

Sygn. akt: KIO 1395/13

**WYROK**  
z dnia 04 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff  
**Członkowie:** Bogdan Artymowicz  
Ewa Sikorska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **04 lipca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 czerwca 2013 r.** przez wykonawcę **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02 - 676 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) itWorks S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Jana Pawła II 41, 31-864 Kraków, 2) Sprint S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn z adresem do korespondencji: ul. Huculska 6, 00-730 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1395/13 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**.

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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zaprojektowanie, dostarczenie i wdrożenie Systemu ITSM, wspierającego obsługę wybranych procesów ITIL®”. Znak sprawy: COI - ZZAK 3201.8.2013”, zostało wszczęte przez Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02 - 676 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 047-076345 z dnia 07.02.2013 r.

W dniu 31.05.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) itWorks S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Jana Pawła II 41, 31-864 Kraków, 2) Sprint S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn z adresem do korespondencji: ul. Huculska 6, 00-730 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum itWorks S.A.” albo „Przystępującym”, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Qumak S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa zwana dalej: „Qumak S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 10.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie: Qumak S.A. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wskazał, że odwołanie dotyczy:

- a) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A.,
- b) błędnego obliczenia przez Zamawiającego punktów dla Konsorcjum IT Works S.A., który w ramach ceny P2 uzyskali 45 pkt, podczas, gdy stosując zasady obliczania ceny określone przez Zamawiającego w SIWZ, nie sposób było przyznać temu wykonawcy w/w punktacji.
- c) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty niezgodnej treścią SIWZ i Pzp oraz oferty z rażąco niską ceną,
- d) zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz błędnie wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu
- e) zaniechania odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny,
- f) zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego oraz odmowie udostępnienia Odwołującemu części oferty Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie oferowanego przez Konsorcjum IT Works

S.A. rozwiązania oraz Wykazu usług wraz z dokumentacją potwierdzającą ich należyte wykonanie, podczas, gdy w/w części oferty Konsorcjum IT Works S.A. nie wypełniają kumulatywnych przesłanek z art. 11 ust 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunkujących możliwość zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa,

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego zastrzeżeń Konsorcjum IT Works w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przyznanie wykonawcy Konsorcjum IT Works punktacji w ramach ceny P2, niezgodnej z zasadami obliczania ceny określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Pzp poprzez niezgodne z Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty niezgodnej z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A., która to oferta nie zawierała ceny w ramach zakresu P2, a tym samym zaniechaniu odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, poprzez jego niezastosowanie względem oferty Konsorcjum IT Works S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 6) art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie oświadczenia, że oferowany przez w/w Konsorcjum przedmiot oferty spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ,
- 7) art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia,
- 8) art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy przedmiotowe wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 9) art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści oferty wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie oferowanego dla Zamawiającego rozwiązania oraz Wykazu usług wraz z referencjami;
- 10) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że opis oferowanego dla Zamawiającego rozwiązania oraz Wykazu usług wraz z referencjami, może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:
  - a) obliczenie punktacji w zakresie ceny P2 w ofercie Konsorcjum IT Works S.A., zgodnie ze wzorem wskazanym przez Zamawiającego w pkt 22.5. SIWZ. „Opis sposobu obliczenia ceny”
  - b) odrzucenia oferty Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty nie spełniającej treści SIWZ, nie zgodnej z Pzp oraz oferty zawierającej rażąco niską cenę,
  - c) wykluczenie wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie oświadczeń o spełnianiu przez oferowany przez tego wykonawcę przedmiot wszystkich z wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ oraz posiadania wymaganego doświadczenia,
- 4) ujawnienie oferty Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie opisu oferowanego dla Zamawiającego rozwiązania oraz Wykazu usług wraz z referencjami,
- 5) ujawnienie wyjaśnień Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz udostępnienie ich Odwołującemu do wglądu
- 6) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Qumak S.A.

Odwołujący wnosil również o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczność nie spełniania przez przedmiot oferty Konsorcjum IT Works S.A. wymagań SIWZ;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym Zamawiający w dniu 31.05.2013 r. podjął decyzje o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przywołał wyrok ZA z dnia 14.07.2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2007/06. W analizowanej sprawie Zamawiający nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonych przez Wykonawców ofert, co doprowadziło do naruszenia art. 91 ust 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Pzp. Zdaniem Qumak S.A. oferta Konsorcjum IT Works S.A. powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, gdyż nie odpowiada treści opublikowanego SIWZ oraz narusza przepis Pzp. Wobec tego oferta ta

bezwzględnie nie powinna być poddana ocenie. Oferta ta ma liczne błędy, w tym także błędy wpływające na ważność całej oferty.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty nieodpowiadającej treścią SIWZ. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Konsorcjum IT Works S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że wykonawca ten oferuje rozwiązanie, którego producentem jest członek Konsorcjum IT Works S.A. Okoliczność ta zatem wprost przesądza o tym, że oferowanym rozwiązaniem jest system Atmosfera, gdyż to jest jedyny taki produkt dostępny na rynku, którego producentem jest właśnie IT Works S.A. Ponadto z informacji posiadanych przez Odwołującego spółka IT Works S.A. nie posiada autoryzacji w zakresie tego typu rozwiązań u żadnego z innych producentów na rynku. Odwołujący powziął informacje od aktualnych użytkowników systemu Atmosfera, którzy jednoznacznie wskazali, iż system ten nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. W zał. nr 1 do odwołania Qumak S.A. przedkłada szczegółową listę ze wskazaniem w jakim zakresie rozwiązanie oferowane przez Konsorcjum IT Works S.A. jest niezgodne z treścią SIWZ. Przedmiotowy wykaz funkcjonalności przygotowany został przez aktualnych użytkowników systemu Atmosfera w oparciu o wymagania Zamawiającego zamieszczone w SIWZ - CZĘŚĆ II - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA. Jednakże ze względu na obowiązujące tychże użytkowników zobowiązania do zachowania poufności oraz procedury bezpieczeństwa informacji, które stanowią tajemnice przedsiębiorstwa poszczególnych podmiotów, Qumak S.A. przedkłada jako załącznik listę podmiotów oraz osób znających szczegółowo funkcjonalność systemu Atmosfera wraz z numerami telefonów do kontaktu do tych osób. Qumak S.A. zastrzegł, iż jest to załącznik tajny - stanowiący Tajemnice Przedsiębiorstwa i nie może on zostać udostępniony osobom trzecim. Osoby wskazane na przedmiotowej liście zgodziły się udzielić szczegółowych wyjaśnień przed KIO bezpośrednio lub poprzez telefoniczny kontakt.

Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodu z zeznań osób wskazanych w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa zał. nr 2 do odwołania, na okoliczność, że system Atmosfera nie spełnia postawionych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wymagania z SIWZ, poprzez bezpośrednio przesłuchanie wskazanych osób na rozprawie przed KIO, bądź potwierdzenie okoliczności wskazanych w wykazie z zał. nr 1 do odwołania, poprzez kontakt telefoniczny z poszczególnymi osobami wskazanymi w zał. nr 2 do odwołania.

Dla Qumak S.A. okolicznością bezsporną jest, że oferowany przez Konsorcjum IT Works S.A. system nie odpowiada treści SIWZ. Przywołał wyrok KIO z dnia 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/12 oraz wyrok KIO z dnia 10.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2845/12. Biorąc

pod uwagę stan faktyczny sprawy słusznym jest twierdzenie Odwołującego, że czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert w niniejszym postępowaniu nie można przepisać przymiotu kompletności i rzetelności, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum IT Works S.A. jako najkorzystniejszej, podczas, gdy podmiot ten nie będzie w stanie spełnić oczekiwań Zamawiającego wskazanych w wskazanych we wzorze umowy do SIWZ.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty niezgodnej SIWZ oraz z Pzp w zw. z art. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach Zamawiający w pkt 22 SIWZ: „Kryteria oceny ofert”, żądał od Wykonawców podania trzech cen za poszczególne grupy, a mianowicie oczekiwał podania:

1. oddzielnej ceny za System ITSM (obejmujący wszystkie komponenty niezbędne do prawidłowego funkcjonowania systemu ITSM i zapewniającego równoczesny dostęp min. 30 administratorom) -gdzie dany wykonawca mógł uzyskać do 50 punktów, co stanowiło 50 % ogólnej punktacji - cena P1

2. oddzielnej ceny za rozszerzenie funkcjonalności sytemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) -§ 2 ust 5 wzoru umowy (prawo opcji)- gdzie dany wykonawca mógł uzyskać do 45 punktów, co stanowiło 45 % ogólnej punktacji - cena P2

3. oddzielnej ceny za świadczenie przez Wykonawcę usług opieki serwisowej o której mowa w § 10 ust 7 i 8 wzoru umowy (prawo opcji)- gdzie dany wykonawca mógł uzyskać do 5 punktów, co stanowiło 5 % ogólnej punktacji - cena P3 Jedynym kryterium oceny ofert była cena liczona według wzoru wskazanego w pkt 22.1.5 SIWZ. Wobec powyższego, Qumak S.A. podnosi, że oferta Konsorcjum IT Works S.A. nie zawierała ceny w ramach zakresu P2, wykonawca ten w zakresie rozszerzenia funkcjonalności sytemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) - § 2 ust 5 wzoru umowy, wskazał 0 zł. Oferta wskazująca w jednej z powyższych grup „0 zł” jest ofertą niezgodną z Pzp. Przywołał wyrok ZA z dnia 5 lipca 2005 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-1611/05 oraz wyrok ZA z dnia 25.04.2007 r. UZP/ZO/0-467/07. W niniejszej sprawie znamienym jest, że Konsorcjum IT Works S.A. podało w swojej ofercie, jako rzekomą cenę, „0 zł” nie za dany element oferty jako cena jednostkowa, ale „0 zł” jako cena za cały obszar oczekiwany przez Zamawiającego, która to cena podlegała punktacji. Z treści art. 2 Pzp wynika, że przez pojęcie "zamówienia publicznego" należy rozumieć umowy odpłatne. W sytuacji, gdy Konsorcjum IT Works S.A. zaoferowało w swojej ofercie 0 zł za rozszerzenie funkcjonalności sytemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) - § 2 ust 5 wzoru umowy, to prace w tym zakresie stanowiłaby darowiznę, a nie realizację zamówienia publicznego. Każda wartość ceny również jednostkowej winna być

wyceniona rzetelnie z uwzględnieniem poniesionych kosztów. W przypadku zaoferowania nawet cen jednostkowych 0 zł mamy do czynienia z rażąco niską ceną jednostkową, która miała wpływ na wartość całego zamówienia (wyrok ZA z dnia 23.2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2660/06). Wskazał także na uchwałę KIO z dnia 30.11.2010 r., sygn. akt: KIO/KD 93/10. Odwołujący podnosił, że Konsorcjum IT Works S.A. w złożonej ofercie nie zaproponowało za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie rozszerzenie funkcjonalności sytemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) - § 2 ust 5 wzoru umowy - ceny wyrażonej w jednostkach pieniężnych, podczas gdy *„cena stanowi niezbędny element oferty, wymagany przez ustawę Pzp, stosownie do definicji zawartej w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, która odwołuje się do znaczenia nadanego temu pojęciu w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. 2001 r. Nr 97 poz. 1050 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem ceną jest „wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym (uchwała KIO z dnia 30.11.2010 r. sygn. KIO/KD 93/10).”* Nie ulega wątpliwości, iż pojęcie ceny w powyższym rozumieniu jest użyte w art. 91 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym cena jest zawsze obligatoryjnym kryterium oceny ofert. Tym samym bezwzględny obowiązkiem wykonawcy, jest podanie w ofercie ceny w jednostkach pieniężnych za przedmiot zamówienia. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę jeśli jest niezgodna z ustawą, tj. ofertę, która uchybia przepisom ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. W świetle powyższego, brak podania w ofercie ceny w jednostkach pieniężnych stanowi o niezgodności takiej oferty z Pzp.

