

Sygn. akt: KIO 634/13

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu w dniach 2 i 9 marca 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 roku przez wykonawcę ComArch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie Aleje Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie przy ulicy Pileckiego 63, 02 – 781 Warszawa,

przy udziale:

- wykonawcy Inteligentne Systemy Edukacyjne Sp. z o.o., 02 – 672 Warszawa, ul. Domaniewska 41A,

- wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., 01 – 687 Warszawa, ul. Lektykarska 29 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comp S.A, 02 – 230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 i Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. 02 – 230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ComArch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie Aleje Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ComArch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie Aleje Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Wydzielenie funkcjonalności profilu zaufanego do wydzielonej infrastruktury w ramach Systemu ePUAP* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 1 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 211-347516.

8 marca 2013 roku Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej ofert tj. oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie.

18 marca 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa (dalej „*Pentacomp*”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Pentacomp powinna zostać odrzucona jak i Pentacomp powinien zostać wykluczony, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Pentacomp na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy, pomimo iż treść oferty Pentacomp jest niezgodna z Ustawą,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Pentacomp na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, pomimo iż treść oferty Pentacomp nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”),
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia Pentacomp z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

- z ostrożności - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Pentacomp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- z ostrożności - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Pentacomp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: COMP S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (dalej „Konsorcjum Comp”) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, pomimo iż treść oferty Konsorcjum Comp nie odpowiada treści SIWZ,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum Comp z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- z ostrożności - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- z ostrożności - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Konsorcjum Comp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Inteligentne Systemy Edukacyjne Sp. z o.o., ul. Domaniewska 41A 02-672 Warszawa (dalej „ISE”) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, pomimo iż treść oferty ISE nie odpowiada treści SIWZ,
- z ostrożności - niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na przyznaniu

ofercie ISE nieprawidłowej ilości punktów,

- z ostrożności - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania ISE do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania
- z ostrożności - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania ISE do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez ISE jako niejawnych części oferty ISE (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których ISE udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia), pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Pentacomp jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Pentacomp powinna zostać odrzucona jak i Pentacomp powinien zostać wykluczony, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza,
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia

- oferty Pentacomp, pomimo iż treść oferty Pentacomp jest niezgodna z Ustawą,
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp, pomimo iż treść oferty Pentacomp nie odpowiada treści SIWZ,
 - naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Pentacomp z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
 - z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Pentacomp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
 - z ostrożności - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Pentacomp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, pomimo iż treść oferty Konsorcjum Comp nie odpowiada treści SIWZ,
 - naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
 - z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
 - z ostrożności - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ISE, pomimo iż treść oferty ISE nie odpowiada treści SIWZ,
 - z ostrożności - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez przyznanie ofercie ISE nieprawidłowej ilości punktów,
 - z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania ISE do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane

w uzasadnieniu niniejszego odwołania,

- z ostrożności - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania ISE do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez ISE jako niejawnych części oferty ISE (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których ISE udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia), pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Pentacomp jako oferty najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Pentacomp na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 Ustawy; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Pentacomp na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy; nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Pentacomp z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy; z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania Pentacomp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy; z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania Pentacomp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Comp na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy; nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Comp z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy; z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy; z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Comp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu

ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ISE na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy; z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu przyznania ofercie ISE prawidłowej liczby punktów; z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania ISE do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy; z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania ISE do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy; nakazanie Zamawiającemu, aby odtajnił (ujawnił) zastrzeżone przez ISE jako niejawną część oferty ISE (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykaz dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których ISE udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia); a także nakazanie Zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów/oświadczeń oraz udostępnił Odwołującemu ww. dokumenty/oświadczenia; nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza - pomimo iż jest taką ofertą. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów Ustawy przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może więc osiągnąć korzyści (zysku), które Odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy również stwierdzić, że wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Zarzut I

Zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Ustawy, pomimo iż treść oferty Pentacomp jest niezgodna z Ustawą oraz nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z pkt 11.1. SIWZ „*Termin związania ofertą wynosi 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.*” jest to zgodne z art. 85 ust. 1 pkt 3 oraz art. 85 ust. 5 Ustawy.

Tymczasem w ofercie Pentacomp na str. 2 znajduje się oświadczenie, iż „*oferta jest ważna 60 dni od dnia złożenia*”. Oznacza to, iż oferta Pentacomp jest niezgodna z Ustawą jak i nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp, pomimo iż treść oferty Pentacomp jest niezgodna z Ustawą. Zamawiający naruszył również przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp, pomimo iż treść oferty Pentacomp nie odpowiada treści SIWZ.

Zarzut II, V

Zaniechania wykluczenia Pentacomp z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zaniechania wykluczenia Konsorcjum Comp z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający określił „Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny spełniania tych warunków”, w tym następujące wymagania zawarte w pkt 6.1:

6.1 Wykonawca musi wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. należyтым wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu, który:

- a) *Obsługuje uwierzytelnianie użytkowników w szczególności poprzez infrastrukturę certyfikatu klucza publicznego lub innych technologii o podobnym stopniu technicznego zaawansowania (np. dwuskładnikowe uwierzytelnienie), o wartości co*

najmniej 1 min zł brutto.

- b) Zapewnia obsługą co najmniej 10.000jednoczesnych sesji użytkowników
- c) Zapewnia obsługą co najmniej 3000 odsłon na sekundą
- d) Charakteryzuje się wysoką dostępnością (HA)powyżej 99,7%

Pentacomp:

Na str. 12-13 oferty - w „Wykazie wykonanych dostaw” - Pentacomp przedstawił zamówienie dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia na *Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu Administracji P2 (Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych).* ” Pentacomp załączył list referencyjny (str. 15 oferty) - bez podpisu wystawcy. W wykazie Pentacomp oświadczył, że: „System obsługuje uwierzytelnianie użytkowników w szczególności poprzez infrastrukturą certyfikatu klucza publicznego, o wartości co najmniej 1 min zł brutto. 2) Zapewnia obsługą ponad 10.000 jednoczesnych sesji użytkowników 3) Zapewnia obsługą co najmniej 3000 odsłon na sekundą 4) Charakteryzuje się wysoką dostępnością (HA) powyżej 99,7%.” Pentacomp oświadczył i podał szczegółowe informacje, że przedstawiona w wykazie dostawa spełnia wymagania SIWZ. Tymczasem wymagań tych przedstawiona dostawa nie spełnia. Przedstawiony przez Pentacomp system nie spełnia bowiem wymagań postawionych w pkt 6.1 SIWZ. W szczególności dotyczy to wymagania z pkt 6.1 3) *Zapewnia obsługę co najmniej 3000 odsłon na sekundę.* Jak wynika ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na wykonanie Systemu Administracji (określanego dalej jako „System SA”) dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie - postawione dla tego systemu wymagania wydajnościowe zostały określone na znacznie niższym poziomie niż te określone w punkcie 6.1 3) SIWZ. W szczególności dotyczy to ilości realizowanych przez system SA odsłon na sekundę. Wymaganie te zostały określone na stronie 14 „Opisu przedmiotu zamówienia” (zał. nr 2 cz. 2 - SIWZ opublikowany przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia) w rozdziale wydajność i brzmią następująco:

Identyfikator	Wymaganie
WNF.WYD.1	Rozwiązanie ma zapewnić wydajność systemu pod kątem następujących parametrów na nie mniejszym poziomie niż: Liczba poprawnych odpowiedzi udzielanych na zapytania o możliwość uwierzytelnienia się w ciągu jednej sekundy dla każdego z rodzajów uwierzytelnień - 75
WNF.WYDJ	Rozwiązanie ma zapewnić wydajność systemu pod kątem następujących parametrów na nie mniejszym poziomie niż: Liczba poprawnych odpowiedzi udzielanych na zapytania o poprawność złożonego podpisu w ciągu jednej sekundy-190

WNF.WYD.3	Rozwiązanie ma zapewnić wydajność systemu pod kątem następujących parametrów na nie mniejszym poziomie niż: Liczba poprawnych odpowiedzi udzielanych na zapytania OCSP o status certyfikaty w ciągu jednej sekundy - 460
WNF.WYD.4	Rozwiązanie ma zapewnić wydajność systemu pod kątem następujących parametrów na nie mniejszym poziomie niż: Liczba automatycznie poprawnie utworzonych podpisów w formacie XAdES-A w ciągu jednej sekundy dla długość klucza min 1024 bity— 380
WNF.WYD.5	Rozwiązanie ma zapewnić wydajność systemu pod kątem następujących parametrów na nie mniejszym poziomie niż: Liczba poprawnie generowanych znaczników czasu z wykorzystaniem Huczaj min. 1024 bity w ciągu jedną sekundy -200 dla każdego z obu wariantów (RFC i DSS)
WNF.WYD.6	Rozwiązanie przy zakładanej liczbie kont użytkowników (45 mil.) ma zapewnić wydajność systemu pod kątem następujących parametrów na poziomie: Czas odpowiedzi na pojedyncze zapytanie polecające na poprawnym wyszukaniu tożsamości ma wynosić mniej niż jedna sekunda dla: - Wyszukania tożsamości po identyfikatorze - Wyszukania tożsamości na podstawie wybranego atrybutu konta (PESEL/numer paszportu, imię/nazwa systemu, nazwisko, e-mail)
WNF.WYD.7	Rozwiązanie ma zapewnić wydajność systemu pod kątem następujących parametrów na nie mniejszym poziomie niż: Liczba poprawnie generowanych odpowiedzi autoryzacyjnych w ciągu jednej sekundy - 190

