zakresie obliczenia ceny: ROZDZIAŁ VI. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY, ROZLICZENIA I PŁATNOŚCI
1. Cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty: dostawy sprzętu, instalacji i konfiguracji sprzętu i oprogramowania, usługi migracji, dokonania odbioru, gwarancji, asysty technicznej, opłaty i podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy, oraz wszystkie inne obciążenia Wykonawcy wynikające z realizacji zamówienia.
2. Łączna cena za wykonanie Projektu, o którym mowa w Załączniku C do SIWZ, nie może stanowić więcej niż 5% łącznej ceny Oferty.
3. Ceny, o których mowa w ust. 1, muszą być wyrażone w złotych polskich.
4. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich, wg wartości nominalnej przedmiotu zamówienia.
5. Szczegółowy sposób rozliczeń, w tym podstawy dokonywania płatności, został określony we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik C do SIWZ.

W rozdz. VIII zatytułowanym „Sposób przygotowania oferty" wskazano:
2. Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik B do SIWZ i zamieszczenie go na początku oferty.
3. Oferta musi zawierać:
1) pełną nazwę Wykonawcy;
2) adres siedziby Wykonawcy oraz jego numer telefonu kontaktowego, numer faksu;

---

3) cenę oferty zawierającą wszelkie koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami

ROZDZIAŁ VI;
4) termin realizacji przedmiotu zamówienia;
5) potwierdzenie wniesienia wadium;
6) opis przedmiotu oferty zgodnie z Formularzem Ofertowym,
7) zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia Umowy sporządzonej według Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik C do SIWZ;

W rozdziale XIII – kryteria oceny ofert wskazano, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena – 100%.

W formularzu ofertowym - Opis tabeli Zamawiający zamieścił następujące postanowienia (z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 25.10.2012 - Zmiana V dotycząca Załącznika B Formularz Ofertowy, obejmująca Zmiany 23 - 30. str. 9-12 pisma zawierającego modyfikacje SIWZ):

„W poniższej tabeli w pozycji przedmiot oferty należy podać dla każdej sekcji cenę brutto, a dla sekcji A, B1, B2, B3, i F z podziałem na dwie części, proporcjonalnie do liczby rdzeni zaoferowanych dla działań w ramach projektu dla projektu Program e-Cło i projektu KiC" (w oparciu o zał. II do SOPZ Zestawienie).

W tabeli zostały zawarte rubryki przeznaczone na wpisanie danych teleadresowych, oraz opis przedmiotu oferty (podział na dwie kolumny dla projektów e-Cło i KiC, jak również wiersze zawierające sekcje od A do F z ich opisem. W formularz ofertowym zawarto pozycje dla łącznej ceny całkowitej oferty (suma powyższych sekcji A-F podana w pozycjach Razem dla e-Cło i KiC) z odnośnikiem 1 do postanowienia: Określona w Rozdział VI ust. 1 SIWZ".

Na str. 5 załącznika B do SWIZ – formularz ofertowy Zamawiający zamieścił następujący opis tabeli:
1. W pozycji Sekcja A należy podać cenę wszystkich komponentów wchodzących w skład wdrażanych i rozbudowywanych Systemów Infrastrukturalnych zawartych w Załączniku X do SOPZ oraz Systemów Biznesowych objętych migracją i zawartych w Załączniku XII do SOPZ za wyjątkiem serwerów, oprogramowania systemowego serwerów i oprogramowania do zarządzania infrastrukturą serwerową. Cenę tą należy podzielić na dwie części proporcjonalnie do liczby rdzeni zaoferowanych dla działań w ramach projektu Program e-Cło i projektu KiC (w oparciu o zał. II do SOPZ Zestawienie ilościowe) i wpisać je odpowiednio do kolumny e-Cło i KiC.
2. W pozycji Sekcja B.1 należy podać łączną cenę wszystkich serwerów wchodzących w skład Systemów Infrastrukturalnych zawartych w Załączniku X do SOPZ oraz Systemów Biznesowych objętych migracją zawartych w Załączniku XII do SOPZ.

3. W pozycji Sekcja B.2 należy podać cenę oprogramowania systemowego serwerów i oprogramowania przeznaczonego do zarządzania infrastrukturą dla serwerów (w tym również kasetowych), jeżeli jest oddzielone od sprzętu lub występuje w ofercie producenta jako zestaw opcjonalny dla zarządzania wybranymi, wbudowanymi cechami konstrukcji elementów serwerowych (również kaset serwerowych). Cenę tą należy podzielić na dwie części proporcjonalnie do liczby rdzeni zaoferowanych dla działań w ramach projektu Program e-Cło i projektu KiC (w oparciu o zał. II do SOPZ Zestawienie ilościowe) i wpisać je odpowiednio do kolumny e-Cło i KiC.
4. W pozycji Sekcja B.3 należy podać cenę całej infrastruktury dla serwerów kasetowych, szaf serwerowych, obudów, listew zasilających PDU, konsol zarządzających oraz innego wyposażenia potrzebnego do montażu wszystkich urządzeń. Cenę tą należy podzielić na dwie części proporcjonalnie do liczby rdzeni zaoferowanych dla działań w ramach projektu Program e-Cło i projektu KiC (w oparciu o zał. II do SOPZ Zestawienie ilościowe) i wpisać je odpowiednio do kolumny e-Cło i KiC.
5. W pozycji Sekcja C należy podać łączną cenę za wykonanie Projektu, o którym mowa w Załączniku C do SIWZ. Wartość ta nie może stanowić więcej niż 5% łącznej ceny Oferty.
6. W pozycji Sekcja D należy podać łączną cenę usług wdrożenia i rozbudowy Systemów Infrastrukturalnych wraz ze szkoleniami oraz warsztatami. Systemy Infrastrukturalne zostały wymienione w Załączniku X do SOPZ.
7. W pozycji Sekcja F należy podać łączną cenę asysty technicznej. Liczba godzin asysty technicznej wynosi 8320.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku C do SWIZ – projekt umowy, zawarł m.in. następujące postanowienia:

§ 3 ust. 3. Harmonogram Ramowy zostanie uszczegółowiony przez Wykonawcę w porozumieniu z Zamawiającym jako odrębny Produkt (Harmonogram Szczegółowy) w terminie 30 dni, licząc od daty podpisania Umowy i będzie podlegał Odbiorowi przez Zamawiającego.

§ 6 ust. 1. Wykonawca zobowiązuje się zapewnić realizację przedmiotu Umowy zgodnie z niniejszą Umową, Ofertą oraz Projektem zaakceptowanym przez Zamawiającego, w terminach określonych w Harmonogramie Ramowym oraz w Harmonogramie Szczegółowym.

§ 7. ust. 1. W ramach wykonywania Fazy I Wykonawca opracuje, sporządzi i dostarczy Zamawiającemu Projekt w terminie określonym w Harmonogramie Szczegółowym.

§ 7 ust. 2. Projekt zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 1 do Umowy.

---

§ 7 ust. 3. Odbiór Fazy I zostanie dokonany zgodnie z procedurami zawartymi w Załączniku nr 4 do Umowy.