W świetle ww. przepisów Pzp nie można uznać, iż podanie wartości 0,00 zł w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego, podlegających ocenie w ramach kryterium oceny ofert -cena, wyczerpuje wymóg podania ceny. Cena powinna być wyrażona w złotych i w groszach, zgodnie z Polskim systemem monetarnym. Za wyrokiem KIO z dnia 26.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1622/09 podkreślił, że zarzut Odwołującego Qumak S.A. zostaje potwierdzony już w samej treści SIWZ. Za tym, że Zamawiający nie przewidział możliwości podawania w ramach oferowanej ceny za jedną z grup z pkt 22 SIWZ ceny 0 zł, przemawia fakt, że stosując wzór do obliczania punktacji z pkt 22.1.5. SIWZ. nie sposób uzyskać wyniku matematycznego DO podstawieniu „0”. W związku z tym nie możliwym było przyznanie Konsorcjum IT Works S.A. 45 punktów za cenę w zakresie grupy „P2” stosując takie same kryteria oceny, jakie obowiązywały pozostałych wykonawców. Ponadto niedopuszczalne było zaoferowanie ceny za rozszerzenie funkcjonalności sytemu ITSM



o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) - § 2 ust 5 wzoru umowy (prawo opcji) w kwocie „0” (zero złotych). Raz, że cena podana w ramach grupy P2 była przyjmowana przez Zamawiającego do porównania cen pozostałych ofert, to należy mieć na uwadze, iż cena za rozszerzenie funkcjonalności systemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.), zgodnie z § 2 ust 5 wzoru umowy ma służyć do rozliczeń stron umowy w oparciu o wystawione faktury. Wskazał na § 2 ust 5 wzoru umowy. Stwierdzając w konsekwencji, że cena za powyższy zakres ma charakter ceny przyjmowanej do rozliczeń i jako taka stanowi istotną treść oferty, gdyż zawarta jest w umowie o realizację zamówienia, jako jej *essentialia negotii*. Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 2 pkt 13 przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy wykonawcą a zamawiającym między innymi na dostawy i usługi. Zarówno odnośne postanowienia SIWZ, jak i postanowienia umowy przytaczane wyżej, mówią o cenie za zamówienie za nabycie dodatkowych licencji i zapłatę za zrealizowanie danego zamówienia dla wykonawcy ceny wskazanej w jego ofercie - zatem w tym wypadku „0 zł”. W związku z tym ponownie koniecznym jest odwołanie do art. 2 pkt 1 Pzp do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) skąd wynika, że za cenę należy przyjmować, wartość jaką kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, wyrażoną w jednostkach pieniężnych. W cenie uwzględnia się podatek VAT i podatek akcyzowy jeżeli sprzedaż lub usługa jest obciążona tym podatkiem. Bez wątpliwości polski system monetarny, nie przewiduje jednostek pieniężnych o nominale „0” (zero złotych). Cena powinna być wyrażona w złotych i w groszach. Gdyby zamawiający żądał jedynie skosztorysowania dostawy wraz z towarzyszącymi usługami, a wymagane byłoby wyłącznie podanie jednej ceny całkowitej, wówczas wykonawca mógłby w tak sporządzonym kosztorysie przyjąć jako element kalkulacyjny ceny oferty wartość „0” za szkolenia, ujmując rzeczywiste koszty ponoszone na dany zakres świadczenia w innym elemencie kalkulacji ceny oferty. W świetle powyższego uznał, iż złożona oferta Konsorcjum IT Works S.A. nie zawiera ceny i nie spełnienia, wynikającego z pkt 22 SIWZ oraz art. 2 pkt 1 Pzp, wymogu dotyczącego podania ceny, ponieważ wartości te nie są wyrażone w jednostkach pieniężnych. W związku z tym powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IT Works S.A. zawierającej rażąco niską cenę i w związku z tym stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. W dniu 10.05.2013 r. Konsorcjum IT Works S.A. złożyło wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny zostały także objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy. Zamawiający nie ujawnił i nie udostępnił tej części wyjaśnień pozostałym wykonawcom do wglądu. Zdaniem Odwołującego takiej działania

Zamawiającego nie jest uzasadnione i uniemożliwia pozostałym wykonawcom ocenę czy postępowanie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty zostało przeprowadzone prawidłowo, rzetelnie i zgodnie z wymogami SIWZ. Utajnienie części wyjaśnień powoduje również, że Zamawiający zobowiązany do stosowania zasad przejrzystości, jawności, wybiera ofertę, w której cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest rażąco niska. Takie działanie budzi wątpliwości w zakresie prawidłowości przeprowadzenia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i wnosi o udostępnienie tych wyjaśnień pozostałym wykonawcom. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, że w jego ocenie oferta Konsorcjum IT Works S.A. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Wskazał na wyrok ZA z dnia 23.10.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2660/06. Qumak S.A. podnosił, że Konsorcjum S.A. nie będzie w stanie za 0 zł dostarczyć Zamawiającemu, oczekiwanych zgodnie z § 2 ust 5 wzoru umowy, dodatkowych licencji. Wskazał na wyrokiem SO w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08. Przywołany powyżej wyrok potwierdza, że w realiach rynkowych i z uwzględnieniem zasady konkurencyjności, nie możliwym jest dostarczenie dla Zamawiającego dodatkowych licencji dla użytkowników Aplikacji ITSM, których liczba nie przekroczy 75 szt. licencji dla Operatorów, Administratorów Aplikacji ITSM, o których nowa w ust. 3 pkt. 2 Umowy i zapłaceniu za te dostawy 0 zł. Ponadto Qumak S.A. zarzucił, że oferta wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem sposób określenia ceny za rozszerzenie funkcjonalności systemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) na poziomie 0 zł, w ofercie wybranego wykonawcy, ma na celu utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, co w myśl art 15 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), jest warunkiem uznania takiego działania za stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz wobec nie wykazania spełnienia przez tego wykonawcę wymagań w zakresie art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp. Powyższy zarzut zostaje postawiony przez Odwołującego w konsekwencji zarzutu postawionego w na początku odwołania, odnosnie niezgodności oferty Konsorcjum IT Works S.A. z treścią SIWZ. Zgodnie z zał. nr 1 do odwołania, oferowany przez Konsorcjum IT Works system Atmosfera nie spełnia oczekiwanej przez Zamawiającego funkcjonalności. W związku z tym Qumak S.A. zarzuca, iż w/w Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie oświadczenia, że oferowany przez Konsorcjum przedmiot oferty spełnia wymagania

postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę na orzeczenia KIO, które jednoznacznie wskazują na konieczność podejmowania przez Zamawiającego aktów staranności mających na celu ustalenie wiarygodności informacji przedstawianych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powołał wyrok KIO z dnia 27.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 169/09 oraz wyrok KIO z dnia 18.07.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 683/08.

W świetle powyższego oświadczenie Konsorcjum IT Works S.A. dotyczące spełniania przez spółkę wymogów Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z faktycznymi możliwościami tego wykonawcy. Podkreślił, że w SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie zapewniające wykonanie niniejszego zamówienia tj.: *„9.1.2.1 Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej 2 projekty polegające na wdrożeniu oferowanej Aplikacji ITSM o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto (pięćset tysięcy złotych brutto) dla każdego wdrożenia z osobna. Przedmiot w/w wdrożeń winien obejmować co najmniej 4 z 6 modułów oferowanej aplikacji objętych niniejszym postępowaniem”*. Wobec powyższego wymogu oferowana przez wykonawcę aplikacja miała spełniać wskazane warunki, inaczej nie można by było użyć takiej referencji. Biorąc pod uwagę, że system Atmosfer, który zapewne jest oferowany Zamawiającemu przez Konsorcjum IT Works S.A., nie spełnia wymagań SIWZ oraz wymagań w zakresie wymaganego doświadczenia, oczywistym jest, że doszło do złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp z zał. nr 2 do oferty. Niezależnie zatem od motywów, którymi kierowało się Konsorcjum składając podmiotowe oświadczenia (niebadałość, błąd), skutkiem takiego oświadczenia jest niezgodność oferty z treścią SIWZ i Zamawiający powinien odrzucić ofertę, na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. i art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Pzp lub alternatywnie na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu bezpodstawnego zaniechania odtajnienia ofert Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia oraz Wykazu usług wraz z referencjami. Zamawiający, odmówił Qumak S.A. udostępnienia pełnej treści oferty wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., w szczególności załącznika z opisem oferowanego dla Zamawiającego rozwiązania oraz Wykazu usług wraz z referencjami z zał. nr 4 do, powołując się na zastrzeżenie ich jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Qumak S.A. było to działanie bezprawne, nie znajdujące swojego uzasadnienia w świetle przepisów Pzp. Zdaniem Odwołującego zastrzeżone przez wykonawców dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko tym wykonawcom (mają charakter powszechny), a mają raczej na celu

uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencji. Zdaniem Odwołującego doszło do bezpodstawnego utajnienia oferowanego rozwiązania przez Konsorcjum, gdyż IT Works jest producentem systemu Atmosfera więc dla Qumak S.A. oczywistym jest, że ten system został przez Konsorcjum IT Works zaoferowany.