Biorąc pod uwagę, że wymagania określone w punkcie 6.1 SIWZ mówią o tym, że system powinien charakteryzować się parametrami: co najmniej 3000 odsłon na sekundę należy stwierdzić, iż żadne z wymagań rozpatrywane odrębnie nie potwierdza takiej wydajności. Mimo, iż specyfikacja referencyjnego systemu SA (zał. nr 2 cz. 2 - SIWZ opublikowany przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia) nie mówi iż określone wymagania muszą być spełniane łącznie to jednak dodając wszystkie operacje realizowane w przeciągu sekundy wartość 3000 nie jest osiągnięta. Suma wszystkich operacji/odsłon systemu realizowanych w przeciągu sekundy z uwzględnieniem wszystkich sposobów autoryzacji określonych w Opisie przedmiotu zamówienia (zał. nr 2 cz. 2 - SIWZ opublikowany przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia) dla systemu wynosi niespełna 1800 operacji na sekundę. W związku z powyższym w żadnym wypadku nie można uznać, że referencyjny system SA przedstawiony przez Pentacomp zapewnia obsługę co najmniej 3000 odsłon na sekundę. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z Opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 2 cz. 2 - SIWZ opublikowany przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia) na okoliczność, iż przedstawione przez Pentacomp w wykazie dostaw zamówienie dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia - nie spełnia wymagań SIWZ. Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3

Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Pentacomp z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Konsorcjum Comp

Na str. 4-5 oferty - w „Wykazie wykonanych dostaw” - Konsorcjum Comp przedstawił zamówienie na „*zakup, instalację i wdrożenie: serwerów systemu obiegu dokumentów, oprogramowania portalu, systemu archiwizacji i backupu, oprogramowania antywirusowego, infomatów, aktywnych urządzeń sieciowych (firewall przełącznik dostępowy, router) oraz szkoleń dla projektu Budowa Zintegrowanego Systemu e- Usług Publicznych Województwa Łódzkiego (Wrota Regionu Łódzkiego)*”.

Konsorcjum Comp załączył protokół odbioru umowy oraz list referencyjny (str. 6 i 7 oferty). W wykazie Konsorcjum Comp oświadczył, że: *„zaprojektowano, wykonano i wdrożono system, który obsługuje uwierzytelnianie użytkowników poprzez infrastrukturę certyfikatu klucza publicznego. Zapewnia obsługę ponad 10.000 jednoczesnych sesji użytkowników. (...) - zapewnia obsługę co najmniej 3000 odsłon na sekundę - charakteryzuje się wysoką dostępnością (HA) na poziomie 99,9%, a zatem powyżej wymaganego 99,7%.”*

Konsorcjum Comp oświadczył i podał szczegółowe informacje, że przedstawiona w wykazie dostawa spełnia wymagania SIWZ. Tymczasem wymagań tych przedstawiona dostawa nie spełnia. Przedstawiony przez Konsorcjum Comp system nie spełnia bowiem wymagań postawionych w pkt 6.1 SIWZ. W szczególności dotyczy to wymagania z pkt 6.1 2), 3) i 4) - *2) Zapewnia obsługę co najmniej 10.000 jednoczesnych sesji użytkowników, 3) Zapewnia obsługę co najmniej 3000 odsłon na sekundę, 4) Charakteryzuje się wysoką dostępnością (HA) powyżej 99,7%.*

Jak wynika ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej zamówienia przedstawionego przez Konsorcjum Comp - opublikowanego przez Urząd Marszałkowski w Łodzi - Zamawiający (Województwo Łódzkie) nie określił wymagań wydajnościowych na poziomie wymaganym zapisami punktu 6.1 SIWZ. Wobec powyższego nie ma żadnych przesłanek, które świadczyłyby, iż wykonana dostawa przez wykonawcę (firmę Comp) spełniała wymagania określone w pkt 6.1 SIWZ. Co więcej dokumentacja dla przedstawionego przez Konsorcjum Comp systemu odnosi się do wymagań wydajnościowych, które zostały określone na znacznie niższym poziomie niż te określone w punkcie 6.1 SIWZ. W szczególności dotyczy to ilości realizowanych przez system odsłon na sekundę oraz procentowej dostępności systemu. Wymaganie te zostały określone na stronie

80 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej zamówienia przedstawionego przez Konsorcjum Comp - opublikowanego przez Urząd Marszałkowski w Łodzi i brzmią następująco: (...) 2) *usługa musi zapewniać dostępność na poziomie 99.7% w skali miesiąca,* 3) *usługa musi zapewniać wydajność na poziomie minimum 10 podpisów na sekundę (podpisów RSA z wykorzystaniem 1024 bitowego klucza)* (...). Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącego zamówienia przedstawionego przez Konsorcjum Comp - opublikowanego przez Urząd Marszałkowski w Łodzi na okoliczność, iż przedstawione przez Konsorcjum Comp w wykazie dostaw zamówienie - nie spełnia wymagań SIWZ. Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zarzut III

Zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Pentacomp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Z ostrożności - należy stwierdzić naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, przez zaniechanie wezwania Pentacomp do uzupełnienia oferty o następujące dokumenty wymagane w SIWZ: Na str. 12-13 oferty - w „Wykazie wykonanych dostaw” - Pentacomp przedstawił zamówienie dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia na Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu Administracji P2 (Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych). ” Pentacomp załączył list (str. 15 oferty) - bez podpisu - w treści jest mowa o potwierdzeniu przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ale brak jest podpisu ze strony tego podmiotu. Jest tylko podpis osoby ze strony Pentacomp (za zgodność z oryginałem). Pentacomp powinien zostać wezwany o dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy wskazanej w wykazie (dokument wymagany w pkt 7.1 SIWZ) - podpisany przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż chodzić może tylko o podpis w formie pisemnej (własnoręczny podpis w takiej formie), ponieważ oferta złożona została w formie pisemnej (art. 82 ust. 2 Ustawy).

Zarzut IV, VII, IX

Zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy,

tj. zaniechania wezwania Pentacomp, ISE, Konsorcjum Comp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 Ustawy *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy* o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przepis ten statuuje obowiązek Zamawiającego wyjaśnienia ofert, w stosunku do których zachodzi podejrzenie rażącego zaniżenia ceny.

Wobec oferty Pentacomp, ISE, Konsorcjum Comp istnieją uzasadnione podstawy podejrzenia, że oferta ta zawiera rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia co stanowi przesłankę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Zamawiający nie wykorzystał jednak trybu wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Ustawy, w związku z czym w niniejszym odwołaniu stawiany jest zarzut naruszenia tego właśnie przepisu.

W przedmiotowym stanie faktycznym, przy znaczących różnicach cen pomiędzy ofertami wykonawców oraz różnicami w zakresie przedmiotu oferty (takimi jak: „dodatkowa gwarancja”) - należy wysunąć wniosek, iż cena oferty Pentacomp jest skalkulowana w sposób nierzetelny. Jest to cena poniżej kosztów.

Podana w formularzu oferty na str. 4 cena oferty Pentacomp - 2 349 300,00 zł jest ceną nierealistyczną. Za tę cenę Pentacomp nie jest w stanie terminowo i w sposób prawidłowy zrealizować zamówienia. Cena ta stanowi 85% „budżetu” Zamawiającego (wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług). Pentacomp zaoferował przy tym 36 miesięcy „dodatkowej gwarancji” - tak jak wykonawca ISE z ceną oferty brutto wynoszącą 2 919 000,00 zł. Pozostali wykonawcy - Odwołujący z cenę oferty brutto 3 287 568,60 zł oraz Konsorcjum Comp z ceną oferty brutto wynoszącą 1 787 819,27 zł - nie zaoferowali takiej dodatkowej gwarancji.

Zwrócić należy również uwagę na inne elementy oferty cenowej Pentacomp (str. 7 oferty) takie jak 0,00 zł za licencje na oprogramowanie standardowe (wynagrodzenie za wykonanie Etapu II). Ponadto zgodnie z formularzem cenowym, wykonawcy zobligowani byli do podania ceny za udzielenie gwarancji i świadczenie usług serwisu gwarancyjnego (składnik wiersza 3 formularza cenowego określającego wynagrodzenie za wykonanie Etapu III) przez okres zadeklarowanej gwarancji powiększonej o 24 miesiące (obligatoryjny okres udzielenia gwarancji i świadczenia usług serwisu gwarancyjnego). Biorąc pod uwagę że Pentacomp zadeklarował dodatkowy okres gwarancji w wymiarze 36 miesięcy kwota ta odnosi się

do okresu wynoszącego 60 miesiące i wynosi 528 900,00 zł brutto.

Cena oferty Konsorcjum Comp jest skalkulowana w sposób nierzetelny. Jest to cena poniżej kosztów. Podana w formularzu oferty na str. 1 cena oferty Konsorcjum Comp - 1 787 819,27 zł jest ceną nierealistyczną. Za tę cenę Konsorcjum Comp nie jest w stanie terminowo i w sposób prawidłowy zrealizować zamówienia. Cena ta stanowi 64% „budżetu” Zamawiającego (wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług). Pentacomp zaoferował ceną oferty brutto wynoszącą 2 349 300,00 zł, ISE ceną oferty brutto wynoszącą 2 919 000,00 zł, Odwołujący cenę oferty brutto 3 287 568,60 zł. Zwrócić należy również uwagę na inne elementy oferty cenowej Konsorcjum Comp (str. 2 oferty). W szczególności zgodnie z formularzem cenowym, wykonawcy zobligowani byli do podania ceny za udzielenie gwarancji i świadczenie usług serwisu gwarancyjnego (składnik wiersza 3 formularza cenowego określającego wynagrodzenie za wykonanie Etapu III) przez okres zadeklarowanej gwarancji powiększonej o 24 miesiące (obligatoryjny okres udzielenia gwarancji i świadczenia usług serwisu gwarancyjnego). Biorąc pod uwagę że Konsorcjum Comp nie zadeklarował dodatkowego okresu kwota ta odnosi się do okresu obligatoryjnego wynoszącego 24 miesiące i wynosi 47 970 zł brutto.

Biorąc pod uwagę wymagania określone przez Zamawiającego w zał. nr 1 do SIWZ - OPZ w punkcie 3.11. „Wymagania w zakresie gwarancji” odnoszące się do gwarancji oraz usług serwisu gwarancyjnego a w szczególności:

„ ... Na dostarczone oprogramowane aplikacyjne Wykonawca musi zapewnić minimum 24 miesięczną gwarancję liczoną od podpisania protokołu odbioru końcowego. W ramach gwarancji Wykonawca musi zapewnić co najmniej:

- Wsparcie techniczne polegające nastąpi kontakt w celu udzielania konsultacji Administratorom, w dni robocze w godz. 8-16.