§ 13 ust. 8. Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za świadczenia, które nie zostały zrealizowane.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w piśmie z dnia 15.10.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 6, 63, 67 oraz 69 wskazał, iż: „Załącznik nr II do SOPZ zawiera jedynie ilości minimalne urządzeń, które należy dostarczyć. Rodzaj i ilość wymaganych urządzeń zależy od koncepcji rozwiązania Wykonawcy i musi umożliwiać realizację wszystkich wymogów zawartych w SIWZ", zaś w odpowiedzi na pytanie nr 58 wskazał, iż: „Liczba i rodzaj dostarczanych serwerów zależy od koncepcji.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 25.10.2012 r. dokonał m.in. zmiany (zmiana nr 24) załącznik B do SIWZ (formularz ofertowy) zastępując dla kolumny e0Cło – wiersza sekcja F symbol „XXX" polem przeznaczonym do wypełnienia.

W dniu 06.11.2012 r. o godzinie 12.30 miało miejsce otwarcie ofert. Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 37.080.810,00 zł brutto. (Protokół ZP-PO). W ramach niniejszego postępowania ofert złożyli następujący wykonawcy:

1. Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. oraz Qumak-Sekom S.A. z ceną ofertową wynoszącą 91.440.397,92 zł;

2. ComArch S.A. z ceną ofertową wynoszącą 89.427.955,00 zł;

2. SMT Software S.A. z ceną ofertowa wynoszącą 34.800.000,00 zł;

4. Sygnity S.A. z ceną ofertowa wynoszącą 89.299.429,60 zł.

Wykonawca SMT Software S.A. w złożonej ofercie na str. 4 zamieścił formularz ofertowy. W kolumnie dla systemu e-Cło w rubryce sekcja F – Asysta techniczna dla łącznej liczby godzin wstawił symbol „XXX".

Dla systemu e-Cło wstawił następujące wartości: 6.925.233,15 PLN (dla sekcja A-infrastruktura bazowa); 4.074.766,85 PLN (dla sekcja B.2 – infrastruktura serwerowa – oprogramowanie systemowe i do zarządzania infrastrukturą serwerową) oraz w pozycji razem kwotę: 12.000.000,00 PLN.

Dla następujących pozycji: system e-Cło (sekcja B.1 oraz sekcja B.3), jak również dla systemu KiC (sekcja B.1, sekcja B.3 oraz sekcja F) wpisał w tabeli „Zawarte w cenie produktu

CSE EE w sekcji A".

Ponadto na str. 6 oferty wykonawcy SMT Software S.A. została złożona gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr GWo/800C/12-101-47-08-00 z dnia 31 października 2012 r. wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. na kwotę gwarancyjna wynoszącą 700.000,00 zł. W § 1 ust. 2 pkt 1 oraz 2 lit. a – c zostały przywołane przesłanki zatrzymania wadium określone w przepisach ustawy Pzp. Na str. od 21 do 54 wykonawca zamieścił, zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, informacje na temat zaoferowanej platformy.

Izba ustaliła ponadto, iż wykonawcy Sygnity S.A oraz ComArch S.A. w złożonych ofertach nie uszczegółowili zaoferowanego rozwiązania, jak również nie dołączyli wykazu oferowanych urządzeń i licencji.

Zamawiający pismem z dnia 07.11.2012 r. wezwał wykonawcę SMT Software S.A. na podstawie art. 87 ist. 1 ustawy Pzp do złożenia pisemnego uzasadnienia odnośnie do charakteru zastrzeżonych w ofercie informacji, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca pismem z dnia 12.11.2012 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył wyjaśnienia uzasadniające utajnienie zawartej w ofercie koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 19.11.2012 r. zwrócił się do wykonawcy SMT Software S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty. Wniósł o wyjaśnienie/uszczegółowienie treści oferty przez podanie wartości na jakie zostały wycenione sekcja B.1, sekcja B.3 dla e-Cło oraz sekcja B.1, sekcja B.3 i sekcja F dla KiC, które zostały zawarte w cenie produktu sekcja A. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę SMT Software S.A. o dokonaniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawy w jego ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty z SWIZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty – a mianowicie: w miejsce oznaczenia XXX w sekcji F dla kolumny e-Cło Zamawiający wpisał wartość 1.000.000,00 PLN. Czynność ta uzasadnił tym, że całkowita wartość dla kolumny e-Cło (RAZEM) wynosi 12.000.000,00 PLN, natomiast wpisane w poszczególne sekcje wartości sumują się na wartość 11.000.000,00 PLN, która wyraźnie wskazuje, iż jest to wartość skalkulowana dla Asysty Technicznej dla programu e-Cło (sekcja F), zgodnie ze zmianą wprowadzoną do SIWZ pismem z dnia

25.10.2012 r., która to wartość w wyniku omyłki nie została wpisana do formularza. Zamawiający pouczył również wykonawcę o treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca SMT Software S.A. w dwóch kolejnych pismach datowanych na dzień 22.11.2012 r. wyraził zgodę na dokonana poprawkę i oświadczył, że nie będzie wyrażał sprzeciwu wobec poprawienia tej omyłki. W drugim piśmie, stanowiącym tajemnice przedsiębiorstwa, które jednak Zamawiający ujawnił wraz z pismem zawierającym odpowiedź na odwołanie, wskazał, że z uwagi an to, iż zaoferowane przez SMT Software S.A. rozwiązanie ma charakter niepodzielny – w konsekwencji następujące elementy wynikające z formularza ofertowego: „Infrastruktura serwerowa – sprzęt; Infrastruktura sprzętowa dla serwerów kasetowych i szaf serwerowych; Asysta Techniczna dla łącznej liczby godzin (w odniesieniu do KiC) mają charakter przynależny do części „Infrastruktura bazowa" i wyodrębnianie tych wartości w osobnych polach jest w chwili obecnej niemożliwe. W niniejszej sytuacji cały produkt podlega wycenie. Na cały ten produkt otrzymujemy gwarancję producenta. Wykonawca SMT Software S.A. wskazał, iż z uwagi an powyższe w tych pozycjach wpisał „Zawarte w cenie produktu CSE EE w sekcji A". W szczegółowych formularzach – również wskazywał na to, ze elementy te są zawarte w cenie produktu CSE EE w sekcji A. należy również podkreślić, że w przedmiotowym przypadku sprzęt, software i usługi traktowane są jako jeden produkt, na całość którego otrzymuje się odpowiednią gwarancję od dostawcy (zgodnie z obecną rynkową tendencją na niektóre produkty) – w konsekwencji wszystkie elementy należące do wymienionych wyżej sekcji – nie mają swojej oddzielnej ceny dla nabywcy".

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 23.11.2012 r. zatytułowanym „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" wskazał, iż wybrana została oferta nr 3 złożona przez SMT Software S.A.

Na powyższą czynności w dniu 03.12.2012 r. wykonawca Sygnity S.A. (sygn. akt KIO 2651/12) oraz wykonawca ComArch S.A. (sygn. akt KIO 2656/12) wnieśli odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza za konieczne uznała na wstępie poczynienie kilku zasadniczych uwag oraz wniosków odnoszących się do określonego przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania sposobu przygotowania ofert, obliczenia ceny ofertowej oraz

sposobu prezentacji zaoferowanego rozwiązania informatycznego przez wykonawców składających oferty.

Otóż Zamawiający w zakresie wymagań odnoszących się sposobu obliczenia ceny w niniejszym postępowaniu określił jednie, iż cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia – podając przykładowy katalog podstaw wyceny z jednoczesnym wskazaniem (Rozdział VI SIWZ pkt 1), iż łączna cena za wykonanie Projektu, o którym mowa w Załączniku C do SIWZ, nie może stanowić więcej niż 5% łącznej ceny Oferty (Rozdział VI SIWZ pkt 2). Następnie wskazał w Rozdziale VI SIWZ pkt 5, iż szczegółowy sposób rozliczeń, w tym podstawy dokonywania płatności, został określony we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik C do SIWZ.