Odnosząc się natomiast do Wykazu usług wraz z referencjami podnieść należy, że Konsorcjum IT Works S.A. utajniło referencje w zakresie systemu Atmosfera, pomimo iż na stronie WWW IT Works S.A. są one jawnie dostępne dla ogółu - <http://www.itworks.pl/index.php/listy-referencyjne.html>

Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodu z opisu rozwiązania oferowanego przez Konsorcjum IT Works S.A. oraz Wykazu usług i referencji z oferty w/w wykonawcy, na okoliczność potwierdzenia, że oferowany przez Konsorcjum IT Works S.A. system to Atmosfera. Bezsporne jest, że aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy: mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Uwzględniając powyższe zwrócił uwagę na fakt, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy, jak już wyżej zauważono, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu Zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (wyrok KIO z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 338/09).

W niniejszym przypadku Zamawiający zwrócił się do wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienie przyczyn i podstaw utajnienia części technicznej oferty, ale nie zweryfikował prawidłowości tych zastrzeżeń. Wykonawca wskazuje, że badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak uchwała SN z 21.10.2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

Wspomniał, że KIO w wyroku z dnia 26.01.2012 r., sygn. akt: KIO 100/12 stwierdziła, że podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólnikowe oświadczenia wykonawców

w sprawie powodów utajnienia, zaś Zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. W ten sposób gwarantowana jest jawność jako podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zapewniająca rzeczywistą konkurencję przy ubieganiu się o takie zamówienia.

Wykonawca wskazuje, że w oferta wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A. w części oferowanego rozwiązania dla Zamawiającego oraz wykazu usług wraz z referencjami została utajniona bezpodstawnie i może tylko przypuszczać, że faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie była potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert lub innych dokumentów.

Bezwzględnie, w sytuacji, gdy potwierdzi się, że przedmiotem oferty Konsorcjum IT Works S.A. jest system Atmosfera, wówczas ani opis oferowanego rozwiązania ani Wykaz usług nie mogą stanowić tajemnicy, bowiem informacje te były i są dostępne dla publicznej wiadomości, co za tym idzie nie wypełnione zostały przez tego wykonawcę kumulatywne przesłanki z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej warunkujące możliwość zastrzeżenia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Wykonawcy Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął treść oświadczeń Konsorcjum It Works S.A. i bez głębszej analizy uznał, że zastrzeżenia jawności części oferty są prawidłowe. Zastrzeżenie przez Konsorcjum tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu oferowanego przedmiotu oferty oraz wykazu usług wraz z referencjami było nieuprawnione, a dokumenty te jako niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być udostępnione Qumak S.A. Przywołał wyrok ZA z dnia 16.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-49/06.

Zamawiający w dniu 11.06.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Firm: 1) itWorks S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Jana Pawła II 41, 31-864 Kraków, 2) Sprint S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn z adresem do korespondencji: ul. Huculska 6, 00-730 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum itWorks S.A.” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 25.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło pismo procesowe Konsorcjum itWorks S.A. Odnośnie braku legitymacji Odwoływającego do wniesienia odwołania. Zgodnie z treścią art. 179 Pzp środki ochrony prawnej przysługują

wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Jak podkreślił w orzecznictwie, legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w niniejszym przepisie, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania. Niezbędne jest zatem wykazanie przez Odwołującego zaistnienia obu przesłanek z ww. przepisu, tj. po pierwsze winien on wykazać, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, po drugie zaś - iż poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W niniejszym postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, z których jedynie oferta Przystępującego mieści się w kwocie, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia - 2 272 690,68 zł, niniejsze szczegółowo zilustrował w tabeli. Odwołujący złożył ofertę z ceną 2 339 246,04 zł, plasując się na pozycji trzeciej w rankingu cenowym. W wyniku dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji złożonych ofert, wykonawca znajdujący się na pozycji drugiej w rankingu cenowym - Enigma, został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona. Cena zaoferowana przez Qumak S.A. przekracza budżet Zamawiającego przewidziany na realizację zamówienia. Ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania nie doprowadzi do zawarcia umowy z odwołującym, ale do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4. Tym samym Odwołujący się - Qumak S.A. nie wykazał jakoby poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku zarzucanego naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania (w ocenie Przystępującego - niezasadnych), nie może prowadzić do zawarcia przez Zamawiającego umowy z Odwołującym, a tym samym do uzyskania przez Qumak S.A. przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji stwierdził, iż Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 Pzp, co winno skutkować oddaleniem odwołania. Stanowisko Przystępującego potwierdzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe w analogicznych sprawach. Przywołał wyrok w sprawie KIO 1154/11, gdzie Izba stwierdziła, iż wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym. W powołanej sprawie cena oferty odwołującego przekraczała budżet Zamawiającego przeznaczony na realizację zamówienia. Wobec oświadczenia umocowanego przedstawiciela Zamawiającego, iż nie jest możliwe podwyższenie środków na realizację zamówienia Izba ustaliła, iż zawarcie umowy z odwołującym nie byłoby więc możliwe (uwzględnienie zarzutów doprowadziłoby bowiem do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp) i w konsekwencji oddaliła odwołanie. Przywołał także wyrok z dnia 18.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 542/08.

Względem zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty nieodpowiadającej treścią SIWZ. Odwołujący stawia zarzut, iż oferta Przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ, opierając się przy tym jedynie na przypuszczeniu, że oferowany przez Przystępującego system to Atmosfera. Odwołujący podnosi także lakonicznie, iż Konsorcjum itWorks S.A. „nie będzie w stanie spełnić oczekiwań Zamawiającego wskazanych we wzorze umowy do SIWZ”. Nie wskazuje jednak które konkretnie - zdaniem Przystępującego - oczekiwania Zamawiającego wskazane we wzorze umowy nie mogłyby zostać spełnione. Mając na względzie, że zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, tak postawiony zarzut nie spełnia powyższych przesłanek i winien zostać oddalony, zważywszy, że uzupełnienie braków odwołania na rozprawie jest niedopuszczalne, z uwagi na upływ terminu określonego w art. 182 Pzp. Przystępujący wnosił o oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków wskazanych w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa zał. nr 2 do odwołania.

Wniosek powyższy uzasadniają następujące okoliczności:

- 1) za niedopuszczalny należy uznać wniosek dowodowy, którego treść zostaje utajniona przez uczestnika postępowania - przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. Nr 48, poz. 280) wyraźnie wskazują w jakich sytuacjach można powoływać się na tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów np. § 8 ust. 3, § 23. Jednak żaden przepis nie pozwala na utajnienie wniosku dowodowego ani też samego dowodu w zakresie treści zeznań świadków, co wydaje się oczywiste biorąc pod uwagę fakt, że takie rozwiązanie naruszyłoby zasadę równego traktowania wszystkich stron i uczestników postępowania odwoławczego i uniemożliwiłoby Przystępującemu jakąkolwiek obronę;
- 2) skoro Odwołujący się opiera się jedynie na przypuszczeniu, co do treści oferty Przystępującego, to tym samym stosownej wiedzy nie będą mieli świadkowie; ich zeznania będą zatem całkowicie nieprzydatne do wykazania tezy zawartej w odwołaniu;
- 3) dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Wskazani przez Odwołującego świadkowie nie mogą mieć bowiem wiedzy (i nie mogą potwierdzić), czy zaoferowane przez Konsorcjum itWorks S.A. rozwiązanie jest zgodne z treścią SIWZ. W uzupełnieniu zastrzeżenia zawartego w pkt 3) należy zauważyć, że oferowane przez Wykonawcę standardowe rozwiązania są nierzadko modyfikowane na potrzeby konkretnego zamówienia, w zależności od oczekiwań i potrzeb Klienta. Tak też jest w niniejszym postępowaniu - oferta Wykonawcy jest zindywidualizowana na potrzeby Zamawiającego. Należy podkreślić, że przedmiot

zamówienia obejmuje zaprojektowanie, dostarczenie i wdrożenie Systemu ITSM o określonych przez Zamawiającego funkcjonalnościach. Jeśli więc nawet wskazane przez Odwołującego w załączniku nr 2 do odwołania osoby są użytkownikami jednego z oferowanych przez Wykonawcę na rynku systemów, nie oznacza to, iż posiadają wiedzę na temat rozwiązania zaoferowanego przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący zwrócił również uwagę, że Odwołujący powołuje - jako alternatywny - dowód nieznaną ustawie, jak i procedurze cywilnej, tj. o przeprowadzenie dowodu z zeznań osób wskazanych w Załączniku nr 2 do odwołania poprzez potwierdzenie przez te osoby okoliczności wskazanych w wykazie z Załącznika nr 1 do odwołania, poprzez kontakt telefoniczny z poszczególnymi osobami z niniejszej listy.

Względem zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty niezgodnej z SIWZ oraz Pzp w związku z art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Wbrew stanowisku Odwołującego, oferta Konsorcjum itWorks S.A. zawierająca w odniesieniu do jednej z grup *„rozszerzenie funkcjonalności systemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu”* cenę 0 zł (cena P 2) jest zgodna z SIWZ oraz Pzp.

Odnosnie - ceny 0 zł wobec treści Pzp w zw. z ustawą o cenach. W myśl art. 2 pkt 1 pzp, przez cenę należy rozumieć cenę w znaczeniu nadanym ustawą z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r., nr 97, poz. 1050 ze zm.), tj. w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 niniejszej ustawy. Cena oznacza zatem *„wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”*. Cena 0 zł odpowiada więc tak zdefiniowanemu pojęciu ceny. „0” stanowi określoną wartość, którą Przystępujący wyraził w jednostkach pieniężnych, tj. złotych. Na potwierdzenie przywołał wyrok w sprawie KIO/UZP 496/10. Podanie zatem wartości „0 zł” w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego, wyczerpuje wymóg podania ceny. Nieuzasadniony pozostaje więc zarzut Odwołującego o braku podania w ofercie ceny w jednostkach pieniężnych stanowiący o niezgodności oferty z Pzp. Wskazał także na wyrok z dnia 03.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2725/11.

Odnosnie - Cena 0 zł a odpłatność umowy. Odwołujący zarzucił, iż prace konsorcjum itWorks S.A. dotyczące rozszerzenia funkcjonalności systemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu, za które Konsorcjum zaoferowało cenę 0 zł, stanowiłyby darowiznę, a nie realizację zamówienia publicznego, przez które należy rozumieć umowę odpłatną wobec czego oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona jako niezgodna z ustawą Pzp. Zwrócił uwagę, że prawo opcji stanowi część składową danego zamówienia publicznego, nie jest zaś odrębnym zamówieniem (np. KIO 1897/12). Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP (wyrażonym w opinii zamieszczonej na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)),



prace objęte prawem opcji wchodzą w skład tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia, o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający przewidział określone środki finansowe. Skorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji następuje w ramach tego samego zamówienia publicznego. Wykonanie prawa opcji- w odróżnieniu od zamówień uzupełniających - nie wymaga zawarcia odrębnej, dodatkowej umowy ani też zmiany dotychczasowej umowy i - jeśli chodzi o formę prawną - następuje poprzez złożenie przez Zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji. Przywołał wyrok KIO z dnia 28.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2246/10. Biorąc zatem pod uwagę, że za realizację zamówienia Konsorcjum itWorks S.A. zaproponowało cenę 1 530 120,00 zł, oferta Konsorcjum nie mogła zostać uznana za sprzeczną z Pzp i podlegającą odrzuceniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania umowa nie stanowiłaby umowy darowizny, ale umowę o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu Pzp. Spełniałaby bowiem wszystkie warunki konieczne do uznania jej za zamówienie publiczne w rozumieniu Pzp, w tym warunek odpłatności umowy.