- przyjmowanie zgłoszeń gwarancyjnych w trybie 24/7/365 (24 godz. na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku); zgłoszenia mogą być dokonywane: faksem, telefonicznie, e-mailem, poprzez Elektroniczny System Zgłoszeniowy dostarczony przez Wykonawcę. Wykonawca rejestruje wszystkie zgłoszenia w Elektronicznym Systemie Zgłoszeniowym. Szczegółowe tryby i kanały komunikacji Wykonawca uzgodni z Zamawiającym w PZP.

- czasy obsługi zgłoszeń gwarancyjnych:

dla błędów kategorii A-4 godziny,

dla błędów kategorii B-2 dni kalendarzowe,

dla błędów kategorii C-14 dni kalendarzowe.

Na dostarczone oprogramowane standardowe Wykonawca musi zapewnić minimum 24 miesięczną gwarancję liczoną od podpisania protokołu odbioru końcowego w ramach gwarancji Wykonawca musi zapewnić co najmniej:

aktualizacje oprogramowania standardowego, w tym wyższe wersje (update/upgrade), patche i programy korekcji błędów oprogramowania standardowego i udzielenie licencji na w/w aktualizacje na warunkach określonych w OPZ i Umowie;

doprowadzanie do spełnienia deklarowanych przez producenta parametrów i/lub funkcji użytkowych oprogramowania standardowego;

usuwanie usterek i błędów funkcjonalnych w działaniu oprogramowania standardowego

usuwanie błędów oprogramowania standardowego zgodnie z zasadami gwarancyjnymi określonymi przez producenta oprogramowania w szczególności określającymi sposób przekazywania Zamawiającemu oprogramowania aktualizacyjnego usuwającego dotychczas wykryte błędy w funkcjonowaniu Oprogramowania. Na dostarczoną infrastrukturę sprzętową

Wykonawca musi zapewnić minimum 24 miesięczną gwarancję liczoną od podpisania protokołu odbioru końcowego w ramach gwarancji Wykonawca musi zapewnić co najmniej:

usuwanie wad materiałowych i konstrukcyjnych, a także doprowadzanie do spełnienia deklarowanych przez producenta parametrów i/lub funkcji użytkowych infrastruktury sprzętowej;

naprawę uszkodzeń infrastruktury sprzętowej (z wyjątkiem uszkodzeń zawinionych wyłącznie przez Zamawiającego), w tym wymianę uszkodzonych podzespołów na nowe;

usuwanie usterek i błędów funkcjonalnych w działaniu infrastruktury sprzętowej;

Czas naprawy infrastruktury sprzętowej nie może przekroczyć 12h.

Czas naprawy będzie liczony od momentu otrzymania przez Wykonawcę zgłoszenia usterki (fax, e-mail, zgłoszenie telefoniczne, zgłoszenie poprzez Elektroniczny System Zgłoszeniowy) Wykonawca rejestruje wszystkie zgłoszenia w Elektronicznym Systemie Zgłoszeniowym. Szczegółowe zasady dokonywania i rejestrowania zgłoszeń w tym tryby i kanały komunikacji zostaną zaproponowane przez Wykonawcę w PZP, który musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego.

Jeżeli naprawa uszkodzonej infrastruktury sprzętowej, nie będzie możliwa w terminach, o których mowa powyżej, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia na własny koszt infrastruktury sprzętowej o nie gorszych parametrach (sprzęt zastępczy), na cały czas usunięcia wady lub usterki, spełniającego te same parametry i zgodnego funkcjonalnie z naprawianą infrastrukturą sprzętową.

W przypadku nie dostarczenia przez Wykonawcę na czas naprawy infrastruktury sprzętowej zastępczego Zamawiający ma prawo wypożyczyć na koszt Wykonawcy w firmie trzeciej infrastrukturę sprzętową o nie gorszych parametrach niż wynikające z Umowy, zachowując

jednocześnie prawo do naliczenia kary umownej, na zasadach określonych w Umowie.

W przypadku awarii dysku twardego, powodującej konieczność jego wymiany, uszkodzony dysk pozostanie u Zamawiającego. W przypadku konieczności jakiegokolwiek naprawy infrastruktury sprzętowej poza miejscem jego instalacji, dysk twardy zostanie zdemontowany i pozostanie u Zamawiającego.

W przypadku konieczności naprawy infrastruktury sprzętowej poza miejscem użytkowania, Wykonawca zorganizuje transport do miejsca naprawy oraz po naprawie do miejsca użytkowania oraz pokrywa koszty transportu i ponosi ryzyko uszkodzenia lub przypadkowej utraty infrastruktury sprzętowej. Termin przetransportowania infrastruktury sprzętowej poza miejsce użytkowania musi zostać uzgodniony z Zamawiającym.

Gwarancja na naprawioną infrastrukturę sprzętową zostanie przedłużona o czas naprawy.

W przypadku stwierdzenia wad lub usterek dostarczonej infrastruktury sprzętowej, w chwili pierwszego uruchamiania przez Zamawiającego, Wykonawca wymieni niezwłocznie wadliwą infrastrukturę sprzętową jednak nie później niż w ciągu 3 dni roboczych od daty zgłoszenia, na spełniające warunki określone w Umowie.

Dwukrotne uszkodzenie tego samego elementu infrastruktury sprzętowej, w okresie gwarancji, obliguje Wykonawcę do jego wymiany na nowe, wolne od wad, spełniające te same parametry i zgodne funkcjonalnie z wymienianym elementem infrastruktury sprzętowej, w terminie 14 dni liczonych od chwili ostatniego zgłoszenia o uszkodzeniu.

Okres gwarancji na wymienione element infrastruktury sprzętowej, nie może być krótszy, niż pełny okres gwarancji przewidziany na element infrastruktury sprzętowej, dostarczone pierwotnie w ramach Umowy i biegnie od momentu podpisania protokołu odbioru przez Zamawiającego.

W przypadku nienaprawienia infrastruktury sprzętowej w terminach i na zasadach wskazanych powyżej, Zamawiający ma prawo zlecić usunięcia wady lub usterki osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy bez potrzeby odrębnego wezwania i bez utraty gwarancji, zachowując jednocześnie prawo do naliczenia kary umownej, na zasadach określonych w Umowie.

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za poprawne funkcjonowanie infrastruktury sprzętowej stanowiącej przedmiot zamówienia. ...”

- nie jest możliwe zagwarantowanie gwarancji i usług gwarancyjnych opisanych powyższymi wymaganiami za zadeklarowaną przez Pentacomp cenę. Biorąc pod uwagę, że stawka za jedną roboczogodzinę pracy specjalisty Pentacomp podana w wierszu czwartym formularza cenowego wynosi 73,80 zł brutto. Kwota jaką uzyska Pentacomp za świadczenie gwarancji i usług gwarancyjnych pozwala na pokrycie niespełna 7167 godzin pracy specjalisty. Zestawiając ilość godzin oraz tryb świadczenia usług 24/7/365 przez okres 5 lat firma Pentacomp zakłada przeznaczyć 7167 godzin pracy specjalisty na 43800 godzin

świadczenia usługi gwarancji i serwisu gwarancyjnego. Biorąc pod uwagę powyższe na każde 24 godzin świadczenia usługi Pentacomp deleguje specjalistę w wymiarze 3 godziny i 56 minut. Zestawiając zakładane dzienne zaangażowanie Pentacomp w świadczenie usług gwarancyjnych z jej zakresem np. konsultacje telefoniczne dla Zamawiającego w godzinach 8-16, przyjmowanie zgłoszeń telefonicznych w trybie 24/7/365, usuwanie wad oprogramowania i infrastruktury sprzętowej zakładane i zadeklarowane zaangażowanie jest na rażąco niskim poziomie uniemożliwiającym Pentacomp należyte wykonanie zamówienia.

- nie jest możliwe zagwarantowanie gwarancji i usług gwarancyjnych opisanych powyższymi wymaganiami za zadeklarowaną przez Konsorcjum Comp cenę. Biorąc pod uwagę, że stawka za jedną roboczogodzinę pracy specjalisty Konsorcjum Comp podana w wierszu czwartym formularza cenowego wynosi 61,50 zł brutto. Kwota jaką uzyska Konsorcjum Comp za świadczenie gwarancji i usług gwarancyjnych pozwala na pokrycie 780 godzin pracy specjalisty. Zestawiając ilość godzin oraz tryb świadczenia usług 24/7/365 przez okres 2 lat firma Konsorcjum Comp zakłada przeznaczyć 780 godzin pracy specjalisty na 17520 godzin świadczenia usługi gwarancji i serwisu gwarancyjnego. Biorąc pod uwagę powyższe na każde 24 godzin świadczenia usługi Konsorcjum Comp deleguje specjalistę w wymiarze 1 godziny i 5 minut. Zestawiając zakładane dzienne zaangażowanie Konsorcjum Comp w świadczenie usług gwarancyjnych z jej zakresem np. konsultacje telefoniczne dla Zamawiającego w godzinach 8-16, przyjmowanie zgłoszeń telefonicznych w trybie 24/7/365, usuwanie wad oprogramowania i infrastruktury sprzętowej zakładane i zadeklarowane zaangażowanie jest na rażąco niskim poziomie uniemożliwiającym Konsorcjum Comp należyte wykonanie zamówienia.