W ocenie Izby powyższe, wbrew twierdzeniom Odwołujących się wykonawców, oznacza, iż w niniejszym postępowaniu brak jest szczegółowych wymagań Zamawiającego, co do sposobu wyliczenia ceny - poza wymogiem wprowadzonym postanowieniem pkt 5 Rozdziału VI SIWZ. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego ComArch S.A. (odwołanie o sygn. akt KIO 2656/12), iż w niniejszym stanie faktycznym cena ma charakter wynikowy, tj. że dla jej określenia Zamawiający dookreślił w sposób szczegółowy proces postępowania wykonawców.

W przywołanym w ramach odwołania ComArch S.A. orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1961/12 (rozpoznane w ramach połączonych odwołań – sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12 oraz KIO 1961/12) podstawę takiej konkluzji Izby stanowił zupełnie odmienny stan faktyczny.

W ramach postępowania „Budowa, wdrożenie i utrzymanie systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi" (znak R/102/11/AP/B/371/A-1/66), w ramach którego zostało wydane orzeczenie o sygn. akt KIO 1955/12, KIO 1956/12 oraz KIO 1961/12 analogiczny jak w niniejszym postępowaniu Rozdział VI SIWZ zatytułowany „Opis sposobu obliczenia ceny, rozliczenia i płatności" zawierał w pkt 1 następujące postanowienie: „Cena całkowita oferty podana na Formularzu Ofertowym, musi stanowić sumę poszczególnych składników wyszczególnionych w Szczegółowej specyfikacji ceny oferty, sporządzonej zgodnie ze wzorem oraz wymaganiami przedstawionymi w Załączniku 3 do SIWZ". Ponadto zgodnie z Rozdziałem XI „Sposób przygotowania oferty" pkt 2 Zamawiający – Ministerstwo Finansów - wskazał w powyższym postępowaniu, iż: „Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik 2 do SIWZ i zamieszczenie formularza na początku oferty, lub zawarcie wymaganych w ww. formularzu informacji na początku oferty", zaś w ramach niniejszego postępowania, zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 2 „Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik B do SIWZ i zamieszczenie go na początku oferty" – a zatem bez konieczności zawarcia na początku oferty wszystkich informacji wymaganych w formularzu.

Na szczególną uwagę, wobec przywołania postanowień Rozdziału VI SIWZ, zasługuje również treść Rozdziału VIII odnoszącego się do sposobu przygotowania oferty, a w szczególności pkt 3 tego rozdziału. W punkcie tym Zamawiający dookreślił obligatoryjne składniki oferty, do których zaliczył: pełną nazwę wykonawcy; adres siedziby wykonawcy oraz jego numer telefonu kontaktowego i numer faksu; cenę oferty zawierającą wszelkie

koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI; termin realizacji przedmiotu zamówienia; potwierdzenie wniesienia wadium; opis przedmiotu oferty zgodnie z Formularzem Ofertowym oraz zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia umowy sporządzonej według Wzoru Umowy stanowiącego załącznik C do SIWZ - a zatem w niniejszym postępowaniu konieczne do zawarcia w ofercie informacje i tym samym treść oferty precyzuje nie formularz ofertowy, lecz punkt 3 Rozdziału VIII SIWZ.

Przekładając powyższe wnioski na kanwę niniejszego sporu oraz odnosząc je do poszczególnych zarzutów wskazać należy, iż zasługuje na aprobatę prezentowane przez Zamawiającego stanowisko, iż nie określił on w sposób szczegółowy sposobu obliczenia ceny, jak również nie zobowiązał wykonawców do prezentacji w ofertach w sposób szczegółowy oferowanego zakresu świadczenia. Wszakże zgodnie z postanowieniami Rozdziału VIII SIWZ pkt 3 oferta winna zawierać cenę oferty oraz opis przedmiotu zamówienia zgodny z opisem zawartym w formularzu ofertowym. Zamawiający, biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ, nie wymagał wskazania zaoferowanego zakresu dostaw oraz prezentacji zaoferowanego rozwiązania systemowego, jak również nie wymagał, poza ceną całkowitą, prezentacji jej składników jako obligatoryjnych składników oferty. Uwzględniając postanowienia Rozdziału VIII SIWZ Izba wskazuje, iż nie zasługuje na aprobatę zaprezentowane na rozprawie stanowisko przystępującego ComArch S.A. w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2651/12, który wskazał, że: „SIWZ w zakresie odnoszącym się do dokumentów składanych wraz z ofertą zalecała użycie formularza ofertowego, ale treść tego formularza była obowiązkowa dla wszystkich wykonawców". Z Rozdziału VIII SIWZ wynika, że nie cała treść tego formularza była obowiązkowa, lecz zawarta w nim kolumna dotycząca ceny całkowitej i zawarty w nim opis przedmiotu zamówienia.

Nawet gdyby przyjąć, iż pomiędzy postanowieniami Rozdziału VI oraz VIII SIWZ a opisem tabeli formularza ofertowego (załącznik B do SIWZ) zachodzą rozbieżności odnoszące się do obligatoryjnych elementów oferty – zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie stanowiskiem nie mogą one stanowić podstawy do wysuwania wobec wykonawców negatywnych konsekwencji, w szczególności konsekwencji powodujących ich eliminację z postępowania. Powyższą regułę należy uznać za jedną z zasad zamówień publicznych wypracowanych przez orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Potwierdzeniem powyższej tezy jest wyrażona w art. 7 ust. 1

ustawy Pzp ustawowa zasada równego traktowania wykonawców oraz kolejna, wypracowana w orzecznictwie, zasada zakazująca rozszerzającej wykładni przesłanek wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty. Jeżeli podstawę takich czynności miałyby stanowić rozbieżności treści samej dokumentacji postępowania to zróżnicowanie pozycji wykonawców byłoby wynikiem subiektywnych okoliczności - ich staranności w komparatystycznej analizie poszczególnych elementów tej dokumentacji, jak również stopniem ich zaufania do instytucji zamawiającego. Wykonawcy działając w zaufaniu do podmiotu zamawiającego mają prawo zakładać, iż postawione wobec nich wymagania są spójne, racjonalne i nie wymagają stosowania reguł kolizyjnych celem ich dookreślenia. Trudno wszakże zakładać, iż w tak wysoce sformalizowanym postępowaniu, jakim jest z pewnością postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, rozbieżności w treści dokumentacji postępowania miałyby prowadzić, w wyniku procesu wykładni i stosowania reguł kolizyjnych, do przyjęcia za wiążące tych postanowień, które są bardziej rygorystyczne dla wykonawców.