Odnosnie - Cena 0 zł a treść SIWZ. Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający postawił wymóg podania ceny w odniesieniu do wszystkich, wskazanych w pkt 22.4. SIWZ trzech grup, tj. 1) za system ITSM zapewniający równoczesny dostęp dla min. 30 administratorów, 2) za rozszerzenie funkcjonalności systemu o równoczesny dostęp do 105 użytkowników, 3) za świadczenie usług opieki serwisowej. Wymóg ten został przez Konsorcjum itWorks S.A. spełniony. Również w zakresie obszaru „*rozszerzenie funkcjonalności systemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu*”, Konsorcjum itWorks S.A. zaproponowało cenę wyrażoną w jednostkach pieniężnych, a więc odpowiadającą definicji ceny z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, do której odsyła art. 2 ust. 1 Pzp. Jednocześnie - o czym mowa także w pkt 2.4. pisma - sporządzona przez Zamawiającego SIWZ nie zawiera postanowień, które wykluczałyby możliwość zaoferowania za którykolwiek z elementów zamówienia ceny „0 zł”. Ponadto, jak wynika z pkt 21.2 SIWZ, ceną oferty jest cena wskazana w formularzu oferty, którą - zgodnie z pkt 21.1. SIWZ, wykonawcy winni byli wyrazić w złotych i groszach. Zgodnie zaś z wyjaśnieniem znajdującym się przy pozycji w formularzu oferty „*cena razem brutto*”, pozycja ta stanowić miała sumę wszystkich pozycji w kolumnie 9. W kolumnie 9 formularza ofertowego Przystępującego znajdują się następujące pozycje: 1500 600,00 zł, 0,00 zł oraz 29 520,00 zł. Suma niniejszych pozycji wynosi 1 530 120,00 zł i taka też kwota została wskazana w pozycji „*cena razem brutto*”. Jak więc wynika z powyższego, oferta Konsorcjum itWorks S.A. zawiera cenę w rozumieniu art. 2 ust. 1 pzp w zw. z art. 3 pkt 2 ustawy o cenach, tym samym jest zgodna z ww. przepisami, a także z treścią SIWZ. Brak zatem było podstaw do odrzucenia przedmiotowej oferty przez

Zamawiającego. Ponadto, niezrozumiałym pozostaje, w jaki sposób zaoferowanie przez Konsorcjum itWorks S.A. ceny 0 zł za rozszerzenie funkcjonalności systemu o równoczesny dostęp do 105 użytkowników, miałyby implikować sugerowane przez Odwołującego problemy z rozliczeniem tej części zamówienia, w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji. W szczególności, trudno stwierdzić, w jaki sposób zaproponowana cena 0 zł uniemożliwiłaby realizację zamówienia w zakresie prawa opcji zgodnie z powołanym przez Odwołującego postanowieniem wzoru umowy dotyczącym tego zakresu zamówienia.

Odnosnie - Obliczenia ceny. Odwołujący zarzuca, iż stosując wzór do obliczenia punktacji z pkt 22 SIWZ nie sposób uzyskać wyniku matematycznego po podstawieniu „0”, w związku z tym niemożliwym było przyznanie Konsorcjum itWorks S.A. 45 punktów za cenę w zakresie grupy „P 2”, stosując takie same kryteria oceny ofert, jak wobec pozostałych wykonawców. Po pierwsze należy wskazać, że „0” jest wynikiem matematycznym. Natomiast nawet przyjmując, że Konsorcjum itWorks - jak twierdzi Odwołujący - za obszar objęty ceną „P 2” nie powinien otrzymać żadnych punktów, nie miałyby to wpływu na wynik postępowania. W razie uzyskania przez Przystępującego w zakresie grupy „P 2” 0 punktów, Przystępujący uzyskałby łącznie 53,7 punktów. Z takim wynikiem nadal znajdowałby się na pierwszej pozycji w rankingu cenowym. Oferty pozostałych Wykonawców uzyskały bowiem następującą liczbę punktów: oferta Odwołującego- 38 pkt, oferta konsorcjum Asseco/Motymo - 33,15 pkt. Jak wynika z powyższego, nie sposób uznać, że zaoferowanie przez Konsorcjum itWorks S.A. ceny dla grupy „P 2” w wysokości 0 zł jest sprzeczne z SIWZ, jak twierdzi Odwołujący. Jak podnoszono, Zamawiający w SIWZ nie zawęził pojęcia ceny za poszczególne grupy - P 1, P 2 i P 3 wyłącznie do wartości dodatnich, a także nie zastrzegł skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty z powodu podania w odniesieniu do którejkolwiek z tych grup wartości „0 zł”.

Względem zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IT Works S.A. zawierającej rażąco niską cenę i w związku z tym stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podnosi zarzut nieuzasadnionego zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum itWorks S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, a ponadto, zaniechania odrzucenia przedmiotowej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odnosnie - zaniechania odtajnienia wyjaśnień. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, 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 one być udostępniane, przy czym – zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp, Wykonawca nie może zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Zgodnie

z utrwalonym orzecznictwem KIO (np. KIO 1936/11), "informacje dotyczące ceny", o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp upubliczniane są w trakcie jawnego otwarcia ofert, a zatem dotyczą informacji zawartych w ofertach. Natomiast składane w trybie art. 90 Pzp wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane są w trakcie badania ofert przez zamawiającego, a więc nie stanowią części oferty. Ponadto składane są w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które nie ma charakteru obligatoryjnego. Ustawodawca nie wyłączył więc możliwości zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Informacje zawarte w Wyjaśnieniach Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i nie jest możliwe uzyskanie ich w zwykłej dozwolonej drodze. Dane zawarte w Wyjaśnieniach odnoszą się m.in. do „Koncepcji zaoferowanego rozwiązania”- Zał. nr 7 do oferty, który także została zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące koncepcji zaoferowanego rozwiązania mają dla Konsorcjum itWorks S.A. szczególne znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. W wyjaśnieniach znajdują się także informacje o charakterze organizacyjnym, dotyczące kosztów, w tym kosztów osobowych, które stanowią cenne źródło informacji dla firm konkurencyjnych. Wykonawca podjął także działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji. Spółka itWorks S.A. stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji m.in. poprzez odpowiednie zapisy w regulaminach pracy, umowach o pracę oraz umowach o zakazie konkurencji. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa Spółki co do zasady nie są ujawniane m.in. żadne informacje dotyczące zawartych umów i ich realizacji oraz know-how. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Konsorcjum itWorks S.A. przysługiwało uprawnienie do zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny jako poufnych. Tym samym, nieodtajnienie przez Zamawiającego przedmiotowych wyjaśnień Przystępującego było w pełni uprawnione i uzasadnione oraz nie naruszyło wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp.

Oдноśnie - rażąco niskiej cena. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 10 maja 2013 r. (zastrzeżonym jako poufne z uwagi na zawarte w nim informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy), Przystępujący przedstawił kalkulację kosztów związanych z realizacją zamówienia w kontekście zaproponowanej ceny oferty. Przystępujący podtrzymuje stanowisko zawarte w ww. piśmie. Przedstawił różnice w zaproponowanych cenach w zestawieniu. Zaoferowana przez Konsorcjum itWorks S.A. w przedmiotowym postępowaniu cena jest ceną całkowicie realną, zapewniającą zgodną z wymaganiami Zamawiającego realizację zamówienia, uwzględniającą wszystkie koszty

jego wykonania, a także rezerwę na ewentualne koszty dodatkowe, które mogą się wiązać z realizacją zamówienia, oraz planowany do osiągnięcia zysk. W szczególności, zaofiarowanie za jeden z elementów zamówienia ceny 0 zł wynikało ze stosowanego przez Przystępującego i powszechnie praktykowanego na rynku modelu licencjonowania, nie miało zaś na celu utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Tym samym, oferta Przystępującego nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji. Brak było zatem podstaw do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp.

Względem zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz wobec nie wykazania spełnienia przez tego wykonawcę wymagań w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosnie - nieprawdziwych informacji. Odwołujący stawia zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp z Załącznika nr 2 do oferty. Niniejszy zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutu z pkt 1 odwołania dotyczącego niezgodności oferty Konsorcjum itWorks S.A. z treścią SIWZ. Norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nakazuje zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przy czym, jak podkreśla się w orzecznictwie, ww. przesłanka wykluczenia wymaga uzyskania przez Zamawiającego ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca nie podał prawdziwych informacji. Zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp, dowód zaistnienia wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp spoczywa na tym, kto ze swego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. W przedmiotowej sprawie to Odwołujący winien zatem wykazać, iż wobec Przystępującego zaistniały przesłanki wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, czego Odwołujący nie uczynił. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (np. KIO 2817/12), zaistnienie przesłanek wykluczenia z postępowania z powołanego powyżej przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp, nie zostaną zachowane.

Odnosnie - warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W zakresie warunków wiedzy i doświadczenia Zamawiający postawił wymóg legitymowania się realizacją w okresie ostatnich trzech lat co najmniej dwóch projektów polegających na wdrożeniu Aplikacji ITSM o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto dla każdego wdrożenia osobno. Ponadto,

przedmiot tych wdrożeń winien obejmować co najmniej 4 z 6 modułów oferowanej aplikacji objętych przedmiotowym zamówieniem. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku, wykonawcy mieli obowiązek załączenia do oferty wykazu zrealizowanych usług ze wskazaniem modułów wdrożonego rozwiązania, daty wykonania oraz wartości projektu. Odwołujący stawia lakoniczny zarzut niespełniania przez oferowany - zdaniem Odwołującego- system Atmosfera warunku w zakresie doświadczenia. Wskazuje ponadto, iż biorąc pod uwagę, że zaoferowany system nie spełnia wymogów SIWZ oraz warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pzp z zał. nr 2 do oferty. Ww. zarzuty są nieuzasadnione. Po pierwsze należy wskazać, iż Odwołujący nie precyzuje, w jakim zakresie warunek wiedzy i doświadczenia rzekomo nie został spełniony - wartości projektu czy też ilości wdrożonych modułów? Po drugie, na potwierdzenie powyższego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazuje, iż zaoferował system zawierający wymagane przez Zamawiającego moduły, zgodnie z pkt 2 części II SIWZ - OPZ, tj. 1) Zarządzanie Incydentami oraz Zapytaniem o usługę, 2) Zarządzanie Problemami, 3) Zarządzanie Zmianą, 4) Zarządzanie Konfiguracją oraz Bazą Konfiguracji (CMDB), 5) Zarządzanie Poziomem Usług, 6) Zarządzanie Bazą Wiedzy W ramach obu wskazanych w wykazie zrealizowanych usług projektów, Przystępujący wdrożył system zawierający co najmniej cztery spośród sześciu ww. modułów, spełniając postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, jak też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2Pzp.