Cena oferty ISE jest skalkulowana w sposób nierzetelny. Jest to cena poniżej kosztów. Podana w formularzu oferty na str. 1 cena oferty ISE - 2 919 000,00 zł jest ceną nierealistyczną. Za tę cenę ISE nie jest w stanie terminowo i w sposób prawidłowy zrealizować zamówienia. Zwrócić należy również uwagę na inne elementy oferty cenowej ISE (str. 3 oferty). Jak już wskazano w niniejszym odwołaniu - zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - wersja jednolita z dnia 1 lutego 2013) - pkt 2 - Etapy realizacji:

Etap III obejmuje

Instalacją, Konfiguracją i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego Wydzielonej

funkcjonalności profilu zaufanego oraz modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego Systemu ePUAP w zakresie niezbędnym do obsługi Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego w Środowisku produkcyjnym, wykonanie testów akceptacyjnych oraz opracowanie i dostarczenie Dokumentacji powykonawczej;

migrację danych o użytkownikach posiadających profil zaufany lub wnioskujących o jego potwierdzenie z Dotychczasowej infrastruktury systemu ePUAP do Wydzielonej infrastruktury; w terminie 310 dni kalendarzowych od podpisania Umowy

Zapewnienie Modyfikacji w ramach RfC, w wymiarze 3000 roboczogodzin, liczone od dnia podpisania Umowy do wyczerpania przyjętego limitu roboczogodzin jednak nie później niż do dnia 16 grudnia 2013 roku.

Udzielenie gwarancji na oprogramowanie aplikacyjne, oprogramowania standardowe i infrastrukturę sprzętową oraz świadczenie serwisu gwarancyjnego na dostarczone oprogramowane aplikacyjne, Infrastrukturę sprzętową oraz oprogramowanie standardowe przez okres minimum 24 miesięcy licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego

W ofercie ISE na str. 3 - Formularz cenowy w poz. 3 tabeli ISE określiło: *wynagrodzenie za wykonanie Etapu III - w wysokości 467 040,00 zł brutto (słownie złotych brutto: czterysta sześćdziesiąt siedem tysięcy czterdzieści złotych), w tym wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych do Dokumentacji wraz z prawem do wykonywania praw zależnych na wszystkich polach §11 ust. 14 Umowy w wysokości 61 500,00 zł brutto (słownie złotych brutto: sześćdziesiąt jeden tysięcy pięćset złotych); Wraz z wynagrodzeniem za wykonanie Etapu III zostanie zapłacone wynagrodzenie za udzielenie gwarancji i świadczenie usługi Serwisu gwarancyjnego, o którym mowa w § 2 ust. 4 w kwocie 405 540,00 zł brutto (słownie złotych brutto: czterysta pięć tysięcy pięćset czterdzieści złotych).*

Powyższe oznacza, iż ISE w ramach Etapu III przewiduje realizację jedynie przeniesienie autorskich praw majątkowych do Dokumentacji wraz z prawem do wykonywania praw zależnych oraz udzielenie gwarancji - ponieważ wynagrodzenie za te dwa elementy Etapu III wyczerpuje określone łączne wynagrodzenie za Etap III. Tymczasem Etap III obejmuje również: *Instalację, Konfigurację i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego oraz modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego Systemu ePUAP w zakresie niezbędnym do obsługi Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego w Środowisku produkcyjnym, wykonanie testów akceptacyjnych oraz*

opracowanie i dostarczenie Dokumentacji powykonawczej; migrację danych o użytkownikach posiadających profil zaufany lub wnioskujących o jego potwierdzenie z Dotychczasowej infrastruktury systemu ePUAP do Wydzielonej infrastruktury; w terminie 310 dni kalendarzowych od podpisania Umowy. Należy stwierdzić, że ISE w ogóle nie oferuje realizacji tych elementów, co oznacza że oferta nie odpowiada treści SIWZ (wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia). Powyższe świadczy również o tym, że cena oferty ISE została skalkulowana nierzetelnie.

Odwołujący przytoczył fragmenty uzasadnień orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej: „Różnice kwotowe w wysokości ceny za powyższą usługę (...), winny skłonić Zamawiającego do powzięcia podejrzenia, które winno prowadzić do wezwania wykonawcy X do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny. Następnie złożone wyjaśnienia powinny być ocenione przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę wszystkie obiektywne okoliczności. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia, które złożone zostały przez Przystępującego X w niniejszym postępowaniu na rozprawie. Jednakże oceny ewentualnych wyjaśnień dokonać musi Zamawiający. Przeprowadzenie procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy istnieją uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca wybrany X nie był wzywany do złożenia wyjaśnień, Izba uznała, że niedopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp bez zapewnienia wykonawcy możliwości obrony swojej oferty. Dopiero bowiem analiza złożonych wyjaśnień może być podstawą do odrzucenia oferty.” (wyrok KIO z dnia 25 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1492/11, KIO 1495/11) „w świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim poniższe czynniki (1) wartość przedmiotu zamówienia (postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2 194/05) i (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również takimi czynnikami są (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego (wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1443 /08, zwrócić uwagę na wyrok z dnia 21 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1126/09).

Zarzut VI

Zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w

SIWZ, wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Z ostrożności - należy stwierdzić naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia oferty o następujące dokumenty wymagane w SIWZ: na str. 4-5 oferty - w „Wykazie wykonanych dostaw” - Konsorcjum Comp przedstawił zamówienie na *„zakup, instalację i wdrożenie: serwerów systemu obiegu dokumentów, oprogramowania portalu, systemu archiwizacji i backupu, oprogramowania antywirusowego, informatów, aktywnych urządzeń sieciowych (firewall przełącznik dostępowy, router) oraz szkoleń dla projektu Budowa Zintegrowanego Systemu e- Usług Publicznych Województwa Łódzkiego (Wrota Regionu Łódzkiego)*. Jako datę zakończenia wskazano 19.09.2011 r. Konsorcjum Comp załączył protokół odbioru umowy (str. 6 oferty), opatrzony datą 20.09.2011. Należy więc stwierdzić sprzeczność pomiędzy datą wskazaną w wykazie a datą z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie. Konsorcjum Comp powinno być wezwane do uzupełnienia wykazu (wymaganego w pkt 7.1 SIWZ) o prawidłową datę zakończenia wykonania dostawy.

Na str. 36-37 oferty Konsorcjum Comp znajduje się pełnomocnictwo z dnia 22 stycznia 2012 r. udzielone przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. dla Comp S.A. do reprezentowania w przedmiotowym postępowaniu. Na str. 38 oferty znajduje się pełnomocnictwo z dnia 29 stycznia 2013 r. udzielone przez Comp S.A. (zwanej w treści pełnomocnictwa „Spółką”) dla Pana Krzysztofa Wąsacza *„do samodzielnego reprezentowania Spółki w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ...”* Oferta jak i dokumenty składające się na jej część, które należało przedstawić w oryginale (takie jak wykaz dostaw, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu) została podpisana najprawdopodobniej przez tę właśnie osobę (nie ma pieczętki imiennej, jest czytelny podpis z nazwiskiem). Osoba ta najprawdopodobniej potwierdziła również za zgodność pozostałe dokumenty składające się na zawartość oferty wymagane w SIWZ, w tym dokumenty formalne dotyczące Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. Biorąc pod uwagę treść pełnomocnictwa dla tej osoby, należy stwierdzić że nie miała ona żadnego umocowania do podpisywania dokumentów dotyczących obu „wykonawców” (takich jak formularz oferty, wykazu dostaw, oświadczeń - składanych przecież wspólnie przez wykonawców, a nie tylko przez spółkę Comp). Osoba ta nie miała również żadnego umocowania do podpisywania i potwierdzania za zgodność dokumentów dotyczących tylko firmy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. Konsorcjum Comp powinno być wezwane do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa (wymagane w pkt 12.6 3) SIWZ).

Ponadto pełnomocnictwo udzielone przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

dla Comp S.A. ma błędną datę (sprzed wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia) i Konsorcjum Comp powinno być wezwane do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa udzielonego przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. dla Comp S.A. (wymagane w pkt 12.6 5) SIWZ).

Zarzut VIII

Zaniechanie odrzucenia oferty ISE na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, pomimo iż treść oferty ISE nie odpowiada treści SIWZ.

VIII.I Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - wersja jednolita z dnia 1 lutego 2013) – pkt 2 Etapy realizacji:

Etap III obejmuje

Instalacją, Konfiguracją i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego oraz modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego Systemu ePUAP w zakresie niezbędnym do obsługi Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego w Środowisku produkcyjnym, wykonanie testów akceptacyjnych oraz opracowanie i dostarczenie Dokumentacji powykonawczej;

migracją danych o użytkownikach posiadających profil zaufany lub wnioskujących o jego potwierdzenie z Dotychczasowej infrastruktury systemu ePUAP do Wydzielonej infrastruktury; w terminie 310 dni kalendarzowych od podpisania Umowy.

Zapewnienie Modyfikacji w ramach RfC, w wymiarze 3000 roboczogodzin, liczone od dnia podpisania Umowy do wyczerpania przyjętego limitu roboczogodzin jednak nie później niż do dnia 16 grudnia 2013 roku.

Udzielenie gwarancji na oprogramowanie aplikacyjne, oprogramowania standardowe i infrastrukturę sprzętową oraz świadczenie serwisu gwarancyjnego na dostarczone oprogramowane aplikacyjne, Infrastrukturę sprzętową oraz oprogramowanie standardowe przez okres minimum 24 miesięcy licząc od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego.

W ofercie ISE na str. 3 - Formularz cenowy w poz. 3 tabeli ISE określiło:

wynagrodzenie za wykonanie Etapu III - w wysokości 467 040,00 zł brutto (słownie złotych brutto: czterysta sześćdziesiąt siedem tysięcy czterdzieści złotych), w tym wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych do Dokumentacji wraz z prawem do wykonywania praw zależnych na wszystkich polach §11 ust. 14 Umowy w wysokości 61 500,00 zł brutto (słownie złotych brutto: sześćdziesiąt jeden tysięcy pięćset złotych); Wraz z wynagrodzeniem za wykonanie Etapu III zostanie zapłacone wynagrodzenie za udzielenie gwarancji i świadczenie usługi Serwisu gwarancyjnego, o którym mowa w § 2 ust. 4 w kwocie 405 540,00 zł brutto (słownie złotych brutto: czterysta pięć tysięcy pięćset

czterdzieści złotych).