Izba nie neguje okoliczności, iż Zamawiający w załączniku B do SWIZ określił w szczegółowy sposób prezentację poszczególnych składników wynagrodzenia. Jednakże sposób prezentacji wynagrodzenia należy odróżnić od sposobu obliczenia ceny oferty – a zatem nie sposób uznać, iż „poprawność prezentacji wynagrodzenia" wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który to przepis obowiązek odrzucenia oferty wiąże jedynie z błędem w obliczeniu ceny. Od pojęcia „sposobu obliczenia ceny" i „prezentacji wynagrodzenia" odróżnić również należy pojęcie „wyceny przedmiotu zamówienia", które to pojęcie odnieść należy do normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem brak wskazania ceny oferty oraz brak lub niezupełność dookreślenia zakresu przedmiotowego świadczenia w ofercie objęte są hipotezą normy prawnej uregulowanej w

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – powodując, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ stosownie do wymogu wyrażonego w art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. Obliczenie ceny oferty w sposób sprzeczny z postanowieniami SIWZ, która na mocy art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp powinna zawierać opis sposobu obliczenia ceny, objęte jest hipotezą art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Natomiast niepoprawność lub niezupełność wyceny przedmiotu zamówienia wpisuje się w przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na szczególną uwagą zasługuje również ocena znaczenia w niniejszym postępowaniu, stanowiącego załącznik B do SIWZ, formularza ofertowego i związanego z nim opisu tabeli. Choć opis tabeli (str. 5 załącznika B do SIWZ) oraz znajdujące się nad tabelą wskazówki (str. 3 załącznika B do SIWZ) zawierają wymagania nakładające na wykonawców obowiązek podania wartości za poszczególne elementy systemu to ich

konfrontacja z postanowieniami Rozdziału VI oraz VIII SIWZ nie pozwala na przypisanie im waloru „sposobu obliczenia ceny" w rozumieniu wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W tym miejscu wskazać należy, iż mamy do czynienia jedynie z prezentacją poszczególnych składników wynagrodzenia, a nie procesem jego obliczania.

W niniejszym stanie faktycznym sam załącznik B do SIWZ w części szczegółowej odnoszącej się do ceny wraz z opisem jego wypełnienia dookreśla informacyjny sposób prezentacji wynagrodzenia, który Odwołujący mylą ze sposobem jej obliczenia. Nawet zawartego w tabeli zwrotu, iż „Łączna cena oferty (suma powyższych sekcji A-F podana w pozycjach Razem dla e-Cło i KIC)" nie należy odczytywać jako sposobu obliczenia ceny, gdyż został on opatrzony przypisem odsyłającym do Rozdziału VI SIWZ zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny", który Izba uznała za wiążący w tym zakresie i zupełny, tj. nie wymagający uzupełnienia za pomocą dodatkowych postanowień dokumentacji postępowania, w tym w szczególności opisu sposobu prezentacji składników wynagrodzenia zawartego w załączniku B do SIWZ.

Sporządzenie oferty przy użyciu formularza ofertowego (załącznik B do SIWZ) miało, w niniejszym stanie faktycznym, charakter fakultatywny – ponadto brak było obowiązku zawarcia w ofercie w jakiejkolwiek innej formie informacji odnoszących się do poszczególnych składników wynagrodzenia.

Powyższe odnosi swoje skutki nie tylko wobec oceny poprawności sposobu obliczenia ceny ofertowej, ale również wobec sposobu prezentacji przez wykonawców w ofertach oferowanego zakresu przedmiotowego, którą to prezentację Zamawiający sprowadził do niezbędnego minimum opartego wyłącznie na samych oświadczeniach wykonawcy. Wykonawcy mieli bowiem w ofercie, celem wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, powtórzyć opis przedmiotu zamówienia ujęty w tabeli formularza ofertowego (załącznik B do SIWZ).

Izba wskazuje również, iż prezentowane konsekwentnie przez Zamawiającego oraz Przystępującego SMT Software S.A. w zakresie obu odwołań stanowisko wobec poszczególnych zarzutów znajduje potwierdzenie w treści wzoru umowy (załącznik C do SIWZ). Należ bowiem wskazać, iż w ramach przedmiotowego postępowania dopiero na etapie umowy dochodzi do uszczegółowienia i dookreślenia oferowanego przez wykonawców świadczenia w I fazie, która obejmuje wykonanie projektu, który następnie będzie podlegał akceptacji przez Zamawiającego – zgodnie ze szczegółowo określonymi procedurami (§ 7 ust. 1 projektu umowy). Dopiero wówczas wykonawca może przystąpić do realizacji świadczenia zasadniczego, tj. dostawy infrastruktury, migracji danych oraz towarzyszących im usług. Zgodnie z § 3 ust. 3. Harmonogram Ramowy zostanie

uszczegółowiony przez Wykonawcę w porozumieniu z Zamawiającym jako odrębny Produkt (Harmonogram Szczegółowy) w terminie 30 dni, licząc od daty podpisania Umowy i będzie podlegał Odbiorowi przez Zamawiającego. Następnie w oparciu o § 6 ust. 1. Wykonawca zobowiązuje się zapewnić realizację przedmiotu Umowy zgodnie z niniejszą Umową, Ofertą

oraz Projektem zaakceptowanym przez Zamawiającego, w terminach określonych w Harmonogramie Ramowym oraz w Harmonogramie Szczegółowym. Powyższe postanowienia umowy obrazują wszakże, iż uszczegóławianie przedmiotu umowy następuje na etapie jej realizacji, co wynika ze specyfiki przedmiotowego zamówienia. Powyższe przeczy tezom Odwołujących, iż wiążące badanie równoważności zaoferowanego rozwiązania ma zostać przeprowadzone już na etapie składania ofert. Nie zasługuje również na aprobatę stanowisko, iż na skutek wadliwego wypełnienia formularza ofertowego może dojść do zapłaty za asystę techniczną przed zrealizowaniem tej usługi. Na przeszkodzie temu stoi § 13 ust. 8 wzoru umowy, który stanowi, że Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za świadczenia, które nie zostały zrealizowane.

Przechodząc do rozpoznania poszczególnych zarzutów, ze względu na niespójność prezentowanej przez Odwołujących się wykonawców argumentacji w zakresie poszczególnych zarzutów, należy uwzględnić powyższe ogólne rozważania dokonane przez Izbę. W treści obu odwołań mamy do czynienia z przemieszaniem argumentów związanych z błędem w obliczeniu ceny, niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, czynem nieuczciwej konkurencji powiązanym z zarzutem braku wyceny wszystkich elementów zamówienia, dopełnionym argumentacją wskazującą na zarzut rażąco niskiej ceny - jednak bez jego formalnego wyrażenia i dookreślenia w treści odwołania.

Tym samym powoduje to trudności w przejrzystym i jednoznacznym „odkodowaniu" znaczenia poszczególnej argumentacji w kontekście postawionych zarzutów.

KIO 2651/12

I. W zakresie podniesionego w ramach odwołania Sygnity S.A. (KIO 2651/12) zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp odnoszącego się do nieujawnienia przez Zamawiającego, znajdujących się w ofercie SMT Software S.A., zestawienia ilościowego oferowanych komponentów sprzętu, oprogramowania standardowego i systemowego oraz odpowiedzi z dnia 22.11.2012 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.11.2012 r. Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w ofercie wykonawcy SMT Software S.A. brak jest dokumentów, o których odtajnienie wnioskuje Odwołujący Sygnity S.A.