Względem zarzutu bezpodstawnego zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum 1T Works S.A. w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia oraz Wykazu usług wraz z referencjami. Na wstępie Przystępujący podnosi, iż powołanie ww. zarzutu na obecnym etapie należy uznać na spóźnione, wobec czego zarzut ten nie powinien być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Zgodnie z wyrażonym w orzecznictwie poglądem, termin na zaskarżenie zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa biegnie od dnia otwarcia ofert, a przyjmując bardziej liberalną wykładnię art. 182 Pzp - od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o decyzji Zamawiającego o utrzymaniu w mocy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy (np. KIO 840/12, KIO 180/13). Jak wynika z dokumentacji postępowania, oferty wykonawców złożonych w przedmiotowym postępowaniu zostały Odwołującemu udostępnione w dniu 25 kwietnia 2013 r. - jednakże wobec odmowy przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu części niejawnych ofert, przedstawiciel Odwołującego

zapoznał się z ofertami wykonawców z wyłączeniem części zawierających zastrzeżone przez nich jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje. Termin na zaskarżenie przez Odwołującego czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odtajnienia niejawną część oferty Konsorcjum itWorks S.A., zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, upłynął zatem w dniu 06.05.2013 r. (dzień 05.05.2013 r. przypadła bowiem w niedzielę). Odwołujący, wnosząc odwołanie od ww. czynności dopiero w dniu 10.06.2013 r., uchybił terminowi, o którym mowa powyżej. W konsekwencji przedmiotowy zarzut nie powinien być merytorycznie rozpoznawany przez Izbę. Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej Przystępujący podnosi, jak poniżej. Przystępujący zastrzegł jako poufne m.in. informacje zawarte w zał. nr 4 i 7 do oferty - odpowiednio: Wykaz usług wraz z referencjami oraz „Konceptję oferowanego przez Wykonawcę systemu ITSM”. Informacje te - zgodnie z treścią pisma Wykonawcy z dnia 18.04.2013 r., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, a wykonawca podjął wskazane w przedmiotowym piśmie czynności zmierzające do zachowania ich poufności. Powyższe zastrzeżenie było więc w pełni uprawnione, a tym samym decyzja Zamawiającego o nieodtajnieniu tej części oferty Zamawiającego nie naruszała przepisów Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nawet jeśli przedmiotem oferty Przystępującego byłby system Atmosfera, opis oferowanego rozwiązania może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (np. KIO 2201/12). W oparciu o Opis przedmiotu zamówienia, wykonawcy mogli zaproponować różne rozwiązania techniczne, spełniające szczegółowe warunki określone przez Zamawiającego. Zał. nr 7 do oferty zawiera szczegółowe informacje dotyczące zarówno oferowanego systemu, w tym dane techniczne i technologiczne (architektura logiczna i techniczna systemu, specyfikacja platformy sprzętowej i systemowej systemu), jak też informacje dotyczące sposobu realizacji zamówienia, takie jak koncepcję migracji danych - które to informacje nie były i nie są dostępne dla publicznej wiadomości. Jak wskazywano, oferowane rozwiązanie miało charakter dedykowany. Powstało na potrzeby niniejszego postępowania. Informacje zawarte w przedmiotowej części oferty Przystępującego mogą być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji, ukierunkowanym na pozyskanie zawartych tam danych do celów własnych, stąd ochrona tych informacji jest uzasadniona. „Konceptja oferowanego rozwiązania” jest wytworem autorskim, zawiera informacje techniczne i posiada wartość gospodarczą. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że zaproponowane przez Przystępującego rozwiązanie jest najtańsze spośród wszystkich zaoferowanych w niniejszym postępowaniu i choćby z tego powodu posiada niewątpliwie wartość gospodarczą. Zaproponowane rozwiązanie stanowi know-how Wykonawcy, dzięki któremu jest on konkurencyjny wobec pozostałych wykonawców, którzy złożyli droższe oferty. Informacje zawarte w „Konceptji oferowanego przez Wykonawcę systemu ITSM” mogą stanowić (i dla Przystępującego stanowią) tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazuje, iż stanowisko Odwołującego jest pozbawione logicznej konsekwencji - sam bowiem utajnił koncepcję oferowanego rozwiązania, a podobnego prawa odmawia Przystępującemu. Za chybiony należy również uznać zarzut nie wywiązania się przez Zamawiającego w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków i bezkrytyczne oraz bez głębszej analizy przyjęcie treści oświadczeń Przystępującego dotyczące zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji. Jak podkreśla się w orzecznictwie (np. KIO 2202/12), przepis art. 8 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie nakłada na zamawiającego każdorazowo obowiązku zwracania się do wykonawców o podanie powodów utajnienia oznaczonych dokumentów oferty. Jeżeli zamawiający uznaje prawo wykonawcy do nieujawniania treści zastrzeżonego dokumentu - nie musi zasięgać w tym względzie stanowiska zainteresowanego podmiotu. Ponadto, należy podnieść, iż przesłanki odtajnienia oferty zostały określone ustawowo i nie należy do nich żądanie odtajnienia w celu umożliwienia sprawdzenia poprawności ofert konkurencyjnych, który to argument podnosi Odwołujący. W odniesieniu do Wykazu usług wraz z referencjami aktualne pozostają wyjaśnienia Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 18.04.2013 r., załączonego do oferty. Ponadto, Przystępujący kwestionuje twierdzenie Odwołującego jakoby Przystępujący ujawnił na swojej stronie internetowej referencje zastrzeżone przez niego przy składaniu oferty jako poufne, które rzekomo mają być dostępne dla ogółu. Wśród referencji zamieszczonych na stronie internetowej wykonawcy, brak jest bowiem tych załączonych przez Przystępującego do oferty. Referencje te także nigdy wcześniej nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej w jakikolwiek inny sposób. Na potwierdzenie powyższego załączył dowody - zrzuty ekranowe ze strony internetowej itWorks S.A. ([www.itworks.pl](http://www.itworks.pl)) - na okoliczność nieudostępnienia przez Przystępującego do wiadomości publicznej referencji załączonych do oferty. W konsekwencji, Przystępujący wnosił o oddalenie wniosku dowodowego Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opisu rozwiązania oferowanego przez Konsorcjum itWorks S.A. oraz Wykazu usług i referencji z oferty Przystępującego.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, odpowiedziami na pytania (dwa pisma z dnia 26.03.2013 r.), zmiana postanowień SIWZ z dnia 26.03.2013 r., protokołem Komisji Przetargowej z dnia 05.03.2013 r., ofertą Przystępującego, jawnymi wyjaśnieniami z dnia 18.04.2013 r.**

dołączonym przez Przystępującego do oferty w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec niektórych załączników w ofercie, zał. Nr 1 – formularzem ofertowym, zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa zał. Nr 4, 5 i 7 do oferty, wezwaniem Zamawiającego z dnia 10.05.2013 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanym do Przystępującego, stosownymi wyjaśnieniami z dnia 14.05.2013 r. (częścią jawną i zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa), wezwaniem Zamawiającego z dnia 06.05.2013 r. w trybie art. 90 ust.1 Pzp skierowanym do Przystępującego, stosownymi wyjaśnieniami z dnia 10.05.2013 r. (zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa), pismem Zamawiającego z dnia 19.04.2013 r. dot. udostępnienia do wglądu dokumentów Odwołującemu wraz z jego adnotacją z dnia 25.04.2013 r. oraz pismem Zamawiającego z dnia 04.06.2013 r. dot. udostępnienia do wglądu dokumentów Odwołującemu wraz z jego adnotacją z dnia 05.06.2013 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31.05.2013 r., odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem, pismem Przystępującego wraz z załącznikiem, odpowiedzią na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, protokołem z postępowania z 2012 r. o sygn. COI-ZZAK.3201.13.2012 złożonym na rozprawie przez Zamawiającego, zrzutami stron internetowych 4 firm: IBM, QSL, MMGEO oraz Microsoft złożonymi przez Przystępującego na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 07.03.2013 r., czyli po dniu 20.02.2013 r., tj. wejściu w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu złożonych ofert, zaraz po ofercie najkorzystniejszej, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Nadto, w tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i jego argumentacje z rozprawy. Przedstawione na rozprawie oraz w ramach odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego ma charakter przedwczesny. Złożona na rozprawie oraz w ramach odpowiedzi na odwołanie deklaracja, o konieczności unieważnienia postępowania



w wypadku wyboru oferty Odwołującego, z uwagi na brak środków, można jedynie rozpatrywać jako wstępną deklarację wymagającą potwierdzenia, w konkretnych okolicznościach faktycznych. Nie można również zapomnieć, że jeśli nawet w ostatecznym rozrachunku Zamawiający podjąłby taką jak deklarowana decyzja i unieważnił postępowanie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, Wykonawcy wybranemu, którego oferta cenowa przekraczałaby środki, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, przysługiwałaby środek ochrony prawnej. Nadto, Zamawiający nie udowodnił w sposób obiektywny braku środków na ewentualne pokrycie różnicy, samo uprawdopodobnienie np. poprzez dowód w postaci protokołu z postępowania z 2012 r. o sygn. COI-ZZAK.3201.13.2012 złożonego na rozprawie przez Zamawiającego jest niewystarczające.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1395/13, postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, odpowiedzi na pytania (dwa pisma z dnia 26.03.2013 r.), zmiany postanowień SIWZ z dnia 26.03.2013 r., protokołu Komisji Przetargowej z dnia 05.03.2013 r., oferty Przystępującego, jawnych wyjaśnień z dnia 18.04.2013 r. dołączonych przez Przystępującego do oferty w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec niektórych załączników w ofercie, zał. Nr 1 – formularza ofertowego, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zał. Nr 4, 5 i 7 do oferty, wezwania Zamawiającego z dnia 10.05.2013 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanego do Przystępującego, stosownych wyjaśnień z dnia 14.05.2013 r. (części jawnej i zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa), wezwania Zamawiającego z dnia 06.05.2013 r. w trybie art. 90 ust.1 Pzp skierowanego do Przystępującego, stosownych wyjaśnień z dnia 10.05.2013 r. (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), pisma Zamawiającego z dnia 19.04.2013 r. dot. udostępnienia do wglądu dokumentów Odwołującemu wraz z jego adnotacją z dnia 25.04.2013 r. oraz pisma Zamawiającego z dnia 04.06.2013 r. dot. udostępnienia do wglądu dokumentów Odwołującemu wraz z jego adnotacją z dnia 05.06.2013 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31.05.2013 r., odwołania, przystąpienia, pisma Przystępującego wraz z załącznikiem (zrzutami ekranowymi ze strony internetowej itWorks S.A. – [www.itworks.pl](http://www.itworks.pl)), odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego, protokołu z postępowania z 2012 r. o sygn. COI-ZZAK.3201.13.2012 złożonego na rozprawie przez Zamawiającego oraz zrzutów stron internetowych 4 firm: IBM, QSL, MMGEO oraz Microsoft złożonych przez Przystępującego na rozprawie.