Powyższe oznacza, iż ISE w ramach Etapu III przewiduje realizację jedynie przeniesienie autorskich praw majątkowych do Dokumentacji wraz z prawem do wykonywania praw zależnych oraz udzielenie gwarancji - ponieważ wynagrodzenie za te dwa elementy Etapu III wyczerpuje określone łączne wynagrodzenie za Etap III. Tymczasem Etap III obejmuje również: *Instalację, Konfigurację i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego oraz modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego Systemu ePUAP w zakresie niezbędnym do obsługi Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego w Środowisku produkcyjnym, wykonanie testów akceptacyjnych oraz opracowanie i dostarczenie Dokumentacji powykonawczej; migrację danych o użytkownikach posiadających profil zaufany lub wnioskujących o jego potwierdzenie z Dotychczasowej infrastruktury systemu ePUAP do Wydzielonej infrastruktury; w terminie 310 dni kalendarzowych od podpisania Umowy. Należy stwierdzić, że ISE w ogóle nie oferuje realizacji tych elementów, co oznacza że oferta nie odpowiada treści SIWZ (wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia).*

VIII.2

Zgodnie z pkt 15.1 ppkt 2. SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest: *Dodatkowa Gwarancja („DG”- dłuższy okres gwarancji od standardowego maksymalnie o 36 miesięcy): waga kryterium 10%.*

W piśmie - „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” - Zamawiający poinformował, iż ISE otrzymało w tym kryterium 10,0000 punktów. Tymczasem w formularzu Oferty na str. 1 w pkt 4 znajduje się następujące oświadczenie ISE:

Oświadczamy, że deklarujemy: Dodatkową gwarancją w wymiarze 36 miesięcy¹ w odniesieniu do oprogramowania aplikacyjnego i jego modyfikacji zgodnie z dyspozycją par. 12 ust. 1 pkt 1 istotnych postanowień umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tymczasem jak wynika z SIWZ (przykładowo zapisów zał. nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - wersja jednolita z dnia 1 lutego 2013 - pkt 1.3, pkt 2, pkt 3.11 oraz zapisów zał. nr 7 do SIWZ - Istotne postanowienia umowy - par. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2, pkt 3) przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko: udzielenie gwarancji na oprogramowanie aplikacyjne, ale także na oprogramowania standardowe i infrastrukturę sprzętową. Należy stwierdzić, że ISE w ogóle nie oferuje takiej gwarancji, co oznacza że oferta nie odpowiada treści SIWZ (wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia).

Z ostrożności - należy również stwierdzić naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez przyznanie ofercie ISE nieprawidłowej ilości punktów - Zamawiający

bezpodstawnie przyznał punkty w tym kryterium skoro ISE nie oferuje dodatkowej gwarancji zgodnej z SIWZ.

VIII.3

Zgodnie z pkt 20.4 SIWZ - *Jeżeli wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zakresu zamówień podwykonawcom, wówczas obowiązany jest wskazać tę część w ofercie (w pkt. 7 Formularza „OFERTA” - załącznik nr 2 do SIWZ).*

Na str. 2 formularza Oferty w pkt 7 - ISE określiło część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom (Trusted Information Consulting Sp. z o.o. oraz Royal Software Consulting Sp. z o.o.) tj. „część analityczną” oraz „część dotyczącą dostawy infrastruktury aplikacyjno sprzętowej wraz z utrzymaniem”. Powyższe oznacza, że pozostałą część zamówienia ISE zamierza wykonać samodzielnie, dotyczy to w szczególności takich elementów przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 1.3):

wykonanie modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego systemu ePUAP w zakresie niezbędnym do obsługi wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego wraz z instalacją, konfiguracją i wdrożeniem w Środowisku testowym wraz z testami wewnętrznymi Wykonawcy oraz uzupełnieniem Dokumentacji projektowej i dostarczeniem jej przez Wykonawcę;

wytworzenie, Instalację, Konfigurację i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego w Środowisku testowym wraz z testami wewnętrznymi Wykonawcy oraz uzupełnieniem Dokumentacji projektowej i dostarczeniem jej przez Wykonawcę;

Instalację, Konfigurację i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego oraz modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego Systemu ePUAP w zakresie niezbędnym do obsługi Wydzielonej funkcjonalności profilu zaufanego w Środowisku produkcyjnym oraz opracowanie i dostarczenie Dokumentacji powykonawczej;

migrację danych o użytkownikach posiadających profil zaufany lub wnioskujących o jego potwierdzenie z Dotychczasowej infrastruktury systemu ePUAP do Wydzielonej infrastruktury;

przeniesienie autorskich praw majątkowych do wytworzonego w ramach zamówienia oprogramowania aplikacyjnego;

zapewnienie modyfikacji w ramach RfC, w wymiarze 3000 roboczogodzin, Uczzone od dnia podpisania Umowy do wyczerpania przyjętego limitu roboczogodzin jednak nie później niż

do dnia 16 grudnia 2013 roku.

Odwołujący wskazał, iż oferta ISE nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ sprzecznie z pkt 20.4 SIWZ nie został wskazany cały zakres zamówienia jaki ISE zamierza powierzyć podwykonawcom. Takie powierzenie całego zakresu zamówienia opisanego w SIWZ musiało nastąpić, bowiem ISE nie jest w stanie samodzielnie wykonać jakiegokolwiek części zamówienia. Z zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych na str. 19 oferty ISE wynika bowiem, że ISE nie jest płatnikiem składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Obowiązek płacenia przez ISE składek istniał tylko do 30.09.2011 r. Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia tego zaświadczenia - z ostrożności Odwołujący podnosi również naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania ISE do uzupełnienia oferty o dokument wymagany w pkt 8.1 4) SIWZ - tj. *„aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”* - potwierdzające, że ISE jest płatnikiem składek.

Zarzut X

Zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez ISE jako niejawnych części oferty ISE (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie część oferty ISE powołując się na zastrzeżenie pozostałej części jako tajemnicy przedsiębiorstwa. ISE zastrzegło w swojej ofercie (zastrzeżenie tajemnicy na str. 2 oferty, podtrzymane pismem z dnia 7 marca 2013 r.) wykaz dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z zobowiązaniami do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których ISE udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, ponieważ informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie

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

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez ISE zastrzeżenie ww. oświadczeń/dokumentów

jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Należy stwierdzić bezpodstawność zastrzeżenia w ofercie ISE zobowiązań do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (względnie innych dokumentów, przy pomocy których ISE udowodniło dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia). ISE w treści wyjaśnień z dnia 7 marca 2013 r. powołuje się na klauzulę poufności zawartą w treści jednego z zobowiązań podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. ISE wyjaśniło, iż *informacja o tym, który podmiot udostępnił wykonawcy swoją wiedzę ma niewątpliwie wartość gospodarczą dla wykonawcy, ponieważ wskazuje na powiązania gospodarcze oraz kontrahentów, zarówno wykonawcy, jak i Partnera udostępniającego zasoby*. Należy jednakże zauważyć, iż na str. 2 formularza Oferty została „ujawniona” przez ISE informacja o tym, że podwykonawcami będą Trusted Information Consulting Sp. z o.o. oraz Royal Software Consulting Sp. z o.o. Odwołujący sądzi, iż podmiotem udostępniającym zasoby jest któryś z tych podmiotów lub oba z nich. Informacja dotycząca współpracy jest więc informacją jawną. Należy również stwierdzić, iż nie ma ona charakteru, który pozwalałby na jej utajnienie. Ponadto jak wynika z formularza oferty str. 2 - w ofercie ISE zostały złożone dwa zobowiązania do udostępnienia zasobów, z których jedno żadnej klauzuli o poufności nie zawiera a informacje o współpracy z obydwojema podmiotami udostępniającymi zasoby są dostępne w Internecie (tak pismo Zamawiającego z dnia 7 marca 2013 r. skierowane do ISE).

Odnosnie zastrzeżenia przez ISE wykazu dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, ISE wyjaśniło, iż *zawiera on informacje o projekcie, który nie został zrealizowany na rzecz podmiotu publicznego w ramach umowy o zamówienie publiczne, co oznacza iż nie jest to umowa o której można dowiedzieć się w drodze dostępu do informacji publicznej*. Należy jednakże zwrócić uwagę na to, że powyższe nie może stanowić wystarczającej podstawy o utajnienia informacji zawartych w wykazie dostaw/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Należy wykazać spełnienie wszystkich przesłanek, o których mówi art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego ISE nie uczyniło.

Powołuje orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 322/11; KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11; KIO 2079/10.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem wniesionego w 18 marca 2013 roku odwołania a także Izba ustaliła, że została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba wskazuje, że niezasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada interesu w złożeniu odwołania, bowiem kwota jaką przeznaczył na realizację zamówienia Zamawiający jest niższa, niż zaoferowana w złożonej przez Odwołującego ofercie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Przed rozprawą wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej *Pismo Uczestnik Postępowania* Konsorcjum Comp z 8 kwietnia 2013 roku.

Izba dopuściła dowody złożone przez Zamawiającego:

- (dowód nr 1) wydruk korespondencji pomiędzy Centrum Projektów Informatycznych a Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia,

- (dowód nr 2) pismo Dyrektora Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia do Dyrektora Centrum Projektów Informatycznych z 28 marca 2013 roku

Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa (dalej „*Pentacomp*”):

- (dowód nr 3) opinia dot. postępowania prowadzonego przez Centrum Projektów Informatycznych o udzielenie zamówienia na „Wydzielenie funkcjonalności profilu zaufanego do wydzielonej infrastruktury w ramach systemu ePUAP”.

Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: COMP S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (dalej „*Konsorcjum Comp*”):

- (dowód nr 4) oświadczenie firmy ORACLE na okoliczność spełniania parametrów wymaganych w specyfikacji przez projekt Wrota Regionu Łódzkiego,

- (dowód nr 5) – certyfikat licencyjny ORACLE z 17 maja 2011 roku,

- (dowód nr 6) - wykaz zastosowanego sprzętu w projekcie łódzkim, złożony na 10 stronach (3, 3a, 3b i 3c),

- (dowód nr 7) – opracowanie własne uczestnika postępowania odwoławczego tj. zestawienie tabelaryczne, złożone na 6 stronach – zestawienie cen.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- (dowód nr 8) pismo z 9 kwietnia 2013 roku do Urzędu Marszałkowskiego w Łodzi oraz odpowiedź z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego z 9 kwietnia 2013 roku.

Izba dopuściła wnioskowane w odwołaniu dowody z dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówienia realizowanych przez Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego oraz Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu I

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z ustawą* oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* z powodu nieodrzuconie oferty Pentacomp z uwagi na wskazanie w jednym z pism, że wykonawca jest związany ofertą 60 dni od dnia jej złożenia nie potwierdził się.

Izba wskazuje, że przede wszystkim należy stwierdzić, że określenie terminu związania ofertą nie jest sprawą ustawy (która nie określa terminu związania ofertą w danym postępowaniu), lecz spoczywa na Zamawiającym, który termin ten podaje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to jednoznacznie z art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że „wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Natomiast dalsza część dyspozycji „jednak nie dłużej niż” ze wskazaniem 30, 60 lub 90 dni jest *de facto* wskazówką dla zamawiającego, jaki termin maksymalny w tej specyfikacji może wskazać. Zatem ewentualną odmienną deklarację wykonawcy należałoby rozpatrywać jako niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ma to znaczenie, że w pierwszym przypadku oferta mogłaby być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (nie jest to omyłka istotna), w drugim natomiast nie podlegałaby takiej poprawie.

W rozpoznawanej sprawie, ze względu na to, że oferta wykonawcy została złożona w dniu, w którym upływał termin składania ofert, nie ma to znaczenia, gdyż w obu przypadkach dzień początku i końca związania ofertą jest ten sam. Tym samym faktyczna rozbieżność pomiędzy terminem określonym w piśmie przewodnim do oferty, treści formularza ofertowego i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie istnieje. (Porównaj wyrok KIO sygn. akt KIO 633/13).

W zakresie zarzutu II, V

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Pentacomp oraz Konsorcjum Comp na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy- *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – Izba uznała za niezasadny.*

Pentacom

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się, bowiem Pentacomp wykazał się realizacją systemu odpowiadającego ukształtowanym w punkcie 6.1 SIWZ wymaganiom. Należy wskazać, że Opis Przedmiotu Zamówienia tj. zał. nr 2 cz. 2 - SIWZ opublikowany przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, a którego to realizacją wykazywał się Pentacomp odnosił się do wymagań minimalnych na co wskazują użyte tam sformułowania „na nie mniejszym poziomie niż”, co więcej nie było to kwestionowane przez Odwołującego. Odwołujący kwestionował brak spełnienia przez wykazaną dostawę wymagania ukształtowanego w punkcie 6.1 3 SIWZ a mianowicie zapewnienia obsługi co najmniej 3000 odsłon na sekundę (w treści Wykazu wykonanych dostaw, str. 12 oferty podano – Zapewnia obsługę ponad 3000 odsłon na sekundę). Z przedstawionego przez Zamawiającego dowodu (dowód nr 1) wynika, że *system dostarczony przez firmę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w ramach projektu P2 Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych charakteryzuje się wydajnością na poziomie powyżej 3000 odsłon na sekundę*. Tym samym wynika z tego, że został spełniony wymóg określony przez Zamawiającego. Potwierdza to również dowód z dokumentu (dowód nr 3) tj. opinii dot. postępowania prowadzonego przez Centrum Projektów Informatycznych o udzielenie zamówienia na „Wydzielenie funkcjonalności profilu zaufanego do wydzielonej infrastruktury w ramach systemu ePUAP”, która została złożona przez Pentacom. W wyniku dokonanej analizy technicznej dotyczącej elementów systemu oraz metod pomiaru przepustowości serwera wskazano, że możliwe jest osiągnięcie 16 000 odsłon na sekundę, zatem wymaganie sformułowane w SIWZ jest spełnione. Sam odbiorca, czyli CSIOZ wskazał w przesłanej do Zamawiającego informacji, że przy aktualnej konfiguracji system osiąga wydajność na poziomie nawet 10 000 odsłon na sekundę. W ocenie Izby wykazana przez Pentacomp realizacja zadania dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w przedmiocie zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu Administracji P2

potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tym samym nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Konsorcjum Comp

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba dopuściła dowód wnioskowany przez Odwołującego tj. dowód ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącego zamówienia przedstawionego przez Konsorcjum Comp - opublikowanego przez Urząd Marszałkowski w Łodzi, jednakże Izba uznała, z uwagi na samo stanowisko przedstawione w odwołaniu przez Odwołującego: *Jak wynika ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej zamówienia przedstawionego przez Konsorcjum Comp - opublikowanego przez Urząd Marszałkowski w Łodzi - Zamawiający (Województwo Łódzkie) nie określił wymagań wydajnościowych na poziomie wymaganym zapisami punktu 6.1 SIWZ. Wobec powyższego nie ma żadnych przesłanek, które świadczyłyby, iż wykonana dostawa przez wykonawcę (firmę Comp) spełniała wymagania określone w pkt 6.1 SIWZ, że dokument ten nie ma znaczenia w zakresie rozpoznania podnoszonego przez Odwołującego zarzutu. Zgodzić należy się z Konsorcjum Comp, że odniesienie się przez Odwołującego do tego, że Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej zamówienia przedstawionego przez Konsorcjum Comp - opublikowanego przez Urząd Marszałkowski w Łodzi - Zamawiający (Województwo Łódzkie) nie przewiduje określonych funkcjonalności lub też określa niższe minimalne wymagania wydajnościowe nie stanowi dowodu, iż zamówienie zrealizowane przez Comp nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Wskazać również należy, że wymagania określone dla Wrót Regionu Łódzkiego były określone na poziomie minimalnym (użyto zwrotu: wymagania minimalne). Wskazać należy, że to na Odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia, że wskazana przez Konsorcjum Comp dostawa (pod nazwą: *zakup, instalacja i wdrożenie: serwerów systemu obiegu dokumentów, oprogramowania portalu, systemu archiwizacji i backupu, oprogramowania antywirusowego, informatów, aktywnych urządzeń sieciowych (firewall przełącznik dostępowy, router) oraz szkolenia dla projektu Budowa Zintegrowanego Systemu e-Uслуг Publicznych Województwa Łódzkiego (Wrota Regionu Łódzkiego)*) celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie spełnia wymagań Zamawiającego.*

Odwołujący twierdził, że przedstawiony przez Konsorcjum Comp system nie spełnia wymagań postawionych w pkt 6.1 SIWZ, w szczególności dotyczy to wymagania z pkt 6.1 2), 3) i 4) - 2) *Zapewnia obsługę co najmniej 10.000 jednoczesnych sesji użytkowników, 3) Zapewnia obsługę co najmniej 3000 odśłon na sekundę, 4) Charakteryzuje się wysoką dostępnością (HA) powyżej 99,7%.*

Konsorcjum Comp przedstawiło dowody na okoliczność wykazania, że wskazana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w punkcie 6.1 SIWZ, z dowodów tych wynika, że wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z (dowód nr 4) oświadczeniem firmy ORACLE, złożony na okoliczność wykazania spełniania parametrów wymaganych w SIWZ przez projekt Wrota Regionu Łódzkiego wynika, że system spełnia wymóg 10 000 jednoczesnych sesji użytkowników oraz 3000 odślon na sekundę. Zgodnie z wyjaśnieniami poczynionymi na rozprawie, w zakresie trzeciego wymaganego parametru tj. parametr dostępność, to nie potwierdza tego firma ORACLE z uwagi na to, że parametr ten nie wynika bezpośrednio z zastosowanej technologii ORACLE. Złożony (dowód nr 5) certyfikat licencyjny ORACLE potwierdza, że żadna z licencji w nim podanych nie jest ograniczona co do ilości użytkowników tym samym nie istnieje ograniczenie możliwości ilości odślon. Powyższe potwierdzają również (dowód nr 6) złożone (oznaczenia 3, 3a, 3b i 3c) informacje dotyczące zastosowanego w tym projekcie sprzętu który spełnia wymagania techniczne na znacznie wyższym poziomie niż było to wymagane w SIWZ, co potwierdza, spełnienie wymagań określonych warunkiem 6.1 SIWZ. Dodatkowo w *Piśmie uczestnika postępowania* Konsorcjum Comp wykazało, że przyjęte w realizacji projektu Wrota Regionu Łódzkiego rozwiązania techniczne gwarantują spełnienie wymagań określonych w punkcie 6.1. SIWZ czego nie kwestionował Odwołujący.

Z przedstawionego przez Odwołującego dowodu (dowód nr 8 – 2 karty) tj. pismo do Urzędu Marszałkowskiego w Łodzi oraz odpowiedź Urzędu z 9 kwietnia 2013 roku przedstawionego na okoliczność wykazania, że Urząd Marszałkowski w Łodzi nie potwierdza dostępności (HA) powyżej 99,7% wynika jedynie, że Sekretarz Województwa Łódzkiego nie potwierdził parametru na poziomie powyżej 99,7% - nie wynika również, że potwierdził spełnienie tego parametru na poziomie 99,7%.

W ocenie Izby, uwzględniając zgromadzony materiał i stanowiska Stron i Konsorcjum Comp wykazana przez Konsorcjum Comp realizacja projektu Wrota Regionu Łódzkiego potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tym samym nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W zakresie zarzutu III

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania Pentacomp do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli*

wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert – Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący kwestionował pismo z 21 stycznia 2013 roku (str. 15 oferty) potwierdzające należyte wykonanie zamówienia wystawione przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, a potwierdzające zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu Administracji w ramach projektu P2 „Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych” wskazując, że nie zostało ono podpisane – brak własnoręcznego podpisu wystawcy dokumentu.