Przystępujący SMT Software S.A. dołączył bowiem do oferty koncepcję wykonania wdrożenia i implementację rozwiązania, dla których sam Odwołujący w treści uzasadnienia wskazał, iż mogą one stanowić tajemnicę prawem chronioną jako zawierające wartości unikalne i chronione. Dołączył on do oferty na str. 46 – 54 wykaz sprzętu i oprogramowania – jednakże nie w takim rozumieniu jak prezentuje to Odwołujący. Nie stanowi on bowiem przewidywalnej rozbudowy istniejącego systemu, lecz zupełnie odmienną i innowacyjną koncepcję wykonania zamówienia. W ocenie Izby sam fakt, iż zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania określone w treści SIWZ nie powoduje, iż taka informacja nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Sposób realizacji wdrożenia, konfiguracji sprzętowej może zostać zrealizowany na wiele sposobów i tym samym to jego unikalność (wartość technologiczna, techniczna, organizacyjna), jak również czynności podmiotu związane z zachowaniem takiej informacji jako chronionej i brak jej ujawnienia do wiadomości publicznej powodują, że może ona stanowić tajemnicę ustawowo chronioną. Sam Odwołujący wskazał bowiem w treści odwołania, że tylko te elementy opisu oferty, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom.

W ocenie Izby takie cechy posiada zastrzeżona jako tajemnica w ofercie SMT Software S.A. koncepcja, gdyż jest ona unikalna, odmienna od rozwiązań zaoferowanych przez Odwołujących (o czym świadczą ich stanowiska wyrażone na etapie rozprawy) i to dzięki temu rozwiązaniu Przystępujący złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę.

Również zawarte w odwołaniu o sygn. akt KIO 2651/12 szczegółowe żądanie odtajnienia poszczególnych elementów oferty nie koresponduje z treścią oferty SMT Software S.A., gdyż po prostu oferta ta takich elementów nie zawiera. Nie zawiera również

zestawień ilościowych licencji na oprogramowanie standardowe zawarte w ofercie. Wobec powyższego Odwołujący Sygnity S.A. nie poparł swoich twierdzeń jakimikolwiek dowodami, zaś swoją argumentację oparł jedynie, na błędnym skądinąd założeniu, iż zestawienie ilościowe w Tabeli B w „Załączniku II do SOPZ Zestawienie Ilościowe Komponentów" należy interpretować jako rozbudowę posiadanych aktualnie rozwiązań poprzez dostawę elementów zgodnych technologicznie i funkcjonalnie zrealizowanych w tej samej technologii i wytworzonych przez tego samego producenta. Wskazał również, iż wszyscy wykonawcy powinni mieć analogiczne zestawienia w tym zakresie. Z powyższym założeniem nie sposób się zgodzić, co jednoznacznie potwierdza produkt zaoferowany przez Przystępującego SMT Software S.A.

Izba wskazuje ponadto, iż w ramach argumentacji Odwołującego Sygnity S.A. w odniesieniu do zarzutu art. 8 ustawy Pzp znalazły się elementy nie przystające do tego

65

---

zarzutu, jak choćby zakresu podwykonawstwa i okoliczności, iż wpisuje się on w obszar prac nie zdefiniowany w SIWZ i umowie – a zatem, zdaniem Odwołującego Sygnity S.A., nie może być rozpatrywany jako element kosztowy oferty SMT Software S.A. W odwołaniu tym doszło bowiem do przemieszania pojęciowego tajemnicy przedsiębiorstwa, niezgodności treści oferty, błędu w obliczeniu ceny i jej rażąco niskiego charakteru.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

II. W zakresie podniesionego w odwołaniu o sygn. akt KIO 2651/12 zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w powiązaniu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Powyższy zarzut Odwołujący Sygnity S.A. powiązał z tezami odnoszącymi się do zarzutu z art. 8 ustawy Pzp i wskazał, iż czynem nieuczciwej konkurencji stanowi w szczególności sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów, co przy założeniu Odwołującego, że wymagania w SIWZ precyzyjnie określają zastosowanie produktów firm komercyjnych takich, jak licencje Oracle, Microsoft, VMWare oraz urządzenia IBM, w jego ocenie powoduje, że cena zaoferowana przez SMT Software S.A. jest niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych. Powyższa teza całkowicie nie koresponduje z treścią oferty SMT Software S.A. i należy zarzut ten uznać za całkowicie pozbawiony podstaw. Odwołujący bowiem wskazał, iż swoje argumenty co do zakresu przedmiotowego zaoferowanego przez SMT Software S.A., tj. zawartego tam świadczenia, jak również wobec jego realnej wartości oparł na swojej najlepszej wiedzy. W dalszej części wywodu, co Izba podkreśla – w ramach zarzutu odnoszącego się do czynu nieuczciwej konkurencji - wskazał, iż powyższe rodzi podejrzenie o nieujęcie wszystkich wymaganych komponentów w cenie oferty, co będzie zagrażało realizacji projektu i czynność polegająca na złożeniu przez SMT Software S.A. oferty powinna zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji zmierzający do eliminacji innych przedsiębiorców. Podniósł ponadto, iż zawarcie przez SMT Software S.A. umowy będzie skutkować realizacją zamówienia bez zysku, a nawet ze znaczną stratą.

Izba w tym miejscu wskazuje, iż po pierwsze Odwołujący Sygnity. S.A. swoje założenia, co do wartości oraz zakresu przedmiotowego zaoferowanego przez SMT Software S.A., oparł na z góry błędnych założeniach, iż brak jest dowolności w konfiguracji sprzętowej (hardware) i systemowej (software) zamówienia, gdyż jest ono kontynuacją realizacji projektu, co ogranicza wszystkich wykonawców do określonych rozwiązań sprzętowych i programistycznych. Treść oferty SMT Software S.A. przeczy jednakże tym założeniom, gdyż koncepcja wykonania zamówienia przez tego wykonawcę zakłada całkowicie odmienne rozwiązania.

66

Uwzględnienie już tylko tego elementu powoduje, iż podniesiony przez Sygnity S.A. zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto wskazać należy, iż Odwołujący nie przedstawił na potwierdzenie swojego stanowiska żadnych dowodów. Zgodzić się należy z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż dostępu do jednostkowego zamówienia nie należy utożsamiać z dostępem do danego rynku w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednakże argumentacja związana z nieprawidłowością wyceny całego przedmiotu zamówienia, zaniżeniem wartości tego przedmiotu, przy braku podniesienia zarzutu art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, na co słusznie wskazał Zamawiający, jak również nie kwestionowaniu wartości szacunkowej zamówienia nie koresponduje z powyższymi zarzutami. Nie koresponduje również z zarzutem z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp teza o braku ujęcia wszystkich wymaganych komponentów w cenie oferty, a więc pośrednio z pominięciem pewnej części zakresu przedmiotowego w ofercie SMT Software S.A.

W tym miejscu Izba wskazuje dodatkowo, iż w ofercie wykonawcy SMT Software S.A., w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa (str. 46-54 oferty) znajduje się uszczegółowiony formularz cenowo-ofertowy, który zawiera szereg istotnych dla Zamawiającego informacji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy Odwołujący wskazał, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp automatycznie wpisuje się w zarzut naruszenia uczciwej konkurencji. Jednakże, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowana przez wykonawcę SMT Software S.A. cena nosiła znamiona ceny rażąco niskiej. Cena ta nie odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, która, jak wskazał Zamawiający, nie była dotychczas kwestionowana, nie uległa zmianie i jest wynikiem analizy rynkowej oraz kosztów 1 etapu zamówienia. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

III. W zakresie podniesionego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2651/12 zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnoszącego się do wyboru oferty nie spełniającej wymogów SIWZ i zawierającej błędy w obliczeniu ceny, którą Zamawiający w sposób nieuprawniony poprawił Izba uznała, iż nie zasługują one na uwzględnieniu.

Powyższy zarzut Odwołujący Sygnity S.A. odniósł do użycia w formularzu ofertowym SMT Software S.A. w sekcji B.1 i B.3 stwierdzenia „Zawarte w cenie produktu CSE EE w sekcji A" oraz braku wyceny oraz wskazał na brak dla sekcji F dla KIC. Wskazał również, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy brakującą wartość 1 mln dla sekcji F w kolumnie e-Cło. W jego ocenie z treści SWIZ wynikał

wymóg rozbicia ceny na poszczególne elementy składowe. Wskazał ponadto, iż nie wiadomo czym jest „CSE EE" oraz, że przeniesienie i ujęcie wartości asysty technicznej w cenie dostawy komponentów powoduje, iż prowadzi to do pogwałcenia procedur odbioru opisanych we wzorze umowy oraz faktu, iż usługa ta będzie rozliczna powykonawczo i może nie zostać w ogólne lub w części zlecona.

W zakresie powyższego zarzutu Izba podtrzymuje swoje ogólne stanowisko zaprezentowane w pierwszej części uzasadnienia.

Podtrzymując wyrażone tam stanowisko Izba wskazuje, iż wyspecyfikowanie poszczególnych składników wynagrodzenia stanowiło element prezentacji ceny, a nie sposób jej wyliczenia. Tym samym takie ujęcie składników wynagrodzenia nie powoduje, iż mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, jak również nie przekłada się na sposób spełnienia świadczenia. Należy w tym miejscu dodatkowo wskazać, iż przed podpisaniem umowy wybrany wykonawca ma obowiązek wypełnienia załącznika nr 2 do umowy i wskazania tam poszczególnych składników wynagrodzenia. Zgodzić się należy w tym zakresie z Zamawiającym, że brak wyszczególnienia w zalecanym do wypełnienia formularzu ofertowym nie powoduje niemożności rozliczenia umowy, gdyż SIWZ przewidywała procedurę uszczegółowiania cen zawartych w ofercie przed podpisaniem umowy.

Izba podzieliła również w tym zakresie stanowisko Przystępującego SMT Software S.A. – wyrażone w piśmie z dnia 18.12.2012 r., iż ze względu na to, że formularz ofertowy został przygotowany pod rozwiązanie standardowe, gdzie sprzęt został oddzielony od infrastruktury bazowej (teleinformatycznej) nie przystawał on do rozwiązania równoważnego zaproponowanego przez SMT Software S.A. Wskazał, iż w jego ofercie nie ma rozbicia II fazy na dwa etapy, gdyż dostarcza on sprzęt, na którym fabrycznie skonfigurowano i przetestowano oprogramowanie teleinformatyczne, wcześniej zaprojektowane w fazie I pod wymogi Zamawiającego.

Należy również wskazać, iż Zamawiający dokonując uzupełnienia wartości 1 mln dla sekcji F w kolumnie e-Cło zastosował instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a nie jak wskazał Odwołujący w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże Izba uznała za w pełni dopuszczalne poprawienie powyższego elementu formularza ofertowego. Po pierwsze, ustalenie jego braku i samej wartości nie nastręcza żadnych trudności (na skutek prostego działania matematycznego) i może być dokonane bez udziału wykonawcy. Po drugie, Zamawiający w prosty sposób mógł zidentyfikować źródło tego przeoczenia – którym była modyfikacja treści SIWZ polegająca na zmianie treści załącznika B do SIWZ (dokonana na kilka dni przed składaniem ofert). Po trzecie, co najistotniejsze, dokonana poprawka nie ma żadnego wpływu na treść oferty wykonawcy SMT Software S.A. Nie powoduje zmiany ceny ofertowej, jak również dotyczy fakultatywnego elementu oferty. Należy wskazać, wbrew

podniesionym na etapie rozprawy twierdzeniom przystępującego ComArch S.A., że pozycja sekcji F dla kolumny e-Cło była, w okolicznościach niniejszej sprawy, jedyną logiczną pozycją w której wartość ta winna być wstawiona przez Zamawiającego. Tym samym wszelkie dywagacje Przystępującego ComArch S.A., iż brakujący 1 mln zł można było „dopisać" do innej pozycji formularza, są w ocenie Izby pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Tym samym charakter i znaczenie formularza ofertowego (załącznik B do SIWZ), którą Izba poddała analizie w ogólnej części uzasadnienia, oraz odmienność rozwiązania zaoferowanego przez Przystępującego SMT Software S.A. powodują, iż brak jest podstaw do uwzględnienia powyższych zarzutów.

IV. W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie został on w jakikolwiek sposób doprecyzowany, poza wskazaniem naruszonego przepisu. Taki zarzut pojawił się w odwołaniu ComArch S.A. jednakże, mimo łącznego rozpoznania odwołań, zawarta tam argumentacja nie może zostać przeniesiona do odwołania o sygn. akt KIO 2656/12. W zakresie tego zarzutu brak jest w odwołaniu Sygnity S.A. jakiejkolwiek argumentacji. Jest on również pozbawiony podstaw z innego względu. Informacyjny charakter i znaczenie cen cząstkowych w formularzu ofertowym powodują, iż nie stanowią one treści oferty, a zatem ich wyjawienie przez wykonawcę w fakultatywnym formularzu ofertowym nie stanowi zmiany jej treści.

V. Biorąc pod uwagę fakt, iż nie potwierdziły się zarzuty wskazane w odwołaniu Sygnity S.A. nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, która to norma prawna regulująca zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla swego naruszenia wymaga naruszenia przepisu szczególnego stanowiącego wzorzec kontroli dla czynności podmiotu zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż brak uwzględnienia w odwołaniu o sygn. akt KIO 2651/12 wskazanych przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2651/12 orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 2656/12

I. W odniesieniu do podniesionych w odwołaniu ComArch S.A. (sygn. akt KIO 2656/12) zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1 Izba wskazuje, iż podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone w części ogólnej uzasadnienia oraz wyrażone w ramach rozpoznania zarzutów zawartych w odwołaniu Sygnity S.A.

Należy dodatkowo wskazać, uzupełniając argumentację wskazaną w uzasadnieniu odwołania o sygn. akt KIO 2651/12, iż fakultatywny charakter załącznika B do SIWZ i brak

obowiązku wyliczenia wynagrodzenia w oparciu o zawarte w nim wytyczne oraz jedynie informacyjny charakter zawartych tam cząstkowych składników ceny powodują, iż nie sposób z zaprezentowanego w ofercie wykonawcy SMT Software S.A. sposobu ujęcia wynagrodzenia wywieść podstaw do uznania, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ na skutek zaoferowania odmiennego sposobu realizacji przedmiotu świadczenia oraz odmiennego sposobu jego rozliczania.

Tym samym, jak wskazał Odwołujący, odmienność rozliczania usługi asysty technicznej, jej opcjonalny charakter powodujący, iż ujęcie jej w cenie produktu odnosi negatywne skutki dla Zamawiającego nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy SMT Software S.A.

Nie sposób z powyższego wywieść również, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, w tym zawiera niezgodne z SIWZ wyliczenie ceny serwerów. Przesądza o tym, jak Izba wskazała we wstępnej części uzasadnienia, jedynie informacyjny charakter danych związanych z poszczególnymi składnikami ceny.

Izba wskazuje również, iż nie zasługuje na uznanie argument, iż Zamawiający będzie pozbawiony możliwości wyliczenia wartości jednej roboczogodziny dla asysty technicznej. Chybione jest bowiem stanowisko, iż usługa ta ma jednorodny charakter w zakresie systemu e-Cło i KIC, gdyż Zamawiający dopuścił ujęcie jej wartości odrębnie dla każdego z projektów w formularzu cenowym. Ponadto ten argument sam w sobie koliduje ze stanowiskiem braku możliwości wyliczenia wartości jednej roboczogodziny dla asysty technicznej. Wszakże dla jednego z systemów wartość ta, w wyniku dopuszczalnej poprawki, została ustalona kwotowo i wyodrębniona – a zatem dzieląc ją przez liczbę roboczogodzin dla tego systemu, czego dokonał sam Odwołujący w toku rozprawy, istnieje możliwość jej dookreślenia.

Odwołujący ComArch S.A., przywołując postanowienia znajdujące się ponad tabelą załącznika B do SIWZ, wywiódł, iż istniał obowiązek podania dla każdej sekcji ceny brutto.

Jednakże, jak Izba wskazała w części wstępnej (ogólnej) uzasadnienia, okoliczność ta nie może stanowić o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 6 ustawy Pzp. Jest to wynikiem faktu, iż Zamawiający w Rozdziale VI SIWZ doprecyzował sposób obliczenia ceny, zaś informacji o częściowych składnikach wynagrodzenia nie sposób zakwalifikować jako merytorycznej treści oferty. Wykonawca miał bowiem obowiązek wskazania jedynie ceny całkowitej, co należy odnieść do faktu, iż w ramach niniejszego postępowania jedynym kryterium oceny była wartość (cena) całkowita zamówienia.

Nie zasługuje również na aprobatę zarzut związany z niedopuszczalnością poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp brakującej kwoty 1 mln zł. Hipoteza powyższej normy prawnej jest najbardziej pojemna z wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Nawet przyjęcie, iż Zamawiający winien w tym wypadku zastosować art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy do uwzględnienia tego zarzutu. Jak wyżej wskazano znane są powody wystąpienia tej omyłki, jak również bez udziału wykonawcy jej dokonanie było możliwe i dopuszczalne. Brak było również wątpliwości jaką kwotę i w jakim miejscu Zamawiający miał uzupełnić.

Sam sposób wyspecyfikowania poszczególnych składników ceny, ujęty w formularzu ofertowym, nie może, jak stara się wywieść Odwołujący, decydować o uznaniu, iż zaoferowane przez wykonawcę SMT Software S.A. świadczenie jest odmienne od wskazanego przez Zamawiającego. Tego rodzaju interpretacja Odwołującego identyfikująca zamiary Przystępującego jest pozbawiona podstaw, gdyż nie znajduje ona potwierdzenia w pozostałej części oferty wykonawcy SMT Software S.A. W zasadzie opis sposobu przygotowania oferty, narzucony wykonawcom przez Zamawiającego, pozbawiał ich możliwości odmiennego ukształtowania przedmiotu świadczenia, które, jak wskazał Zamawiający, zostało opisane przy użyciu cech funkcjonalnych, a więc w tym przypadku mamy do czynienia z umową rezultatu przez wskazanie zamierzonego efektu realizacji świadczenia i to realizacja tego celu na etapie wykonania umowy będzie elementem przesądzającym o uznaniu, czy świadczenie wybranego wykonawcy spełnia wymagania określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Nie sposób bowiem już na etapie składania ofert, przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia i zastosowaniu rozwiązania równoważnego, ocenić potencjalną możliwość lub brak możliwości osiągnięcia zakładanego efektu. Jak wskazał w toku rozprawy Zamawiający, jest to wyłączne ryzyko wykonawcy, który mając świadomość jego konsekwencji, wynikających choćby z treści art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a

ustawy Pzp, postanowił podjąć to ryzyko składając w niniejszym postępowaniu ofertę.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że gdyby Przystępujący SMT Software S.A. na etapie składania ofert miał świadomość, iż będzie jedynym podmiotem, który postanowił to ryzyko podjąć, cena jego oferty byłaby z pewnością inna.

II. W zakresie zarzutu z art. 8 ust. 1 – 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

W tym zakresie Izba podtrzymuje w całości swoją argumentacje zawartą w odniesieniu do analogicznych zarzutów w ramach odwołania Sygnity S.A.

Dodatkowo, ze względu na szerszy przedmiot zarzutu wskazuje, iż na mocy art. 191 ust. 2 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Tym samym, biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ujawnił wyjaśnienia wykonawcy SMT Software S.A. zawarte w piśmie z dnia 22.11.2012 r. powyższy zarzut również w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

III. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na skutek nie złożenia w ofercie SMT Software S.A. dokumentu wskazanego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 7 SIWZ w postaci zobowiązania wykonawcy do zawarcia umowy sporządzonej według wzoru umowy stanowiącego załącznik C do SIWZ, Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Kwestia braku tego dokumentu nie była sporna między stronami.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż oferta, jako odpowiedź wykonawcy na propozycję zawarcia umowy wyrażoną w publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, winna zawierać w swojej treści *essentialia negotii* (przedmiotowo istotne elementy przyszłego zobowiązania), do których zaliczyć należy przedmiot umowy, termin realizacji oraz cenę. Rozpoznawany w niniejszym punkcie zarzut odnosi się do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż te elementy zawiera projekt umowy, do którego odsyła wskazany przez Odwołującego Rozdział VIII SIWZ pkt 3 ppkt 7. Zamawiający w Rozdziale II SIWZ zatytułowanym: „Termin realizacji przedmiotu zamówienia" wskazał w pkt 2, iż szczegółowy sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest określony we wzorze umowy, stanowiącym załącznik C do SIWZ.

W przedmiotowym postępowaniu sposób wykazania tej okoliczności, tj. zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami SIWZ, został sprowadzony do oświadczeń własnych wykonawcy. W zasadzie Zamawiający treść tych oświadczeń ograniczył do opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w formularzu ofertowym (załącznik B do SIWZ) oraz wspomnianego wyżej oświadczenia, o którym mowa w Rozdziale VIII SIWZ pkt 3 ppkt 7. Oświadczenia takie są bowiem pełnoprawnym i dopuszczonym w ustawie sposobem wyrażania woli realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Jak wynika z treści § 5 ust. 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

---

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) poprzez użycie zwrotu „w szczególności" katalog wskazany w tym przepisie jest katalogiem otwartym. Zatem za dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, mogą być uznane również oświadczenia własne wykonawcy.

Zasadniczy wpływ na możliwość uznania i przyjęcia, iż mamy do czynienia z dokumentem lub oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O powyższym decyduje każdorazowo rola jaka została nadana tego rodzaju dokumentom i oświadczeniom przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu bądź SIWZ.

Powyższe dokumenty i oświadczenia mogą zostać sporządzone przez samego wykonawcę i mogą obejmować np. dokumentację techniczną lub wszelkiego rodzaju

oświadczenia, do których zaliczyć można m.in. deklaracje zgodności. W drugiej grupie mogą zostać zawarte dokumenty sporządzone przez podmioty trzecie (np. jednostki certyfikujące wystawiające certyfikaty jakości, wytwórców wyrobów wystawiających deklaracje zgodności bądź podmioty wystawiające aprobaty techniczne). Tym samym, ze względu na wskazane powyżej przykłady, dla określenia, czy mamy do czynienia z dokumentem wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ma znaczenia fakt, jaki podmiot jest ich wystawcą, jak również nie ma znaczenia rodzaj tego dokumentu lub jego forma. Jak wynika z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp każde oświadczenie bądź dokument składane przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego może być przedmiotem wezwania na podstawie powyższego przepisu. I choć wyżej wskazane dokumenty nie stanowią treści oferty *sensu stricte* to potwierdzają one w sposób pośredni, iż treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Dokumenty te pozwalają ocenić, iż oferowana przez wykonawcę dostawa, usługa lub robota budowlana jako taka spełnia oczekiwania zamawiającego.

W przypadku oparcia się zamawiającego, w zakresie odnoszącym się do zakresu przedmiotowego świadczenia, jedynie na oświadczeniach własnych wykonawcy dochodzi do przemieszania (nałożenia pojęciowego) dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z merytoryczną treścią oferty (oświadczeniem woli wykonawcy).

Powyższe przemieszanie pojęciowe merytorycznej treści oferty, stanowiącej oświadczenie woli wykonawcy, z dokumentami o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest skutkiem dopuszczenia przez ustawodawcę możliwości złożenia na potwierdzenie,

że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, także własnych oświadczeń wykonawcy składającego ofertę. Wskutek powyższego mamy do czynienia z dualistycznym charakterem takich dokumentów, tj. dokumentami stanowiącymi oświadczenia własne wykonawcy składane celem potwierdzenia, iż zaoferowany przedmiot świadczenia (przedmiot przyszłej umowy w sprawie ramach zamówienia publicznego) spełnia wymagania zamawiającego. W przedmiotowego postępowania stan ten jest wynikiem ograniczenia całokształtu oferty w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia wyłącznie do oświadczeń własnych wykonawcy.

W ramach ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, iż zobowiązanie o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 7 SIWZ (dotyczące wzoru umowy – załącznik C do SIWZ), stanowi potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę urządzenia (dostawy) oraz usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a zatem jest on dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Projekt umowy wszakże odnosi się do sposobu realizacji świadczenia przez wykonawcę, który został przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu opisany przy użyciu cech funkcjonalnych.

Jeżeli, w niniejszym stanie faktycznym, jedynymi dokumentami składanymi przez wykonawcę na potwierdzenie, że oferowane przez niego dostawy oraz usługi spełniają wymagania Zamawiającego są oświadczenia wykonawcy - to właśnie te oświadczenia wpisują się w hipotezę normy prawnej wyrażonej w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem mogą one stanowić przedmiot wezwania i uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W obu tych przepisach mowa jest wszakże zarówno o dokumentach, jak i oświadczeniach składanych przez wykonawcę. Już tylko z tego powodu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega oddaleniu jako przedwczesny.

Dodatkowo należy wskazać, iż oferta składana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak każde oświadczenie woli może być przedmiotem wykładni. Biorąc pod uwagę reguły wykładni oświadczeń woli, uregulowane w art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny, należy wskazać, iż okoliczności oraz sposób złożenia oświadczenia przemawiają za uznaniem, iż wolą Przystępującego SMT Software S.A. było zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z dnia 31.10.2012 r. (Nr GWo/800C/12-101-47-08-00), której zleceniodawcą jest wykonawca SMT Software S.A. W treści tej gwarancji zostało zawarte zobowiązanie gwaranta do zapłaty wadium w kwocie

700.000,00 zł na wypadek odmowy przez zleceniodawcę (oferenta – SMT Software S.A.) podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie (§ 1 ust. 2 pkt 2 lit. a) oraz gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta (§ 1 ust. 2 pkt 2 lit. c). Biorąc pod uwagę

powyższe, posługując się regułami uregulowanymi w art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny, brak jest podstaw do uznania, iż w ofercie SMT Software S.A. brak jest zobowiązania zawarcia umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego. Jednocześnie Izba wskazuje, iż w przypadku odmowy podpisania umowy Zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania wadium w kwocie 700.000,00 zł.

W ocenie Izby, mając na uwadze niniejszy stan faktyczny, argumentacja Odwołującego ComArch S.A. odnosząca się do zastosowania wobec oferty SMT Software S.A. przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oparta została na formalnych wymaganiach zawartych w SIWZ nie odnoszących się do merytorycznej treści oferty, lecz do sposobu jej wyrażenia w ofercie. Tym samym Izba uznała, iż brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy SMT Software S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak oświadczenia wskazanego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 7 SIWZ nie pozwala uznać, iż Przystępujący SMT Software S.A. nie wyraził woli zawarcia umowy na warunkach wskazanych przez Zamawiającego.

IV. W zakresie zarzutu podniesionego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2656/12 wobec oferty Sygnity S.A., tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na brak zaoferowania przez Sygnity S.A. wymaganych w SIWZ licencji na oprogramowanie Oracle Izba wskazuje, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Należy w tym miejscu przypomnieć, iż zgodnie z wolą Zamawiającego doprecyzowanie zakresu przedmiotowego świadczenia w ramach niniejszego postępowania zostało ograniczone do oświadczeń własnych wykonawców. Tym samym wykonawca Sygnity S.A., nie miał obowiązku i nie złożył żadnych dokumentów pozwalających uszczegółowić zaoferowane przez niego rozwiązanie.

Jak wskazał sam Odwołujący ComArch S.A. w treści odwołania oraz na rozprawie swoją wiedzę na ten temat czerpie z wiedzy rynkowej, co skutkuje, iż posiada on przekonanie graniczące z pewnością, jakie rozwiązania zaoferował wykonawca Sygnity S.A. W tym miejscu należy wskazać, iż tezy Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przedłożony przez niego dowód w postaci pisma Oracle z dnia 17.12.2012 r. w najmniejszym stopniu nie koresponduje z treścią oferty Sygnity S.A. W ramach budowanej przez Odwołującego tezy istnieje kilka zasadniczych luk, które czynią dowód ten bezużytecznym. Po pierwsze brak jest jakichkolwiek informacji wskazujących, iż to właśnie licencje odnoszące się do oprogramowania Oracle stanowią lub mogłyby stanowić treść oferty tego wykonawcy. Po drugie brak jest jakichkolwiek podstaw do założenia, iż te licencje wykonawca miałby zakupić bezpośrednio od Oracle Polska Spółka z o.o. Po trzecie wskazana w piśmie Oracle Polska Spółka z o.o. z dnia 17.12.2012 r. wartość licencji (18.990.904,00 zł) mieści się w cenie oferty wykonawcy Sygnity S.A., gdyż ten ostatni

zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 89.299.429,60 zł, zaś Odwołujący nie sprecyzował, która z pozycji częściowych w ofercie Sygnity S.A. powinna tę kwotę zawierać. Samo stwierdzenie, że powyższe ma poparcie w wiedzy rynkowej posiadanej przez Odwołującego i pośrednio powyższe znajduje też potwierdzenie w cenie, która, gdyby owe licencje zawierała, zdaniem Odwołującego, winna być znacząco droższa jest, w ocenie Izby, niewystarczające.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, iż Odwołujący w najmniejszym stopniu nie wykazał i nie udowodnił powyższego zarzutu, zaś przedstawiony przez niego proces myślowy jest obarczony zasadniczymi błędami, które dodatkowo przemawiają za jego oddaleniem.

V. Biorąc pod uwagę fakt, iż nie potwierdziły się zarzuty wskazane w odwołaniu ComArch S.A. Izba uznała, iż nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż brak uwzględnienia w odwołaniu o sygn. akt KIO 2656/12 wskazanych przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2656/12 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego, w odniesieniu do obu odwołań, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:
……..

Członkowie:
……
……