Izba oddaliła wnioski dowodowe Odwołującego o przeprowadzenie dowodu w trybie art. 190 ust. 3 Pzp z zeznań świadków wskazanych w zał. nr 2 do odwołaniu, uznając że niniejszy dowód został powołany dla zwłoki biorąc pod uwagę, że ich zeznania dotyczyłyby systemu przez nich użytkowanego na potrzeby instytucji w ramach których są zatrudnieni, a nie systemu zaoferowanego Zamawiającemu na jego potrzeby. Nadto, Izba podnosi, że Pzp nie zna instytucji świadka incognito, a właściwie świadka anonimowego (Odwołujący zastrzegł dane osobowe świadków jako tajemnicę przedsiębiorstwa w ramach zał. Nr 2 do odwołania, z uwagi na obowiązujące ich zobowiązanie do zachowania poufności o procedury bezpieczeństwa). Wniosek alternatywny – potwierdzenie okoliczności wskazanych w wykazie z zał. Nr 1 do odwołania, poprzez kontakt telefoniczny z poszczególnymi osobami wskazanymi w zał. Nr 2 do odwołania, Izba oddaliła z tych samych względów co wniosek główny, podnosząc, że telefoniczne przesłuchanie budzi wątpliwości także natury faktycznej, gdyż brak byłoby możliwości potwierdzenia tożsamości osób z którymi prowadzona jest rozmowa, byłoby to istotne również z punktu widzenia zastrzeżenia tożsamości zawnioskowanych osób. Powyższe skutkuje także nie uznaniem jako dowodu w sprawie zał. Nr 1 do odwołania, gdyż stanowi ów załącznik element wskazanego powyżej wniosku alternatywnego i może być co najwyżej uznany jako wybiórczy, niczym nie potwierdzony, wobec złożenia przez Przystępującego w ofercie wykazu wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności obejmującego także zakwestionowane w zał. Nr 1 do odwołania, element argumentacji Odwołującego. Powyższe także Izba rozpatrywał w kontekście dedykowanego charakteru systemu, który należy stworzyć na potrzeby Zamawiającego.

Podobnie oddaleniu podlega wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opisu rozwiązania oferowanego oraz wykazu usług i referencji, na okoliczność, że zaoferowano system Atmosfera, wraz z przyjętą „z góry tezą”, że samo potwierdzenie tej okoliczności czyni zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa błędnym. Niewątpliwie bowiem mamy do czynienia z systemem, który powstanie „na potrzeby” danego Zamawiającego, w konsekwencji założona teza jest zbyt daleko idąca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zgodnie z protokołem Komisji Przetargowej z dnia 05.03.2013 r. wartość szacunkowa niniejszego zamówienia – 1.847.716 zł netto (459.676, 58 euro). Wartość zamówienia podstawowego – 1.339.191,00 zł netto (333.165, 24 euro). Wartość prawa opcji – 508.525,00 zł netto (126.511,34 euro). W ramach części II SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający podał następujące kody CPV:

„Pakiety oprogramowania i systemy informatyczne	- kod CPV: 48000000 -8
Usługi wdrożenia oprogramowania	- kod CPV: 72263000-6.
Usługi konfiguracji oprogramowania	- kod CPV: 72265000-0.
Serwery	-kod CPV: 48820000-2.”

Nadto stwierdził również, że: „Przedmiotem zamówienia jest realizacja projektu obejmująca swym zakresem zaprojektowanie, dostarczenie i wdrożenie przez Wykonawcę Systemu ITSM, wspierającego obsługę procesów ITIL® zgodnie z zestawieniem i na zasadach określonych szczegółowo poniżej oraz cz. III SIWZ”. Dodatkowo Zamawiający określił definicje m.in.: ppkt 2, 23, 24 i 39: „**Aplikacja ITSM** - oprogramowanie użytkowe pozwalające na implementację procesów ITIL® oraz funkcjonalności CMDB, Bazy Wiedzy za pomocą odpowiednich modułów, wraz z niezbędnymi do prawidłowego działania oprogramowania plikami konfiguracyjnymi, (...)”

**Oprogramowanie** – Aplikacja ITSM oraz Oprogramowanie standardowe,

**Oprogramowanie standardowe** – oprogramowanie nie będące Aplikacją ITSM, niezbędne do funkcjonowania Systemu, w szczególności oprogramowanie bazodanowe, systemowe oraz aplikacyjne, (...)”

**System ITSM (System)** - oznacza Sprzęt, Oprogramowanie Standardowe oraz Aplikację ITSM zainstalowane i sparametryzowane w Środowisku produkcyjnym i testowym w sposób umożliwiający pracę w Systemie Użytkownikom, Operatorom oraz Administratorom, (...)”.

Z kolei w pkt 2 cz. II SIWZ stwierdził Zamawiający, że: „Przedmiotem zamówienia jest realizacja Projektu obejmująca swym zakresem zaprojektowanie, dostarczenie i Wdrożenie przez Wykonawcę Systemu ITSM, wspierającego obsługę następujących procesów ITIL®:

- 1) Zarządzanie Incydentami oraz Zapytaniem o usługę
- 2) Zarządzanie Problemami
- 3) Zarządzanie Zmianą
- 4) Zarządzanie Konfiguracją wraz z Bazą konfiguracji (CMDB)
- 5) Zarządzanie Poziomem Usług
- 6) Zarządzanie Bazą Wiedzy

Realizacja Projektu odbywać się będzie zgodnie z Harmonogramem - z pkt.5 OPZ. W ramach Projektu Wykonawca dostarczy Zamawiającemu Produkty opisane w pkt. 4 OPZ,

zgodne z wymaganiami funkcjonalnymi oraz нефункциональными określonymi w pkt. 3 OPZ. W ramach Systemu ITSM Wykonawca dostarczy Zamawiającemu Sprzęt, Aplikację ITSM oraz Oprogramowanie standardowe wraz z wszystkimi wymaganymi licencjami niezbędnymi do prawidłowego działania Systemu zgodnie z określonymi w pkt. 3 Wymaganiami funkcjonalnymi oraz нефункциональными oraz pozostałe Produkty Projektu, na warunkach określonych we Wzorce umowy.”. Następnie w pkt 3 przedstawił - Wymagania dla Systemu ITSM. Stwierdził, że: „System ITSM musi spełniać wszystkie wymagania funkcjonalne w niniejszym punkcie”. W pkt 6 przedstawiono podstawowe zasady przygotowania Koncepcji oferowanego Systemu ITSM. Wzór umowy stanowił cz. III SIWZ.

Zamawiający określił, że zgodnie z pkt 9 SIWZ. Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu: „9.1 Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne musi spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu wynikające z art. 22 ust. 1 ustawy: (...) 9.1.2 posiadać wiedzę i doświadczenie zapewniające wykonanie niniejszego zamówienia tj.: 9.1.2.1 Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej 2 projekty polegające na wdrożeniu oferowanej Aplikacji ITSM o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł. brutto (pięćset tysięcy złotych brutto) dla każdego wdrożenia z osobna. Przedmiot w/w wdrożeń winien obejmować co najmniej 4 z 6 modułów oferowanej aplikacji objętych niniejszym postępowaniem.”. Nadto, według pkt 9.4.2 SIWZ W celu oceny spełnienia warunku opisanego w pkt. 9.1.2 SIWZ Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć następujące dokumenty: „9.4.2.1 wykaz wykonanych/ wykonywanych głównych usług z uwzględnieniem usług określonych w pkt. 9.1.2. SIWZ w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. 9.4.2.2 dowody, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w tym:

a.) poświadczenie wydane przez odbiorcę usług wskazanych w wykazie o którym mowa w pkt 9.4.2.1 SIWZ, w przypadku usług o charakterze okresowym lub ciągłych, które na dzień upływu terminu składania ofert są nadal wykonywane poświadczenie winno być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

b.) oświadczenie Wykonawcy składającego ofertę – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 9.4.2.2 lit. a) SIWZ W przypadku, gdy podmiotem na rzecz, którego zostały wykonane usługi wskazane w wykazie o którym mowa w pkt 9.4.2.1 SIWZ był Zamawiający, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w pkt. 9.4.2.2 SIWZ”. Zamawiający określił w pkt 13.3 SIWZ Zawartość oferty: „ (...)

- 13.3.1 wypełniony Formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ;
- 13.3.2 załącznik nr 2 do SIWZ obejmujący oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust.1 ustawy;
- 13.3.3 załącznik nr 3 do SIWZ obejmujący oświadczenie Wykonawcy o nie podleganiu wykluczeniu wynikających z art. 24 ust. 1 ustawy;
- 13.3.4 załącznik nr 4 do SIWZ – obejmujący wykaz usług;
- 13.3.5 załącznik nr 5 do SIWZ – obejmujący wykaz osób;
- 13.3.6 załącznik nr 6 do SIWZ – obejmujący listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej;
- 13.3.7 koncepcja oferowanego przez Wykonawcę Systemu ITSM
- 13.3.8 stosowne Pełnomocnictwo(a) w formie opisanej w pkt 13.1.4 SIWZ - w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio ze złożonego w ofercie odpisu z właściwego rejestru,
- 13.3.9 w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokument ustanawiający Pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu; o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego - w formie opisanej w pkt 2.2.4. SIWZ;
- 13.3.10 pozostałe dokumenty wymienione w pkt 9 SIWZ;
- 13.3.11 dowód wniesienia wadium. (...)

Zamawiający opisał w pkt 22 SIWZ Kryteria oceny ofert: „22.1 Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które:

- zostaną złożone przez Wykonawców nie wykluczonych przez Zamawiającego z niniejszego postępowania;
- nie zostaną odrzucone przez Zamawiającego.

22.2 Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie:

Cena - 100% odpowiednio dla każdej z oznaczonych grup ( $P = P_1 + P_2 + P_3$ )

22.3 Oferty będą oceniane według powyższych kryteriów w skali od 0 do 100 pkt.

22.4 Zamawiający oceni oferty w kryterium cena zgodnie z poniższym zestawieniem oraz wagą oznaczonych grup:

Lp.	Opis	Waga	Oznaczenie Grupy
1	Cena za System ITSM (obejmujący wszystkie komponenty niezbędne do prawidłowego funkcjonowania systemu ITSM i zapewniającego równoczesny dostęp min. 30 administratorom)	50% - max 50 pkt.	P <sub>1</sub>
2	Rozszerzenie funkcjonalności systemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) -§ 2 ust 5 wzoru umowy (prawo opcji)	45% - max 45 pkt.	P <sub>2</sub>
3	świadczenie przez Wykonawcę usług opieki serwisowej o której mowa w § 10 ust 7 i 8 wzoru umowy (prawo opcji)	5% - max 5 pkt.	P <sub>3</sub>

## 22.5 Zasady oceny kryterium "Cena" (C).

22.5.1 W przypadku kryterium "Cena" oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku ilość punktów wynikającą z działania:

$$\frac{C_{min}}{C_i}$$

$P_i(C) = \dots \cdot \text{Max}(C)$  gdzie:

$P_i(C)$  = ilość punktów, jakie otrzyma oferta badana za kryterium "Cena" (C) odpowiednio dla każdej z oznaczonych grup w pkt. 22.4 SIWZ

$C_{min}$  = najniższa cena spośród wszystkich ważnych ofert odpowiednio dla każdej z oznaczonych grup w pkt. 22.4 SIWZ

$C_i$  = cena oferty badanej odpowiednio dla każdej z oznaczonych grup w pkt. 22.4 SIWZ

$\text{Max}(C)$  = maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za kryterium "Cena" odpowiednio dla każdej z oznaczonych grup w pkt. 22.4 SIWZ

22.6 Zamawiający przeprowadzi działanie o którym mowa w pkt. 22.5.1 SIWZ odpowiednio dla każdej z oznaczonych grup oraz jej wagi o której mowa w pkt 22.4 SIWZ

22.7 Zamawiający udzieli niniejszego zamówienia temu(tym) Wykonawcy (Wykonawcom), który(ch) oferta uzyska najwyższą liczbę punktów w ostatecznej ocenie punktowej stanowiącej sumę punktów uzyskanych dla każdej z oznaczonych grup w pkt. 22.4 SIWZ, zgodnie z poniższym wzorem:

$$P = P_1 + P_2 + P_3$$

$P$  = Łączna liczba punktów w kryterium "Cena" badanej oferty".

Przystępujący w ramach swojej oferty przedstawił m.in. formularz ofertowy – zał. Nr 1. W jego ramach złożył zobowiązał się, że w przypadku wyboru jego oferty zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami zapisanymi w SIWZ oraz we wzorze umowy. (str. 8 oferty). Przedstawił wycenę dla P1, P2 i P3 w tabeli (str. 9 oferty), w tym dla P2 – Rozszerzenie funkcjonalności systemu ITSM o równoczesny dostęp do 105 administratorów systemu (dostęp liczony na szt.) -§ 2 ust 5 wzoru umowy (prawo opcji) – 0 zł. Podał także cenę łączną dla P1, P2 i P3 – 1.530.120,00 zł brutto. Zawarł również krótkie wyjaśnienie pod tabelą wyceny P 2 na 0 zł.(str. 10 oferty). Zaoferował także wymagania funkcjonalne (str. 11-26 oferty) oraz niefunkcjonalne (wyjaśnienia – część jawna – z dnia 14.05.2013 r.). Dołączył również m.in. wykaz usług z referencjami – zał. Nr 4 (str.33-36 oferty) oraz Koncepcje

oferowanego przez Wykonawcę systemu ITSM (str. 46-86 oferty).

Przystępujący dołączył do swojej oferty jawne wyjaśnienia z dnia 18.04.2013 r. (str. 3-5 oferty) w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec niektórych załączników w ofercie, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zał. Nr 4, 5 i 7 do oferty.

W dniu 06.05.2013 r. w trybie art. 90 ust.1 Pzp Zamawiającego wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny. Przystępujący w dniu 10.05.2013 r. udzielił stosownych wyjaśnień (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa). Następnie w dniu 10.05.2013 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień treści oferty. Przystępujący w dniu 14.05.2013 r. udzielił stosownych wyjaśnień (części jawnej i zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa).

W dokumentacji znajduje się również pism Zamawiającego z dnia 19.04.2013 r. dot. udostępnienia do wglądu dokumentów Odwołującemu wraz z jego adnotacją z dnia 25.04.2013 r. oraz pismo Zamawiającego z dnia 04.06.2013 r. dot. udostępnienia do wglądu dokumentów Odwołującemu wraz z jego adnotacją z dnia 05.06.2013 r. Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej została upubliczniona w dniu 31.05.2013 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A. jako oferty niezgodnej z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ, Izba uznała w/w zarzut za niepotwierdzony.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby, słusznie podnosił Zamawiający na rozprawie, że nie ma dwóch takich samych Zamawiających o identycznych potrzebach. W konsekwencji nie jest zasadnym dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, którzy korzystają z systemu stworzonego na potrzeby innej instytucji, jako ich użytkownicy. Nadto, osoby wymienione w zał. Nr 2 do odwołania nie mogą składać wiarygodnych zeznań co do faktów, odnośnie systemu, który dopiero powstanie na potrzeby Zamawiającego określone poprzez wskazane wymagania funkcjonalne (pkt. 6.1) oraz niefunkcjonalne (pkt 6.2) w formularzu ofertowym. Dodatkowo, Izba podkreśla, że osoby wymienione w zał. Nr 2 do odwołania korzystają z systemu Atmosfera (jak określił w odwołaniu Odwołujący) w innych instytucjach niż podane w wykazie usług i referencjach. Czyni niniejsze wiarygodnym stanowisko Przystępującego z rozprawy (abstrahując od treści Konceptji oferowanego przez Wykonawcę systemu ITSM), że wiedza

potencjalnych świadków może dotyczyć systemów starszych niż 3 lata.

Analiza postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, nie daje podstaw do uznania że modyfikacja w toku realizacji zamówienia przez Wykonawcę będzie dotyczyła Systemu ITSM, ale nie Aplikacji ITSM. W ramach słowniczka – Cz. II SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia - Zamawiający zdefiniował zakres pojęć m.in.: System ITSM (Pkt 1 ppkt 24), Aplikacja ITSM (Pkt 1 ppkt 2) i oprogramowanie standardowe (Pkt 1 ppkt 39). Nadto, tak wymagania funkcjonalne i нефункционалне musi spełniać System ITSM, którego częścią jest również Aplikacja ITSM – pkt 3.1 i 3.2 Cz. II SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia. W konsekwencji mamy niewątpliwie do czynienia z systemem dedykowanym na potrzeby Zamawiającego. Potwierdzają to także poszczególne etapy realizacji projektu (pkt 4 Cz. II SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz harmonogram (pkt 5 Cz. II SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia) przyjęty przez Przystępującego w ofercie (w ramach zobowiązania do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zapisanymi w SIWZ oraz we wzorze umowy), Nadto, niewątpliwie przedmiotem oferty nie było ostateczne, wiążące rozwiązanie technologiczne, dana technologia, ale koncepcja (zał. Nr 7 do oferty na podstawie pkt 6 Cz. II SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia). Należy przyznać, że koncepcja zawiera w sobie pewien zarys elementów przyszłych rozwiązań technologicznych, jednakże co do zasady ma znacznie bardziej ogólny charakter niż gotowy projekt końcowy. Twierdzenie przeciwnie Odwołującego oparte na pkt 9.1.2.1 SIWZ jest błędne, gdyż co prawda Zamawiający chciał aby system był oferowany na rynku, ale nie wymagał, aby każda funkcjonalność wymagana przez niego była zastosowana u innego Wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A., która to oferta nie zawierała ceny w ramach zakresu P2, a tym samym zaniechaniu odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą, tudzież polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IT Works S.A., której punktacja w ramach P2 została obliczona i przyznana niezgodnie z przyjętym przez Zamawiającego wzorem, czyli niezgodnie z SIWZ, Izba uznała w/w zarzuty za potwierdzone jedynie częściowo. Z tym, że wobec braku wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp) mimo potwierdzenia w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyznanie punktacji ofercie Przystępującego w ramach P2 obliczonej i przyznanej niezgodnie z przyjętym przez Zamawiającego wzorem, zarzuty w całości podlegają oddaleniu.



Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że dokonana przez Przystępującego wycena spornej opcji w ramach ceny P2 poprzez „0” zł, w ocenie Izby nie narusza Pzp, gdyż odnosi się nie do całej oferty, lecz jedynie fragmentu opcjonalnego. Nie mamy więc do czynienia z brakiem podania ceny oferty o nominale „0” zł. Podobnie w uchwale z dnia 30.11.2010 r., sygn. akt: KIO/KD 93/10 wskazuje organ kontrolujący na podobną sytuację, jako dopuszczalną: *„(...) Jedynie w przypadku, gdyby zamawiający, oprócz cen jednostkowych, żądał podania również ceny całkowitej usługi, która zostałaby wyrażona w jednostkach pieniężnych, wówczas wykonawca mógłby (w tak sporządzonym kosztorysie) przyjąć, jako element kalkulacyjny w niektórych pozycjach wartość "0", ujmując rzeczywiste koszty ponoszone na dany zakres świadczenia w elemencie kalkulacji całkowitej ceny oferty. (...)*”. Dodatkowo, Izba wskazuje na wyrok z dnia 22.04.2010 r., sygn. akt: KIO 496/10: *„Wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty „0 zł” jest jej wyceną. „0” jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi „0” przypisana jest więc konkretna wartość liczbowa. Wskazanie kwoty „0 zł” stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę „0 zł” wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia. Wskazanie, iż jest to wartość granicznie niska, tzn. poinformowanie, iż dany element jest – mówiąc potocznie – bezwartościowy, jak najbardziej stanowi jego wycenę, a liczba „0” przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje*”. Nie można także uznać dokonanej w taki sposób wyceny jako niedopuszczalnej w kontekście postanowień SIWZ, gdyż specyfikacja nie zastrzegła niedopuszczalności takiej wyceny jednego z elementów (tabela – formularz ofertowy zał. Nr 1 do SIWZ, przedłożona przez Wykonawcę - str. 9 i 10 oferty), wobec konieczności dokonania wyceny w formularzu ofertowym także sumy ceny brutto P1, P2 i P3. Izba stwierdza także, że nie bez znaczenia dla przedmiotowej kwestii ma wyjaśnienie udzielone przy wycenie za cenę P2 przez Odwołującego /przypis pod tabelą – str. 10 oferty/.

W następnej kolejności względem punktacji w ramach P2, obliczonej i przyznanej niezgodnie z przyjętym przez Zamawiającego wzorem, czyli niezgodnie z SIWZ, Izba potwierdza, że rzeczywiście miało miejsce w tym zakresie naruszenie przepisów i niezastosowanie wzoru matematycznego stworzonego przez Zamawiającego dla ceny P2, jednakże niniejsze naruszenia nie ma lub nie może mieć wpływu na wynik postępowania (art.

192 ust. 2 Pzp), gdyż sanowanie uchybienia w tym zakresie nie zmieniłoby rankingu złożonych ofert. Dodatkowo należy podkreślić, że w konsekwencji przyjętej wyceny przez Przystępującego - ceny P2 oraz wzoru matematycznego przygotowanego przez Zamawiającego, punktacja w ramach ceny P2 ulega zniwelowaniu wobec wszystkich, czyniąc ją bez znaczenia dla przedmiotowego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, poprzez jego niezastosowanie względem oferty Konsorcjum IT Works S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a oferta zawiera rażąco niską cenę, Izba uznała w/w zarzut za niepotwierdzony.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba w sposób wyraźny podkreśla, że Przystępujący złożył wyczerpujący wyjaśnienia z dnia 10.05.2013 r., w których w sposób pełny przedstawił powody przyjętej wyceny. Odniósł się także do kwestii wyceny dla P2. W tym zakresie Przystępujący udzielił również wyczerpujących wyjaśnień na rozprawie, podobnie jak w treści pisemnych wyjaśnień z dnia 10.05.2013 r., odnosząc okoliczność wyceny P2 przez „0” charakterem zaoferowanej licencji i warunków licencjonowania. Podobnie znajduje się jawne stwierdzenie na str. 10 oferty pod tabelą, tak jak wskazywano przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu: *„Zgodnie z warunkami licencjonowania oferowanego przez wykonawcę oprogramowanie, możliwość korzystania przez Zamawiającego z przedmiotowego oprogramowania nie jest ograniczona liczbą użytkowników. Dlatego też w pierwszej udzielonej licencji, z oprogramowania może korzystać dowolna liczba użytkowników i tym samym rozszerzenie funkcjonalności systemu o dodatkowych użytkowników (korzystanie z prawa opcji nie jest wymagane) nie jest wymagane”*. Nadto, Izba zastrzega, że pisemne wyjaśnienia z dnia 10.05.2013 r. (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) nie ograniczają się tylko do kwestii licencji i jej warunków.

W konsekwencji argumentacji przedstawionej przez Przystępującego na rozprawie, brak jest podstaw do uznania, że wycena w P2 miała na celu utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Brak dowodów na to, iż Przystępujący utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku oraz działał w celu ich eliminacji z rynku. Przede wszystkim jednak wybrany wykonawca nie zaoferował w swojej ofercie sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Przedstawione na rozprawie zrzuty stron internetowych 4 firm: IBM, QSL, MMGEO oraz Microsoft potwierdzają, że licencja na nieograniczoną liczbę użytkowników (licencja unlimited) jest również stosowana przez innych Wykonawców rynku IT. Dodatkowo, Izba zauważa że wątpliwości Odwołującego co do zasad licencjonowania wyrażone na rozprawie zostały przez Przystępującego w sposób logiczny obalone. Należy bowiem zauważyć, że każdy z Wykonawców składał w ramach formularza ofertowego stosowne oświadczenie o akceptacji wzoru umowy w tym także § 9 ust.2 Wzoru mowy.

Nadto, Izba podkreśliła, że obecnie obowiązujące przepisy Pzp, nie dają podstaw do uznawania ceny jednostkowej, jako mającej charakter ceny rażąco niskiej. Art. 89 ust.1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp stanowią bowiem literalnie – wprost, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stąd ugruntowane i jednoznaczne stanowisko orzecznictwa w tym zakresie. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji, a w tym wypadku do ceny P2. Choćby nawet cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niskiej ceny całej oferty. (za postanowieniem SO w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Podobnie - ustalenia czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną nie można wybiórczo porównywać poszczególnych elementów składających się na część składową ceny (wyrok SO w Częstochowie, sygn. akt: VI Ca 628/05). Analogiczne stanowisko zajął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2815/06, w którym stwierdził, że *„aby mówić o rażąco niskiej cenie, należy ją odnieść do ceny za cały przedmiot zamówienia, a nie do kwot poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego”*. Również w wyroku z dnia 23.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-297/07, arbitrzy podkreślili, iż *„podzielają argumentację zamawiającego, iż rozpatrywanie czy cena oferty jest rażąco niska winno być winno być dokonywane w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę”*.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie oświadczenia, że oferowany przez w/w Konsorcjum przedmiot oferty spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, Izba uznała w/w zarzuty za chybione.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania

(art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący nie udowodnił, że oświadczenie w zakresie zaofiarowania wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności stanowi nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W szczególności, że Odwołujący oparł swoje twierdzenia z odwołania i rozprawy na błędnym założeniu, że oferowany system nie ma charakteru dedykowanego, a niedopuszczone zeznania świadków wymienionych w zał. Nr 2 do odwołania dotyczyłyby systemu innego niż oferowany na potrzeby Zamawiającego.

Względem wykazanego doświadczenia, Izba nie widzi podstaw do kwestionowania wykazu i załączonych referencji, skoro tak w jednym, jak i drugim wypadku, w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości, każde z wykazanych wdrożeń spełnia warunek podmiotowy sformułowany przez Zamawiającego w pkt 9.1.2.1 SIWZ. Wskazano bowiem konkretne moduły.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp:

a) poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy przedmiotowe wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz

b) poprzez zaniechanie ujawnienia treści oferty wykonawcy Konsorcjum IT Works S.A. w zakresie oferowanego dla Zamawiającego rozwiązania oraz Wykazu usług wraz z referencjami. Dodatkowo, odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że opis oferowanego dla Zamawiającego rozwiązania oraz Wykazu usług wraz z referencjami, może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba powyższe zarzuty, z uwagi na ich charakter, rozpatrzy łącznie, uznając powyższe zarzuty za niepotwierdzone.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności, należy podkreślić, że skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego o możliwości uznania w przedmiotowym

stanie faktycznym, wskazanych powyżej zarzutów, za spóźnione. W dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1395/13, brak jest jakiegokolwiek pisemnej odmowy udostępnienia zastrzeżonych elementów oferty Przystępującego, czy też złożonych przez niego wyjaśnień, pochodzącej wprost od Zamawiającego.

Względem koncepcji oferowanego przez Wykonawcę systemu ITSM (zał. Nr 7 do oferty, str. od 46 do 86), Izba uznała dopuszczalność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przywołując w tym zakresie orzecznictwo KIO przykładowo wyrok KIO z dnia 06.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1002/12, sygn. akt: KIO 1006/12, sygn. akt: KIO 1008/12, sygn. akt: KIO 1018/12: *„(...) W zgodzie z SIWZ możliwe było zaoferowanie różnych rozwiązań technologicznych. Istotną była konieczność wypełnienia minimalnych wymagań funkcjonalnych. (...) Ważnym, było aby zaoferowane rozwiązanie zapewniało osiągnięcie funkcjonalnie opisanych celów. Wszystko to potwierdza, że możliwe było skonstruowanie więcej niż jednego prawidłowego rozwiązania, które każdy z Wykonawców mógł zaoferować Zamawiającemu. To od decyzji Wykonawcy zależało, w świetle zapisów SOPZ, jakie rozwiązanie wybierze, to na nim ciążył obowiązek koncepcyjnego opracowania oferowanego rozwiązania. Kierując się tymi ustaleniami, Izba uznała, że zestawienie szczegółowe do formularza ofertowego może potencjalnie być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.”*

Względem wykazu usług oraz referencji, Izba podzieliła w całości argumentację przedstawioną przez Przystępującego w ramach jawnych wyjaśnień z dnia 18.04.2013 r. dołączonych do oferty powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadto, bezsprzecznie nie są to usługi ze strony internetowej Przystępującego. W tym zakresie Izba porównała zrzuty ekranowe ze strony internetowej itWorks S.A. – [www.itworks.pl](http://www.itworks.pl) załączone do jego pisma procesowego z treścią wykazu usług i referencji.

Względem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego z dnia 10.05.2013 r. udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w ocenie Izby, istotnie, zawierają one szczegółowe informacje różnicujące sytuację Przystępującego względem innych Wykonawców, które nie są ogólnie dostępne (od str. 6 do 10 wyjaśnień).

Odnosząc się ponownie do oddalonego wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opisu rozwiązania oferowanego oraz wykazu usług i referencji, na okoliczność, że zaoferowano system Atmosfera, wraz z przyjętą „z góry tezą”, że potwierdzenie tej okoliczności czyni zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa błędnym. Izba nie podziela powyższej tezy, jak i stwierdzenia że określone informacje dotyczące oferowanego

rozwiązania oraz wykazu usług są ogólnie dostępne na stronie internetowej Przystępującego. Abstrahując bowiem od okoliczności, która była już podkreślana, że wykaz usług z oferty nie dotyczy usług upublicznionych na stronie internetowej Przystępującego, należy stwierdzić, że informacje dostępne na stronie internetowej Przystępującego mają charakter szczątkowy, dotyczą całej rodziny, a nie tylko jednego produktu, dopiero uzyskanie pełnej wiedzy, która nie jest powszechnie dostępna pozwoliłaby na uznanie ewentualnej konieczności odtajnienia koncepcji stworzonej w odpowiedzi na potrzeby Zamawiającego. Izba w tym zakresie wskazuje na wyrok SN z dnia 22.02.2007 r., sygn. akt: V CSK 444/2006, zgodnie z którym fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności. SN uznał zatem, że ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje) są podane do wiadomości publicznej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Kwestia zarzutu dotyczącego błędnego obliczenia i przyznania punktacji dla oferty Odwołującego oraz innego Wykonawcy niż Przystępujący nie jest przedmiotem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego zastrzeżeń Konsorcjum IT Works w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przyznanie wykonawcy Konsorcjum IT Works punktacji w ramach ceny P2, niezgodnej z zasadami obliczania ceny określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, jak i art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Pzp poprzez niezgodne z Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nieuwzględnienia żadnego z rozpatrzonych powyżej zarzutów, Izba w konsekwencji uznała także brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego zastrzeżeń Konsorcjum IT Works w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przyznanie wykonawcy Konsorcjum IT Works punktacji w ramach ceny P2, niezgodnej z zasadami obliczania ceny określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, jak i art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Pzp poprzez niezgodne z Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....