Zarówno Zamawiający jak i Pentacomp wskazali, że oryginalnie pismo zostało sporządzone w postaci elektronicznej z elektronicznym podpisem. Wskazać należy, że potwierdza to adnotacja na tym piśmie – *Dokument w postaci elektronicznej opatrzony został bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.*

Ze względu na to, że sama oferta, zgodnie z wymaganiami zamawiającego miała być sporządzona w wersji „papierowej”, a nie elektronicznej, oczywiste jest, iż wraz z ofertą można było przedstawić jedynie wydruk owego pisma, który ze swojej istoty nie będzie ani oryginałem, ani nie będzie w sobie zawierał podpisu czy to w formie tradycyjnej, czy też elektronicznej. Zamawiający wykazywał, że korespondencja prowadzona z Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia prowadzona jest w formie elektronicznej (dowód nr 2). W złożonym dowodzie, pismo z 28 marca 2013 roku pochodzące od Dyrektora Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, w dwóch ostatnich zdaniach wskazano, że (...) *Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia stosuje w korespondencji bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Takim podpisem został opatrzony list referencyjny o którym mowa w piśmie CPI.* Dokument ten (dowód nr 2) został również złożony w formie wydruku a sporządzony został w formie elektronicznej. W takim wypadku należy więc z konieczności uznać za dopuszczalne posłużenie się takim wydrukiem bez podpisu, a w razie wątpliwości

co do autentyczności takiego dokumentu, Zamawiający może zażądać przedstawienia oryginału dokumentu (§ 6 ust. 3 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) . (Porównaj wyrok KIO sygn. akt KIO 633/13). Należy wskazać, że przepis art. 82 ust. 2 ustawy odnosi się do oferty - *Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu* – czyli oświadczenia woli wykonawcy.

W zakresie zarzutu IV, VII, IX

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania Pentacomp, Inteligentne Systemy Edukacyjne Sp. z o.o., ul. Domaniewska 41A 02-672 Warszawa (dalej „ISE”) i Konsorcjum Comp do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy - *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny* Izba uznała zarzut za niezasadny

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera *rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów , Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste

jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia.

Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*).

Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający powźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego

wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający dokonując rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania.

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Jednakże również ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, natomiast ustawa nie określa procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11).

Odnoszenie się, dokonując kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium. Nie istnieje też, i nie można go wywieść na żadnej podstawie, jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było

mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

Odwołujący argumentując konieczność dokonania weryfikacji ofert wybranych do realizacji zamówienia w postępowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny odwoływał się do szacunkowej wartości zamówienia, jednakże należy pamiętać, iż w obliczu powyższych wywodów, wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być jednak wyłącznie wartość zamówienia z podatkiem VAT (porównaj: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-210/07). Opierając się o szacunkową wartość zamówienia Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziął wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że po stronie Zamawiającego powstała konieczność wzywania wykonawców Pentacomp, ISE oraz Konsorcjum Comp do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Po pierwsze Zamawiający wskazał, w trakcie rozprawy, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona zgodnie z ustawą, w dokumentacji postępowania wskazał na dokument pod nazwą Udokumentowanie podstawy ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, z którego wynika w jaki sposób Zamawiający dokonywał szacowania wartości zamówienia w oparciu jakie elementy oraz wyceny poszczególnych elementów. Dokument ten stanowi element dokumentacji postępowania i był jawny dla wszystkich wykonawców. Z szacowania wartości zamówienia wynika, że wartość netto wynosi 2 253 840,00 zł w tym zawiera 20% margines co daje 2 772 223,20 zł brutto (bez marginesu wartość ustalona na 1 878 200, 00 zł netto). Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń Zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie zaoferowane w postępowaniu ceny (brutto) to: oferta Pentacomp - 2 349 300,00 zł, oferta ISE - 2 919 000,00 zł, Konsorcjum Comp - 1 787 819,27 zł, Odwołujący 3 287 568,60 zł. Przy czym wskazać należy, że Pentacomp i ISE zaoferowali 36 miesięcy „dodatkowej gwarancji”, natomiast Odwołujący oraz Konsorcjum Comp nie zaoferowali takiej dodatkowej gwarancji.

W zakresie argumentacji podnoszonej przez Odwołującego w zakresie oferty Pentacomp oraz Konsorcjum Comp wskazać należy, że Odwołujący swoje uzasadnienie w zakresie realizacji gwarancji i świadczenie usług serwisu oparł na stawkach godzinowych, które zaczerpnął z innego punktu Formularza cenowego a dotyczącego wynagrodzenia z wykonanie Zleceń Modyfikacji. Należy wskazać, że nie może stanowić argumentacja oparta na zupełnie innych elementach oferty właściwego uzasadnienia dla stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby z treści opisu przedmiotu zamówienia z punktu 3.11 *Wymagania w zakresie gwarancji* nie wynika, aby przyjmowanie zgłoszeń gwarancyjnych realizowanych w trybie 24/7/365 musiało być realizowane we wszystkich określonych tam formach, tym samym zgłoszenia mogą być dokonywane w sposób jaki przewiduje opis przedmiotu zamówienia za pomocą faksu, e-mail, telefonicznie, przez Elektroniczny System Zgłoszeniowy a szczegółowe tryby i kanały komunikacji zostaną uzgodnione. Dodatkowo należy wyjaśnić, że zostały przewidziane 3 typy błędów w zależności od których reakcja na ich usunięcie wynosi odpowiednio 4 godz., 4 dni, 12 dni. Zamawiający nie limitował rozkładu kosztów pomiędzy etapami realizacji zamówienia tym samym nie ma podstawy podnoszenia się do częściowych cen dotyczących poszczególnych elementów składowych. Finalnie zamawiający ma do czynienia z produktem wraz z usługą wsparcia.

W zakresie oferty Pentacomp dodatkowo odnosząc się do jednego z kryteriów dotyczący parametru SLA, który jest na poziomie 99,999 % co wskazuje, że wykonawca jest przekonany o wysokiej jakości produktu a to znów przekłada się na koszt usług gwarancyjnych, których wartość jest przez wysoką jakość produktu zminimalizowana. (Odwołujący ten parametr ma na tym samym poziomie.) Parametr SLA na poziomie 99,999% stanowi o tym, że w skali roku przerwa w pracy systemu nie może przekraczać 5 min i 15 s. wsparcie będzie realizowana na poziomie administratorów co znacznie obniża koszty.

W zakresie oferty Konsorcjum Comp zostały zaoferowane minimalne wymagania w zakresie parametru SLA i Konsorcjum Comp nie zaoferowało dodatkowej gwarancji co przekłada się na zmniejszeniu kosztów, tym samym na cenę oferty. Z dokumentu, opracowania własnego Konsorcjum Comp (dowód nr 7) wynika, że tylko ten wykonawca zaoferował minimalne wymagane przez Zamawiającego parametry SLA i gwarancji oraz cenę najniższą

w postępowaniu. Zgodnie z prezentowanym stanowiskiem Odwołującego cena oferowana przez Konsorcjum Comp (1 787 819,27 zł) wynosi ok. 64 % wartości jaką przeznaczył na realizację zamówienia Zamawiający (2 772 223,20 zł). Ze stron oznaczonych jako 4a do 4 e dowodu nr 7, gdzie wskazane zostały inne postępowania o udzielenie zamówienia - Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego „Elektroniczne Księgi Wieczyste”, Dostarczenie i wdrożenie infrastruktury klucza publicznego w ramach programu elektroniczne cło (e-cło), Modernizacja Centrum Certyfikacji Kluczy na potrzeby Projektu „pl.ID – polska ID karta” oraz Projektu „SIPR”, Zaprojektowanie i wykonanie systemu informatycznego i wortalu sądowego oraz wdrożenie ww. produktów we wszystkich sądach powszechnych w Polsce oraz ministerstwie Sprawiedliwości, Świadczenie Usług Certyfikacyjnych na potrzeby systemu Epuap - w których brał udział zarówno Odwołujący jak i Konsorcjum Comp, a gdzie w tabelach podane zostały wartości procentowe oferowanych w postępowaniu kwot realizacji zamówień przez poszczególnych wykonawców określone w stosunku do wartości jaką mógł przeznaczyć na realizację zamówienia zamawiający. Wynika z tego, że realizacja zamówień za kwoty poniżej połowy kwoty jaką na realizację zamówienia przeznaczył Zamawiający była możliwa a sam Odwołujący wielokrotnie oferował kwoty poniżej tej wartości.

Oferta ISE - 2 919 000,00 zł jest niższa o 10% od ceny oferty Odwołującego a różnica taka stanowi naturalną różnicę w postępowaniu, jednocześnie cena oferty ISE wynosi 105 % wartości tego co Zamawiający zamierzył przeznaczyć na realizację zamówienia.

W zakresie zarzutu VI

Odwołujący stwierdził sprzeczność pomiędzy podaną w Wykazie wykonanych dostaw datą zakończenia 19 wrzesień 2011 rok a protokołem odbioru opatrzonym datą 20 wrzesień 2011 rok. Zgodnie ze stanowiskiem Konsorcjum Comp, niekwestionowanym przez Odwołującego, że data 20 wrzesień 2011 rok zamieszczona na protokole stanowi datę sporządzenia tego dokumentu, jednocześnie należy wskazać, że odwołujący nie wykazał aby w protokole w jakimkolwiek miejscu została podana inna (20 wrzesień 2011 roku) data realizacji zamówienia. Należy zaznaczyć, że argumentacja jakiej dokonał Odwołujący jest wybiórcza i nie oparta o istniejące stan faktyczny. Odwołujący pominął fakt, że w ofercie został zamieszczony List referencyjny, z treści którego wynika, że od 20 września 2011 roku świadczone są przez spółkę Comp S.A. usługi serwisu wdrożonego systemu. Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego jest niezasadna tym samym

nie ma podstaw do wzywiania Konsorcjum Comp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W zakresie zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa z 22 stycznia 2012 roku, tj. udzielonego przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. dla Comp S.A., Konsorcjum Comp wskazało w piśmie, że jest to oczywista omyłka pisarska. Taki stan rzeczy znajduje również odzwierciedlenie w czynnościach Zamawiającego, który pismem z 7 marca 2013 roku poprawił tą oczywistą omyłkę: *na stronie nr 38 oferty (data wystawienia dokumentu) rok 2012 poprawia się na 2013*. Zgodnie ze wskazaniem Odwołującego, Zamawiający w piśmie tym odniósł się do strony 38 oferty, czyli innej strony niż ta na której była data „2012 rok”. wskazać należy, że na stronie 38 podana jest data „29 stycznia 2013r.” tym samym wskazuje to na oczywistość pomyłki w piśmie Zamawiającego z 7 marca 2013 roku, ponieważ to na stronie 36 oferty widnieje data 22 stycznia 2012r. Oczywista omyłka w dacie pełnomocnictwa jest tym bardziej oczywista, że treść pełnomocnictwa wskazuje na postępowanie o udzielenie zamówienia, do którego to pełnomocnictwo jest udzielone, na co wskazuje również podany w treści pełnomocnictwa numer sprawy oraz nazwa postępowania. Tym samym zarzut się nie potwierdził.

Zarzut dotyczący pełnomocnictwa udzielonego Panu K..... W..... również się nie potwierdził. Na podstawie pełnomocnictwa opatrzonego datą 22 stycznia 2012 rok, członek konsorcjum Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ustanowił pełnomocnikiem COMP S.A., zgodnie z pełnomocnictwem Pełnomocnik ma prawo do reprezentowania wykonawców łącznie, jak również każdego z nich z osobna w postępowaniu w tym do udzielania dalszych pełnomocnictw. Pełnomocnictwem z 29 stycznia 2013 roku COPM S.A. udzielił Panu K..... W..... pełnomocnictwa do reprezentacji spółki w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, że pełnomocnictwa wymienione powyżej należy odczytywać łącznie, chronologia ich udzielenia wskazuje, że Pan K..... W..... umocowany został do reprezentacji Konsorcjum Comp w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym pełnomocnik Konsorcjum Comp umocowany był do podpisania i parafowania oferty wraz ze wszystkimi załącznikami, potwierdzania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem, co znajduje potwierdzenie w treści pełnomocnictw.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy .

W zakresie zarzutu VIII

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Inteligentne Systemy Edukacyjne Sp. z o.o., ul. Domaniewska 41A 02-672 Warszawa (dalej „ISE”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3.*

VIII.1

W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie VIII.1 Izba uznała, że zarzut za niezasadny. Należy zgodzić się w zakresie tego zarzutu ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego na rozprawie, że z tego co zostało przedstawione ofercie ISE nie wynika, że wykonawca ten nie zaoferował przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ. Formularz cenowy został sporządzony zgodnie z SIWZ i podaje ceny za realizację poszczególnych Etapów. Zgodnie z Formularzem oferty punkty 1, 2 i 3 ISE zobowiązało się do stosowania i ścisłego przestrzegania określonych w SIWZ warunków, oświadczyło, że zapoznało się z Opiszem przedmiotu zamówienia i zobowiązało się wykonania zamówienia na warunkach określonych w tym opisie oraz wskazało cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ.

VIII.2

W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie VIII.2 Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Izba uznała, że w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie VIII.2, doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bowiem Zamawiający dokonał oceny oferty ISE w kryterium Dodatkowa Gwarancja niezgodnie z ukształtowanymi wymaganiami. Odwołującego nie wykazał natomiast naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, ponieważ nie wykazał aby ta czynność Zamawiającego tj. przypisanie punktów ISE, miała wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Wskazać należy w tym miejscu, że Pentacomp zaoferował również 36 miesięcy Dodatkowej Gwarancji.

Zarzut wskazany przez Odwołującego w tym zakresie jest zasadny, jednakże zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy - *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie*

zamówienia – uwzględnienie tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania.

W ofercie ISE podało (str. 1 pkt 4) *Oświadczamy, że deklarujemy: a) Dodatkową gwarancję w wymiarze 36 miesięcy¹ w odniesieniu do oprogramowania aplikacyjnego i jego modyfikacji zgodnie z dyspozycją par. 12 ust. 1 pkt 1 istotnych postanowień umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Na rozprawie pełnomocnik ISE wyjaśnił, że *dodatkowa gwarancja 36 m-cy dotyczy oprogramowania aplikacyjnego i jego modyfikacji. (...) dodatkowa gwarancja nie dotyczy oprogramowania standardowego i infrastruktury sprzętowej.*

Natomiast zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia punktem 3.11 każdy wykonawca musiał zapewnić minimum 24 miesięczną gwarancję na oprogramowanie aplikacyjne, oprogramowanie standardowe i infrastrukturę sprzętową. Sam Zamawiający na rozprawie potwierdził, że dłuższy okres gwarancji musi dotyczyć wszystkich elementów wskazanych w punkcie 3.11 a przytoczonych powyżej, i w ten sposób ocenił zadeklarowaną dodatkową gwarancję przez ISE. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że informacje podane przez ISE są nadmiarowe i nie mają znaczenia bowiem jako zmiana nie zostały podpisane przez ISE. Wykonawca ISE sam odwołał się w swoim oświadczeniu (str. 1 pkt 4) do treści §12 ust.1 pkt 1 istotnych postanowień umowy, z którego treści jednoznacznie wynika, że dodatkowa gwarancja została przez ISE udzielona tylko dla oprogramowania aplikacyjnego i jego modyfikacji. W punkcie 15.1 ppkt 2. SIWZ Zamawiający podał, że *Dodatkowa Gwarancja („DG”- dłuższy okres gwarancji od standardowego maksymalnie o 36 miesięcy): waga kryterium 10%.* W ocenie Izby wskazuje to, że dłuższy okres gwarancji powinien dotyczyć tych elementów, które objęte są standardowym okresem gwarancji, co potwierdza również sam sposób wyliczenia punktów w kryterium oceny.

VIII.3

W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie VIII.1 Izba uznała, że zarzut za niezasadny. Izba podziela stanowisko przedstawione przez Zamawiającego, że fakt nieopłacania składek (obowiązek opłacania składek istniał tylko do 30.09.2011 r.) na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych nie stanowi o niezgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego. ISE wskazało na rozprawie, że części zamówienia oraz podwykonawców, którym zamierza je zlecić zostały wskazane w punkcie 7 Formularza oferty, w pozostałej części zamówienie ISE wykonałoby same bądź za zgodą Zamawiającego zleciłoby je podwykonawcom co jest zgodne z warunkami istotnych postanowień umowy.

Zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych składane jest w postępowaniu na okoliczności wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu celem wykazania nie zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Tym samym w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz nie potwierdził się zarzut naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutu X

Zarzut naruszenia, art. 7 ust. 1; art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy – *(1) Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. (2) Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. (3) Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio i art. 96 ust. 3 ustawy zdanie drugie – (...)* Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zaniechanie ujawnienia wykazu wykonanych dostaw oraz zobowiązania do udostępnienia niezbędnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia zasobów: wiedzy doświadczeni i osób nr 1 i nr 2 załączonego do ofert ISE Izba uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy. Przejawia się ona w szeregu czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia

publicznego (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 maja 2011 roku sygn. akt KIO 966/12, KIO 973/12). Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do Zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090) (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Przejawem zasady jawności postępowania jest między innymi art. 96 ust. 3 ustawy wskazujący, że protokołu postępowania wraz z załącznikami jest jawny, natomiast moment ujawnienia załączników do protokołu postępowania jest zależny od trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w

przypadkach określonych ustawą. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy).* W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w *innych informacjach posiadający wartość gospodarczą.* Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. *„w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”.* Wyrażony przez SN

pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanymi ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Sąd Najwyższy – wskazując, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygać czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznego orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa każda sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należyta staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego. W piśmiennictwie – między innymi glosa S. Salomonowicza do uchwały SN z dnia 21 października 2005 roku II CZP 74/05 – wskazywany jest pogląd, iż wyjaśnienie tych wątpliwości może nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Wydaje się również zasadna argumentacja wskazująca na możliwość zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w poszanowaniu zasad określonych w ustawie, tym samym Zamawiający powinien dochować wszystkich czynności aby zasadom tym nie uchybić.

Zamawiający zwrócił się do ISE, w związku z zastrzeżeniem dokumentów zawartych w ofercie na stronach 5-7 i 10, pismem z 7 marca 2013 roku, z informacją iż zamierza ujawnić dokumenty zwarte na ww. stronach. W odpowiedzi pismem z 8 marca 2013 roku ISE nie wyraziło zgody na odtajnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, działanie Zamawiającego było prawidłowe w wyniku dokonanych wyjaśnień przez ISE, które potwierdziło, że dokumenty zawarte na stronach 5,6 Wykaz wykonanych dostaw, strona 7 List referencyjny i strona 10 zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów do należytego wykonania zamówienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazać należy, że wykaz dostaw obejmuje realizację projektu, który nie był realizowany na rzecz podmiotu publicznego. Natomiast w dokumencie na stronie 10 wprost zostało zapisane, że ISE obowiązane jest do objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów i oświadczeń jakie podmiot ten będzie przekazywał ISE. W ocenie Izby, uwzględniając wyżej zawarty wywód należy stwierdzić, że informacje jakie zostały zawarte w dokumentach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez ISE mają charakter handlowy i organizacyjny mający wartość gospodarczą, bowiem dotyczą rodzaju i wartości wykonanych dostaw oraz kontaktów i realizacji biznesowych. Nie zmienia charakteru tych dokumentów fakt, że o współpracy podmiotów można znaleźć informacje w Internecie (z pisma Zamawiającego z 7 marca 2013 roku) ponieważ takie informacje nie odbierają przymiotu poufności informacją zawartym w złożonych w postępowaniu dokumentach. ISE dochowało należytej staranności o zachowaniu informacji w tajemnicy, zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały one ujawnione.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: