

Sygn. akt: KIO 2301/15

Sygn. akt: KIO 2302/15

Odpis wyroku

WYROK

z dnia 18 listopada 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na na posiedzeniu i rozprawie w dniach 4, 6, 10 listopada 2015 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 października 2015 roku przez wykonawcę **Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie**

B. w dniu 23 października 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: CUBE.ITG S. A. (Lider), COMP S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: CUBE.ITG S.A. (Lider), COMP S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2301/15 po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2301/15 oraz KIO 2302/15 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2302/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala oba odwołania**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących: (1) **Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 2301/15)** oraz (2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: CUBE.ITG S.A. (Lider), COMP S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie, i:**

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie trzydziestu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących: (1) **Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie** oraz (2) **Konsorcjum: CUBE.ITG S.A. (Lider), COMP S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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:

Justyna Tardashe

Członkowie:

[Signature]
[Signature]



Na oryginalnym tekście
Za zgodność

[Signature]

UZASADNIENIE

Sygn. KIO 2301/15

W dniu 23 października 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący” lub „Asseco”). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na Centralny System Bankowy prowadzi Zamawiający: Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie. Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miała miejsce 8 listopada 2014 roku pod numerem 2014/S 214 - 382384. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp - informację o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w dniu 13 października 2015 roku. Wpis od odwołania został uiszczony.

Odwołanie wniesiono od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Sygnity SA (dalej „Sygnity”) jako oferty najkorzystniejszej;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych części oferty (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Sygnity, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie CUBE.ITG SA i COMP SA (dalej „Konsorcjum CUBE”) jako niejawnych części oferty (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wyjaśnień, a także pism kierowanych przez Konsorcjum CUBE do Zamawiającego, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. zaniechania wykluczenia Sygnity z postępowania;
5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sygnity;
6. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum CUBE.

Odwolujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Sygnity;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez następujących wykonawców:

- Sygnity,
- Konsorcjum CUBE,

jako niejawnych części ofert w/w wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień ofert w/w wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a w/w wykonawcami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż treść oferty Sygnity nie odpowiada treści SIWZ;
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity i oferty Konsorcjum CUBE, pomimo iż złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zaś same oferty są nieważne na podstawie odrębnych przepisów;
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez nienależytą ocenę wyjaśnień wraz dowodami i zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że oferta Sygnity zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez Sygnity i Konsorcjum CUBE jako niejawnych części ofert, wyjaśnień i korespondencji z Zamawiającym - wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz udostępnienia Odwołującemu,
3. dokonania ponownej oceny ofert,
4. odrzucenia ofert Sygnity i Konsorcjum CUBE,

5. wykluczenia Sygnity z postępowania,
6. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego powodują, że został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzecznosc z prawem wskazanych w odwołaniu czynności i zaniechań Zamawiającego, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania.

1. Tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się zaniechania czynności, do której był zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu:

1. zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych następujących części oferty (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) - według wskazania w ofercie Sygnity:
 - a. Formularz cenowy i (zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ) Formularz cenowy na potrzeby oceny oferty (zgodnie z Załącznikiem nr 4a do SIWZ),
 - b. Załącznik nr 5 do SIWZ,
 - c. Specyfikacja wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych (zgodnie z Załącznikiem nr 1 do OPZ),
 - d. Dokumenty i Formularze wymagane do dołączenia do Oferty:
 - a) Specyfikacja Infrastruktury oraz opis i specyfikacja Środowisk
 - b) Specyfikacja Oprogramowania
 - e. Opis proponowanego rozwiązania,
 - f. Uzasadnienie.
2. zastrzeżonych przez Konsorcjum CUBE jako niejawnych następujących części oferty (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa):
 - a) Specyfikacja wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych (zgodnie z Załącznikiem nr 1 do OPZ
 - b) Załącznik nr 5 do SIWZ,
 - c) Uzasadnienie.

Informacje zawarte w w/w częściach oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowisko swoje

Odwolujący opiera na brzmieniu art. 8 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przepisie art. 8 ust. 1 Pzp ustanowiona została nadrzędna zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 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 być one udostępniane. Z kolei zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Przepis ten był przedmiotem orzeczeń Sądu Najwyższego - w wyroku z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/2000 (OSNC 2001/4 poz. 59) Sąd Najwyższy - Izba Cywilna stanął na stanowisku, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Z kolei w wyroku z dnia 5 września 2001 r. I CKN 1159/2000 (OSNC 2002/5 poz. 67) Sąd Najwyższy stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 UoZNK nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

Zatem w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawarta jest definicja legalna „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Z kolei z definicji tej wynika wprost (wykładnia literalna), iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

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

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Przepis ten wyłącza ponadto możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze,

w szczególności, w sytuacji gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

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

Odnosnie konieczności spełnienia się wszystkich w/w przesłanek wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. - wyrok z dnia 4 sierpnia 2015 roku, KIO 1538/15, KIO 1548/15 i KIO 1549/15. Odwołujący uważa, że w stosunku do żadnej ze wskazanych poniżej informacji Wykonawcy nie wykazali w odpowiednim uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą. Zaś brak takiego wykazania dyskwalifikuje objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż nie jest możliwe późniejsze (po złożeniu oferty lub danego pisma) wskazywanie na taką okoliczność. W ocenie Odwołującego dokonane przez Sygnity oraz Konsorcjum CUBE zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne - gdyż nie realizuje łącznie wymienionych przesłanek. Zawarte w tej częściach oferty informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej części oferty nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki - tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 czerwca 2012r., KIO 1016/12.

Odwołujący uważa, że faktycznym powodem zastrzeżenia zarówno przez Sygnity jak i przez Konsorcjum CUBE przedmiotowej części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym Odwołującemu) weryfikacji ofert odpowiednio każdego z tych Wykonawców pod kątem zgodności z SIWZ i Pzp.

Formularz cenowy (zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ) i Formularz cenowy na potrzeby oceny oferty (zgodnie z Załącznikiem nr 4a do SIWZ) (oferta Sygnity)

Oba te załączniki zawierają jedynie ceny za poszczególne elementy oferty oraz rozłożenie w czasie płatności. Z samej swej istoty nie mogą one zawierać żadnych informacji, które spełniają przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Ceny za poszczególne elementy oferty wynikają bowiem z obowiązujących na rynku stawek, cen dostaw, itp.

Załącznik nr 5 do SIWZ (oferta Sygnity i oferta Konsorcjum CUBE). Specyfikacja Infrastruktury oraz opis i specyfikacja Środowisk i Specyfikacja Oprogramowania (Oferta Sygnity)

Wskazane dokumenty zawierają informacje o sprzętowych komponentach rozwiązania. Ani Sygnity, ani Konsorcjum CUBE nie są producentami zarówno sprzętowych jak i programowych elementów infrastruktury, które zostały zamieszczone we wskazanych częściach oferty.

Zgodnie z zasadami obowiązującymi na rynku dostaw informatycznych, odpowiedni zestaw tych elementów został opracowywany, dla obu wykonawców, przez dostawcę (dostawców) elementów infrastruktury jako odpowiedni do dostarczanego do banku oprogramowania biznesowego (w szczególności w tym przypadku - dla centralnego systemu bankowego). W odniesieniu do konkretnej parametryzacji biznesowej oraz wolumenów danych biznesowych obsługiwanych przez oferowane oprogramowanie biznesowe (centralny system bankowy), przedmiotowy zestaw konfiguracji stanowi powtarzalną, a zarazem niezbędną kombinację elementów infrastruktury, która jest stosowana zawsze w porównywalnych przypadkach wdrożeń (podobne wdrożenia systemów bankowych). Tym samym, szczegółowa informacja na temat zestawu elementów infrastruktury sprzętowej (serwery, urządzenia sieciowe, macierze dyskowe, itp.) i programowej (serwery aplikacyjne, silniki baz danych, serwery www, systemy BPM, itd.), a także ich wewnętrznej konfiguracji (ilość zainstalowanej pamięci, ilość procesorów, pojemność dysków, itd.) nie może stanowić elementu własności intelektualnej wykonawcy, który nie jest producentem tych elementów. Takie szczegółowe informacje zawsze przygotowywane są przez producentów, a następnie przekazywane do firm, które są integratorami.

A zatem w przypadku przedmiotowej części oferty to nie Sygnity i Konsorcjum CUBE stworzyły treść tej części oferty, a dostawca rozwiązania (według wiedzy Odwołującego - firma Oracle). Jeśli zatem w ofercie nie wskazano na prawa własności intelektualnej producenta, ale na rzekome twórcze rozwiązanie stworzone przez Sygnity czy Konsorcjum CUBE - to uzasadnienie takie nie odpowiada stanowi faktycznemu, w związku z tym nie spełniono wymogu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wykazania w ofercie podstaw utajnienia jej części.

Specyfikacja wymagań funkcjonalnych / pozafunkcyjnych (Załącznik nr 1 do OPZ) (oferta Sygnty i oferta Konsorcjum CUBE)

Zamawiający wymagał oświadczenia przez każdego z wykonawców, które wymagania funkcjonalne i pozafunkcyjne posiada oferowany przez danego z wykonawców system informatyczny, przy czym specyfikacja wymagań w tym zakresie zdefiniowana została przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do OPZ. Posiadanie przez system informatyczny wymagań obligatoryjnych warunkowało ważność oferty; brak wymagań, skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy, dodatkowo w zależności od tego, czy dana funkcjonalność jest:

- „dostępna w standardzie”, co oznacza, że jest realizowana wyłącznie w wyniku parametryzacji systemu informatycznego, a tym samym nie wymaga dokonywania zmiany w kodzie źródłowym systemu informatycznego, czy też
 - „wymaga developmentu”, co oznacza, że jest realizowana w wyniku zmiany kodu źródłowego systemu informatycznego,
- przyznawana była przez Zamawiającego różna punktacja.

Punktacja ta przedstawiała się następująco:

- za funkcjonalność:
- obligatoryjną oznaczoną cyfrą „1”, zaznaczoną przez wykonawcę jako „dostępna w standardzie” - Zamawiający przyznawał 5 pkt (funkcjonalność kategorii n),
- obligatoryjną oznaczoną cyfrą „1”, zaznaczoną przez wykonawcę jako „wymaga developmentu” - Zamawiający przyznawał 1 pkt (funkcjonalność kategorii m),
- nieobligatoryjną oznaczoną cyfrą „2”, zaznaczoną przez wykonawcę jako „dostępna w standardzie” lub „wymaga developmentu” - Zamawiający przyznawał 1 pkt (funkcjonalność kategorii o),
- nieobligatoryjną oznaczoną cyfrą „2”, zaznaczoną przez wykonawcę jako „nieodostępna” - Zamawiający przyznawał 0 pkt.

Oświadczenie dotyczące posiadania przez dany system informatyczny, oferowany przez wykonawcę Zamawiającemu, konkretnych funkcjonalności sprowadzało się jedynie do zaznaczania przez wykonawcę w konkretnych kolumnach tabeli czy funkcjonalność odpowiednio jest „dostępna w standardzie”, czy „wymaga developmentu” czy też, w przypadku funkcjonalności nieobligatoryjnej - jest „nieodostępna”. Jednak za każdym razem jest to tylko odniesienie się do zapisów SIWZ.

Podkreślić należy, że opis funkcjonalny został faktycznie przygotowany był przez Zamawiającego, jest jawny - stanowi bowiem część SIWZ, a przez to dostępny dla powszechnego odbiorcy. Co więcej - funkcjonalność oprogramowania centralnego systemu bankowego co do zasady jest taka sama w przypadku każdego oferowanego rozwiązania. A to ze względu na fakt, że każde oprogramowanie centralnego systemu bankowego po

prostu musi posiadać pewne stałe funkcjonalności, przepisane przez przepisy prawa i standardy rynku bankowego.

Mając powyższe na uwadze - nie można mówić o jakichkolwiek elementach unikalnych opisu funkcjonalnego oferowanego przez Wykonawcę, które uzasadniałyby objęcie takiej specyfikacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje takie bowiem są jawne - ze względu na fakt, że zarówno Sygnty, jak i Konsorcjum CUBE według najlepszej wiedzy Odwołującego oferują nie rozwiązanie własne (nie posiadają bowiem takiego rozwiązania), ale produkt powszechnie dostępny na rynku centralnych systemów bankowych, wdrożony w dziesiątkach instytucji finansowych. Jest to oprogramowanie Oracle FLEXCUBE Universal Banking, tzw. Flexcube, produkcji hinduskiej firmy i-flex, obecnie będącej własnością korporacji Oracle. Informacje dotyczące rozwiązania Flexcube są powszechnie udostępnione przez producenta ze względu na to, że rozwiązanie to jest wdrażane na całym świecie przez wiele firm integratorskich. Przykładowo na stronach producenta (przede wszystkim na stronie <https://docs.oracle.com/en/>) znajdują się takie informacje jak: biblioteka dokumentacji systemów Oracle przeznaczonych dla rynku finansowego (Oracle Financial Services Documentation), opisy rozwiązania tzw. „white papers”, broszury produktowe, dokumentacje użytkownika, itd. Ponadto informacje o rozwiązaniu Flexcube znajduje się w raportach firm badających oprogramowanie (np. Raport Gartner „Magic Quadrant for International Retail Core Banking”). Już samo powyższe wykazuje, że stanowisko Odwołującego co do niemożności objęcia tej części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa jest całkowicie zasadne. Odwołujący wskazuje także na fakt utajnienia przez Zamawiającego samych informacji odnośnie ilości konkretnych kategorii funkcjonalności, którą każdy z wykonawców podał dla danej kategorii podlegającej ocenie, które to ilości funkcjonalności następnie stały się podstawą oceny ofert. Ilości poszczególnych funkcjonalności są podstawą obliczenia przez Zamawiającego współczynnika funkcjonalności danej oferty (z wagą 60%), który następnie stanowił podstawę przyznania punktów dla konkretnej oferty.

Opis proponowanego rozwiązania (Oferta Sygnty)

Sygnty wskazało, że do oferty w części tajnej dołączyło także „Opis oferowanego rozwiązania”. Żaden zapis SIWZ nie stawiał wymagania dołączenia takiego dokumentu, nie określał tym samym jego zakresu. Wobec powyższego Odwołujący nie posiada wiedzy, jakie treści mogą znajdować się tej części oferty. Jeśli jednak nie są one obowiązkowe, to zapewne nie zawierają też żadnych informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Być może informacje te zawierają ogólnie dostępne informacje o produkcie Flexcube.

Korespondencja Zamawiającego z Wykonawcami

Odwolujący wskazuje, że Zamawiający dopuścił się zaniechania czynności, do której był zobowiązany na podstawie PZP, tj. zaniechania ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu treści załączników do Protokołu, takich jak:

- 1) Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 01.10.2015r. skierowane do Sygnity (Znak pisma: BZP-064-654/2015);
- 2) Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 02.10.2015r. skierowane do Sygnity (Znak pisma: BZP 065-654/2015);
- 3) Pisma Konsorcjum CUBE z dnia 06.10.2015r. i z dnia 08.10.2015r.,
- 4) Dokumentacji wewnętrznej Zamawiającego (protokoły z posiedzeń Komisji) wskazanej w punkcie 33. Protokołu,
- 5) Pozostała korespondencja wytworzona po dniu 16 września 2015 r., wskazana w enigmatyczny sposób w punkcie 39. Protokołu.

Zamawiający odmówił Odwołującemu udostępnienia całej treści dokumentów wskazanych w pkt 1) i 2) (z wyjątkiem fragmentu pierwszej strony każdego z pism zawierających dane adresowe odpowiednio wykonawcy i zamawiającego oraz treść pierwszego zdania danego dokumentu), które to pisma stanowią korespondencję kierowaną przez Zamawiającego do Sygnity. Zamawiający, w odpowiedzi na ponowne wezwanie Odwołującego do udostępnienia dokumentacji, argumentował utajnienie w następujący sposób: „...pisma (...) objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż w ich treści były przytoczone fragmenty oferty Wykonawcy zastrzeżone jako poufne...”. Taka argumentacja absolutnie nie uzasadnia utajnienia pisma mając na uwadze argumentację przedstawioną powyżej. Samo sformułowanie „w ich treści były przytoczone fragmenty oferty Wykonawcy zastrzeżone jako poufne” wskazuje, że Zamawiający w ogóle nie rozumie istoty tajemnicy przedsiębiorstwa, a co więcej - prowadzi postępowanie z naruszenie nadrzędnej zasady jawności postępowania. Skoro Zamawiającego obowiązuje nadrzędna zasada jawności postępowania, to co najwyżej uprawniony jest do zaniechania udostępnienia części swoich pism w zakresie, w jakim cytowane są w tym piśmie odpowiednie fragmenty ofert. Jednakże - wobec wskazanej zasady jawności postępowania - Zamawiający ma obowiązek zawsze udostępnić co do zasady całość swoich pism. Sam Zamawiający ma pełną świadomość, że tylko część jego pism zawiera fragmenty, które ewentualnie mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem zaniechanie udostępnienia całości pism jest bezpodstawne, nawet w świetle argumentacji wskazanej przez Zamawiającego. Tym samym nawet gdyby przyjąć, że poszczególne treści oferty mogły zostać utajnione - z czym Odwołujący się nie zgadza, to nie uzasadnia utajnienia całości pisma, co najwyżej mogły pozostać utajnione fragmenty pisma, które stanowiły cytaty oferty Sygnity, ale wyłącznie te, które mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako poufne. Tym samym utajnienie treści tych pism jest z całą pewnością nieuprawnione.

Odmowa udostępnienia Odwołującemu pism Konsorcjum CUBE z dnia 06.10.2015r. i z dnia 08.10.2015r. (z wyjątkiem fragmentu pierwszej strony każdego z pism zawierających dane adresowe odpowiednio wykonawcy i zamawiającego oraz treść pierwszego zdania danego dokumentu) jest również niczym nieuzasadniona i nie może korzystać z ochrony. Pisma te Konsorcjum CUBE kierował do Zamawiającego z własnej inicjatywy, a nie w odpowiedzi na zapytanie czy wezwanie do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego. Tym samym można przyjąć, że przedmiotowe pisma dotyczą ofert pozostałych wykonawców, a nie oferty Konsorcjum CUBE, tym bardziej nie dotyczył wyłącznie oferty Konsorcjum CUBE w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto Zamawiający odmówił udostępnienia w całości dokumentacji wskazanej w pkt 4) i 5) powyżej, tj. załączników do Protokołu wymienionych w pkt 33. i 39. Protokołu, informując dodatkowo ustnie Odwołującego, o „braku zgody prawników Zamawiającego na wgląd w jakąkolwiek korespondencję wewnętrzną Banku”. Nierozumiiałm dla Odwołującego jest jaką korespondencję Zamawiający miał na myśli, skoro jest to dokumentacja wymieniona w liście załączników do protokołu, tym samym zgodnie z postanowieniami art. 96 ust. 3 jest to dokumentacja jawna i podlega udostępnieniu. Przesądza o tym także pogląd doktryny wskazujący wprost, iż: „Takim załącznikiem są również wszystkie dokumenty wewnętrzne zamawiającego, np. odnoszące się do powołania komisji przetargowej, oświadczenia składane przez jej członków, biegłych i inne osoby uczestniczące w postępowaniu, ale również np. notatki służbowe odnoszące się do postępowań, opinie prawne co do poprawności dokonywanych czynności, itp.” (por. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Bazan A, Nowicki J.E., LEX 2014, komentarz do art. 96). Skoro zatem dokumenty wewnętrzne Zamawiającego są załącznikiem do protokołu, to zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp są jawne. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska, a jedynie ograniczył się ustnego wskazania, że prawnicy nie zgadzają się na wgląd w te załączniki.

Dokumentacja ta, jak ocenia Odwołujący, może mieć bardzo istotne znaczenie w związku z oceną ofert wykonawców i wyborem najkorzystniejszej oferty - gdyż wynikać z niej między innymi powinna ilość punktów uzyskiwanych przez poszczególne oferty w szczegółowych kryteriach oceny, jak i z oceną poprawności (zgodności z prawem) prowadzenia tego postępowania. Zdaniem Odwołującego dokumentacja ta w szczególności zawiera opis sposobu przeprowadzenia oceny ofert wykonawców i dokonania obliczeń punktacji oferty każdego z wykonawców. Stanowisko Odwołującego wynika z faktu, iż

- (i) z opisu specyfikacji pozostałych załączników, żaden inny nie wskazuje na objęcie swą treścią szczegółów „rozpisania” oceny i sposobu jej przeprowadzania a
- (ii) nie jest możliwe wyliczenie „w głowie” punktacji dla wykonawców.

Ocena ofert wymagała bowiem zastosowania pięciu bardzo skomplikowanych wzorów matematycznych wskazanych w SIWZ w rozdziale opisującym „Kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie” dla każdej z ofert. Do każdego ze wzorów muszą zostać podstawione konkretne dane każdego z trzech wykonawców, przy czym część danych dotyczy:

1. kryterium ceny (z kryterium wagi 40%) z dodatkowo 4 różnymi „podwagami” oceny dla cen za poszczególne elementy zamówienia, a część danych dotyczy

2. kryterium funkcjonalności (z kryterium wagi 60%) ocenianej w dwóch kategoriach:

a. funkcjonalność obligatoryjna (oznaczona cyfrą 1) z wagą 80% z dodatkowych rozróżnieniem punktacji:

i. 5 pkt za funkcjonalność realizowaną w wyniku parametryzacji (funkcjonalność n), a inaczej funkcjonalność „dostępna w standardzie”;

ii. 1 pkt za funkcjonalność realizowaną w wyniku modyfikacji kodów systemu (funkcjonalność m), a inaczej funkcjonalność „wymaga developmentu”;

b. funkcjonalność dodatkowa (oznaczona cyfrą 2) z wagą 20%, każda otrzymuje 1 pkt.

Odmowa przez Zamawiającego udostępnienia dokumentacji dotyczącej postępowania, o którą wnioskował Odwołujący stanowi jawne naruszenie przepisu art. 96 ust.3 Pzp w związku z przepisem art. 96 ust. 2 Pzp. Zagwarantowana przez prawo dostępność do tych dokumentów ma w szczególności zapewnić transparentność prowadzonego postępowania, możliwość dokonania całościowej analizy przebiegu postępowania, a w konsekwencji uzasadnienie wyboru konkretnej oferty.

Niezależnie od powyższego zdaniem Odwołującego w żadnym z w/w pism (nie będących ofertą, a zatem, do których nie stosuje się uzasadnienie zawarte w ofercie) ani Wykonawcy, ani Zamawiający nie zawarli odpowiedniego uzasadnienia, z którego wynikałoby, że objęcie danego pisma tajemnicą przedsiębiorstwa jest zgodne z prawem, tzn. żadne z tych pism nie wykazuje ziszczenia się przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (Oferta Sygnity i Oferta Konsorcjum CUBE)

Obaj wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa objęli także uzasadnienie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą pewnością informacje zawarte w takiej części oferty nie mają żadnej wartości gospodarczej, ani też nie są informacją handlową, technologiczną czy też organizacyjną. Stąd też nie powinny w ogóle zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie objęcia tajemnicą danej części oferty może zawierać tylko wykazanie ziszczenia się poszczególnych przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zapewne poparte orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej czy sądów powszechnych. A takie informacje z całą pewnością nie spełniają przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd też zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia tych części oferty jest sprzeczne z prawem i bezpodstawne.

Niezależnie od powyższego Odwołujący uważa, że ani Sygnity, ani Konsorcjum CUBE nie wykazali w przedmiotowym uzasadnieniu spełniania ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wszystkich informacji zawartych w dokumentach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Tymczasem kwestia ciężaru dowodu jest bardzo istotna w tym zakresie. Powszechnie przyjętym poglądem jest kwestia, iż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taka tajemnicę przedsiębiorstwa w swojej ofercie zastrzegł. Pogląd ten wywieść można zarówno z zasad zdrowego rozsądku oraz doświadczenia życiowego - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia i tylko taki podmiot może te podstawy wskazać, jak i z brzmienia przepisu art. 8 ust 3 ustawy Pzp. W przypadku odwołania obejmującego zaniechanie odtajnienia części ofert objętych niezasadnie tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakaś część oferty lub pisma została bezzasadnie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący nie znając treści tej części oferty - nie może wskazać konkretnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też Odwołujący uczynił w odwołaniu. Odnosnie ciężaru dowodu w przedmiotowej kwestii Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się wielokrotnie, przykładowo Odwołujący wskazał na kilka orzeczeń: wyrok z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12; wyrok z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 333/12; wyrok z dnia 8 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2036/12; wyrok z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2411/12; wyrok z dnia 21 września 2012 roku, sygn. akt: KIO 1921/12.

Odwołujący - wobec utajnienia także uzasadnienia zastosowania tajemnicy przedsiębiorstwa - nie zna treści tego dokumentu. Jednak opierając się na swoim doświadczeniu co do treści takich wyjaśnień składanych w innych postępowaniach przez podmioty z rynku IT, Odwołujący stwierdza, że uzasadnienia te nie zawierają dowodów ani argumentów, które wykazywałyby spełnienie przez informacje objęte zastrzeżeniem łącznego spełnienia trzech przesłanek definicji. Tym samym - wobec niewykazania zaistnienia przesłanek - Zamawiający powinien udostępnić te informacje Odwołującemu.

Odwołujący pragnie także zwrócić uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia poszczególnych elementów oferty tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazano kilka przykładowych orzeczeń: wyrok KIO 776/12; wyrok KIO 1016/12; wyrok KIO 457/12; wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12.

Skoro zatem objęcie części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę

zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część swojej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić całą ofertę pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego - ani Sygnity, ani Konsorcjum CUBE nie wykazali zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w/w dokumentów oraz nie uzasadnił odstąpienia od zastosowania fundamentalnej zasady jawności postępowania.

Złożenie przez Sygnity nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w SIWZ zdefiniował dla systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia szereg wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych. Zapotrzebowanie Zamawiającego na określoną funkcjonalność systemu informatycznego jest podyktowane potrzebą wykorzystania systemu informatycznego w ramach prowadzonej przez Zamawiającego działalności bankowej zdefiniowanej precyzyjnie przepisami prawa. Specyfika sektora bankowego, jako użytkownika systemu informatycznego, pełniącego istotną rolę w procesie zarządzania ryzykiem społecznym, przesądza o bardzo precyzyjnych i rygorystycznych wymaganiach definiowanych dynamicznie zmieniającym się otoczeniem prawnym. Tak więc wymagane przez Zamawiającego określone funkcjonalności w znacznej mierze wynikają z przepisów obowiązujących banki, przy czym są to nie tylko przepisy powszechnie obowiązującego prawa, ale również regulacje, rekomendacje wydawane w szczególności przez Narodowy Bank Polski, Krajowa Izba Rozliczeniowa, Komisja Nadzoru Bankowego, Bankowy Fundusz Gwarancyjny, Ministerstwo Finansów, Główny Inspektorat Informacji Finansowej, European Payments Council, European Central Bank. Wymagania systemu informatycznego dla tego konkretnego Zamawiającego cechuje jednak znaczna specyfika działalności bankowej z uwagi na fakt, iż Zamawiający - Bank Gospodarstwa Krajowego jest jedynym bankiem w Polsce należącym w całości do skarbu państwa, którego zadania, zakres działalności oraz organizację określa ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o Banku Gospodarstwa Krajowego (dalej „Ustawa o BGK”). Zakres zadań realizowanych przez Zamawiającego jest odmienny od typowej działalności bankowej prowadzonej przez inne banki w Polsce. Do podstawowych celów działalności

Zamawiającego, w zakresie określonym ustawą oraz odrębnymi przepisami, należy wspieranie rządowych programów społeczno-gospodarczych oraz programów samorządności lokalnej i rozwoju regionalnego, obejmujących w szczególności projekty:

1. realizowane z wykorzystaniem środków pochodzących z funduszy Unii Europejskiej oraz międzynarodowych instytucji finansowych w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe,
2. infrastrukturalne,
3. związane z rozwojem sektora małych i średnich przedsiębiorstw,
- w tym realizowane z wykorzystaniem środków publicznych.

Szczegółowy zakres zadań zdefiniowany jest postanowieniami Art. 5.1. ustawy o BGK.

Z powyższego wynika więc, że zestaw wymagań wylistowanych przez Zamawiającego co do zasady jest konsekwencją przepisów regulujących działalność banków, z uwzględnieniem tej szczególnej specyfiki przepisów regulujących funkcjonowanie Banku Gospodarstwa Krajowego, które to wymagania są unikalne na rynku i nie mogą nawet być definiowane jako wymagania systemu informatycznego wykorzystywanego w ramach prowadzonej działalności bankowej.

Zwrócono także uwagę na istotny fakt powszechnie znany profesjonalnym dostawcom systemów informatycznych. Przepis prawa, który znajduje odzwierciedlenie w konieczności zdefiniowania określonej funkcjonalności systemu informatycznego, rzadko kiedy stanowi wprost literalny opis funkcjonalności. Przepis prawa formułujący pewną zasadę, obowiązek, uwarunkowania, ustanawia wyłącznie pewne „generalne ramy” wytycznych i koniecznym jest „przełożenie” tego opisu na logikę funkcjonowania systemu informatycznego w pewnych subiektywnych uwarunkowaniach u konkretnego użytkownika. Tak jest również i w tym przypadku, bowiem szczegółowy opis wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych przedstawiony przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do OPZ stanowi swoistą wykładnię, interpretację regulacji w zakresie, w jakim konieczność występowania określonej funkcjonalności wynika z regulacji prawnych, a ponadto stanowi unikalny opis funkcjonalności zdefiniowanych autorsko przez Zamawiającego.

Załącznik nr 1 do odwołania specyfikuje szczegółową listę unikalnych wymagań Zamawiającego przygotowaną przez Odwołującego na podstawie specyfikacji wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych zdefiniowanych w Załączniku nr 1 do OPZ. Liczba tych wymagań wynosi 168, przy czym Odwołujący zwraca uwagę, iż listuje wyłącznie wymagania oznaczone cyfrą „1”.

Specyfika wymagań unikalnych dla Zamawiającego jest Odwołującemu znana, z uwagi na fakt, iż Odwołujący jest dostawcą obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego centralnego systemu bankowego. W konsekwencji tego Odwołujący mógł potwierdzić dostępność w standardzie wielu, również unikalnych funkcjonalności

Zamawiającego, co przełożyło się na najwyższą liczbę punktów za funkcjonalność przyznaną Odwołującemu przez Zamawiającego. Natomiast pozostali wykonawcy nie mogli zaznaczyć jako dostępnych w oferowanym rozwiązaniu, a już w szczególności jako „dostępnych w standardzie”, tych funkcjonalności, które są unikalnymi, specyficznymi funkcjonalnościami zdefiniowanymi przez Zamawiającego.

Niestety z przyznanej wykonawcom punktacji podanej w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13.10.2015r. wynika, iż Sygnity zaznaczyło zdecydowaną większość funkcjonalności, w tym funkcjonalności specyficznych, unikalnych dla Zamawiającego, jako funkcjonalność „dostępną w standardzie”, a więc funkcjonalność oznaczoną przez Zamawiającego cyfrą „1” za, którą przyznane zostało 5 punktów w ramach dokonanej oceny.

Odwołujący przeprowadził następującą symulację, w celu wyliczenia liczby funkcjonalności z cyfrą „1”, zadeklarowanych przez Sygnity, jako „dostępne w standardzie” w oparciu przyznaną przez Zamawiającego punktację. Według algorytmu z SIWZ, maksymalna punktacja możliwa do uzyskania za kryterium „Funkcjonalność” wynosi: 6834,2 punktów, na co składa się suma: 6820 punktów za wymagania oznaczone cyfrą „1” oraz 14,2 punktów za wymagania oznaczone cyfrą „2”. Liczba punktów przyznanych ofercie złożonej przez Asseco wynosi 6 717 i jest to maksymalna liczba punktów, co dało ocenę punktową równą 1,00 za kryterium „Funkcjonalność”. Tym samym jest to dana, która do obliczenia punktów pozostałych 2 ofert w tym kryterium jest podstawiana do Wzoru 1 w miejsce niewiadomej FpMax. Znajac ponadto liczbę punktów uzyskaną przez Sygnity i Konsorcjum CUBE odpowiednio w obu kryteriach: „Cena” i „Funkcjonalność”, można wyliczyć liczbę punktów, a tym samym liczbę funkcjonalności zadeklarowanych przez Sygnity i Konsorcjum CUBE. Następnie przeliczana jest liczba punktów na określony rodzaj funkcjonalności. Z powyższego wyliczenia wynika, iż:

✓ Sygnity potwierdziło, że oferowane rozwiązanie informatyczne posiada zaledwie pomiędzy 43 a 49 funkcjonalności, które „wymagają developmentu”. pozostałe zaś funkcjonalności, tj. około 1654 to funkcjonalności „dostępne w standardzie”.

zaś

✓ Konsorcjum CUBE potwierdziło, że oferowane rozwiązanie informatyczne posiada aż pomiędzy 232 a 237 funkcjonalności, które „wymagają developmentu”. co oznacza, że znacząco mniej, bo około 1468 to funkcjonalności „dostępne w standardzie”.

W ocenie Odwołującego nie było, na dzień składania ofert, i nie jest obecnie oferowane na rynku centralnych systemów bankowych żadne rozwiązanie informatyczne, poza rozwiązaniem oferowanym przez Odwołującego, posiadające tak dużą liczbę funkcjonalności „dostępnych w standardzie” zdefiniowanych przez Zamawiającego, przy założeniu tak istotnej specyfiki działalności Zamawiającego (168 unikalnych funkcjonalności

wylistowanych w Załączniku nr 1 do odwołania). Tym samym nie było, na dzień składania ofert, i nie jest obecnie możliwe potwierdzenie przez Sygnity posiadania, w oferowanym rozwiązaniu informatycznym, tak dużej liczby funkcjonalności „dostępnych w standardzie”, gdyż te ~168 funkcjonalności unikalne mogłyby być zaznaczone przez Sygnity co najwyżej jako funkcjonalności „wymagające development”. Dodatkowo mając na uwadze, że zarówno Sygnity, jak i Konsorcjum CUBE, zaoferowały to samo oprogramowanie - a mianowicie oprogramowanie Flexcube, o identycznych funkcjonalnościach, nie jest możliwa tak istotna różnica, jak wykazana w powyższych wyliczeniach oraz w ocenie ofert dokonanej przez Zamawiającego.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej unikalność, specyficzność tylko dla Banku Gospodarstwa Krajowego blisko 200-stu funkcjonalności oraz zasady doświadczenia życiowego z całą pewnością można stwierdzić, że Konsorcjum CUBE w ofercie wskazało wszystkie dostępne i istniejące na dzień złożenia ofert funkcjonalności oprogramowania Flexcube. Rozbieżności zaś w uzyskanej ilości punktów w tym kryterium, tj. uzyskanie przez Sygnity większej ilości punktów w tym kryterium, może wynikać z tego, że Sygnity podało w ofercie nieprawdziwe informacje co dostępnej funkcjonalności oprogramowania Flexcube.

Mając zatem na uwadze następujące okoliczności:

- różnicę w punktach w kryterium funkcjonalność w ofertach Sygnity i Konsorcjum CUBE,
 - oferowanie tego samego produktu - oprogramowania Flexcube,
 - różnicę pomiędzy liczbą wymagań wskazanych przez Sygnity jako „wymagających developmentu” (maksymalnie 48 wymagań), a liczbą wymagań, które są specyficzne dla Zamawiającego (168 wymagań) i dlatego nie mogą być spełnione przez żadne oprogramowanie z wyłączeniem oprogramowania Odwołującego,
- jedynym logicznym wnioskiem, jaki się nasuwa, jest wniosek, że Sygnity podało w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na ilość punktów przyznanych ofercie Sygnity, a tym samym na wynik postępowania. Dodatkowo analizując oświadczenie Sygnity z punktu widzenia logiki, skoro Sygnity potwierdziło, iż funkcjonalność jest „dostępna w standardzie”, a nie zaznaczyła, że „wymaga developmentu” i faktycznie takiej funkcjonalności nie ma rozwiązanie informatyczne oferowane przez Sygnity to oznacza, że oferta Sygnity jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity i oferty Konsorcjum CUBE, pomimo iż złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity i oferty Konsorcjum CUBE, pomimo iż oferty te są nieważne na podstawie odrębnych przepisów.

Jak już wskazano zarówno Sygnity, jak i Konsorcjum CUBE zaoferowały to samo rozwiązanie, tj. oprogramowanie Flexcube, produkcji hinduskiej firmy i-flex, obecnie będącej

własnością korporacji Oracle. Sytuacja taka była już badana przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „UOKiK”) w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - i Prezes UOKiK uznał takie zachowanie wykonawców za niedozwoloną zmwę przetargową (decyzja nr DOK - 11/2104 z dnia 30 grudnia 2014 roku). Zmowa przetargowa z całą pewnością jest czynem nieuczciwej konkurencji, tym samym złożenie ofert przez Sygnity i Konsorcjum CUBE realizuje przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co powinno skutkować odrzuceniem obu ofert.

Zdaniem Odwołującego sytuacja, w której za każdym razem, w przypadku 2 ofert, beneficjentem wybrania danej oferty jako oferty najkorzystniejszej, jest zawsze ta sama firma, w tym przypadku firma, która jest właścicielem oprogramowania Flexcube, stanowi naruszenie zasady prawa zamówień publicznych zakazującej składania więcej niż jednej oferty przez jednego przedsiębiorcę. Pzp wprost zabrania w przepisie art. 82 ust. 1 składania więcej niż jednej oferty przez jeden podmiot. Tymczasem właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku ofert Sygnity i Konsorcjum CUBE. Taką sytuację należy analizować w świetle art. 58 § 1 Kodeksu Cywilnego, zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą czy też mająca na celu obejście prawa jest nieważna. Z kolei za nieważną należy uznać czynność prawną mającą na celu obejście ustawy. Doktryna prawa cywilnego wskazuje, że „Czynność prawna mająca na celu obejście ustawy polega na takim kształtowaniu jej treści, które z punktu widzenia formalnego (pozwornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane” (por. Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga pierwsza, część ogólna, S. Dmowski, S. Rudnicki, Warszawa 2011, s. 281). A zatem sytuacja, która zaistniała w postępowaniu, realizuje przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - a to wobec okoliczności, iż de facto jeden podmiot złożył w niniejszym postępowaniu 2 oferty.

Sprzeczność między treścią SIWZ a treścią oferty Sygnity.

Zaoferowane oprogramowanie Centralnego Systemu Bankowego nie spełnia wymagań SIWZ. Sygnity podało nieprawdziwe informacje odnośnie funkcjonalności oferowanego oprogramowania. Część z tych funkcjonalności jest funkcjonalnością obligatoryjną. Zatem w tym zakresie treść oferty Sygnity nie odpowiada treści SIWZ. Wobec objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiedniej części oferty Sygnity, Odwołujący nie może wskazać konkretnych zapisów oferty Sygnity. Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza może dokonać analizy oferty w tym zakresie. Wszystkie wymagania funkcjonalne oznaczone przez Zamawiającego „1” są wymaganiami obligatoryjnymi - tzn. że Zamawiający wymagał, aby dostarczane oprogramowanie miało taką funkcjonalność. Wykonawca mógł zadeklarować (oczywiście zgodnie ze stanem faktycznym):

1. że daną funkcjonalność oferuje jako gotową, istniejąca w standardzie - i wtedy otrzymywał 5pkt

lub też

2. że daną funkcjonalność stworzy w ramach development u — i wtedy otrzymywał 1pkt. Jednakże każda z funkcjonalności oznaczonych jako „1” jest zawsze obligatoryjna do dostarczenia w ramach przedmiotu zamówienia. Tym samym jakakolwiek sprzeczność w tym zakresie pomiędzy ofertą a wymaganiem SIWZ - jest podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Sygnity podało nieprawdziwe informacje, wskazując część funkcjonalności obligatoryjnych jako te, które istnieją w chwili złożenia oferty. Tym samym - Sygnity nie może już ich stworzyć w ramach przedmiotu zamówienia, gdyż w tym zakresie zakres świadczenia Sygnity byłby sprzeczny z ofertą (co narusza art. 140 ust. 1 PZP). Jednocześnie zaś - skoro funkcjonalności te nie istnieją jako gotowe, standardowe w oferowanym produkcie, to oferta Sygnity w tym zakresie jest sprzeczna z SIWZ.

Zaoferowana infrastruktura i oprogramowanie nie spełnia wymagań SIWZ. Niska cena oferty Sygnity wskazuje, że Sygnity zaoferowało rozwiązanie oparte na tańszej platformie sprzętowej, tj. na platformie sprzętowej opartej na procesorach Intel. Platforma taka jest znacznie tańsza od technologii Sparc (Oracle) czy Power (IBM), co mogło umożliwić Sygnity zaoferowanie tak niskiej ceny ofertowej. Jednakże platforma sprzętowa Intel nie spełnia wszystkich wymagań z Załącznika nr 1 do OPZ, rozdział III. "Wymagania Pozafunkcyjne" a mianowicie nie spełnia następujących wymagań:

✓ punkt 1.6 Infrastruktura Sprzętowa, wiersz 18.1, str. 318:

18.1.. „wirtualizację dostępu do mocy procesora z możliwością dynamicznej (w trakcie pracy maszyny) alokacji i dealokacji przydziału mocy dla maszyny wirtualnej (typu gość),”

✓ punkt 1.7 Bazy Danych, wiersz 2, str. 320:

„W przypadku licencjonowania bazy danych Systemu w oparciu o core lub socket procesora, polityki licencyjne muszą pozwalać na licencjonowanie w oparciu o ograniczoną moc procesorową (licencjonowanie tylko wydzielonych zasobów wirtualnych bez konieczności licencjonowania pełnych zasobów fizycznych, patrz np. Oracle hard-partitioning) z oferowaną technologią wirtualizacji dla serwerów.”

Nie jest możliwe wykorzystanie silnika bazy danych Oracle na platformie Intel, gdyż nie są jednocześnie spełnione warunki dotyczące dynamicznej (w trakcie pracy maszyny) alokacji i dealokacji przydziału mocy dla maszyny wirtualnej z jednoczesnym zachowaniem licencjonowania w oparciu o ograniczoną moc procesorową (licencjonowanie tylko wydzielonych zasobów wirtualnych bez konieczności licencjonowania pełnych zasobów fizycznych, patrz np. Oracle hard-partitioning).

Ponadto, także mając na uwadze niską cenę oferty Sygnity, Odwołujący uważa, że zaoferowany sprzęt i oprogramowanie nie spełnia następujących wymagań SIWZ:

1. Konieczność budowy dwóch odrębnych platform - dla CPD1 i CPD2 - zbudowanych w architekturze klastra HA, zawierających zdublowane serwery dla CPD 1 i CPD 2 wraz z dostawą odpowiedniego oprogramowania klastrowego ze wszystkimi wymaganymi licencjami - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.2 Eksploatacja, wiersz 12
2. Brak technologii i licencji do zdalnej replikacji danych - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.2 Eksploatacja, wiersz 13
3. Brak możliwości konfiguracji sprzętu w pełni przygotowanej do realizacji replikacji odwrotnej
- Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.2 Eksploatacja, wiersz 14
4. Brak zapewnienia zachowania 100% wydajności zarówno w przypadku awarii pojedynczego komponentu systemowego, jak i po przełączeniu pracy Systemu z CPD1 na CPD2 - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.2 Eksploatacja, wiersz 15
5. Brak sprzętu zapewniającego skalowalność poziomą - dołożenie nowych serwerów, jak i pionową, gdyż zaoferowane serwery musiałyby pozwalać na podwojenie ich mocy obliczeniowej i przepustowości przez dołożenie nowych komponentów - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.3 Architektura infrastruktury, wiersz 3
6. Brak spełnienia wymagania fizycznej separacji zasobów środowiska produkcyjnego i zapasowego - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.3 Architektura infrastruktury, wiersz 4
7. Brak odpowiednich licencji bazy danych - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.3 Architektura infrastruktury, wiersz 5
8. Brak kompletnej infrastruktury dla wszystkich wymaganych przez Zamawiającego środowisk - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.5 Infrastruktura sprzętowa, wiersz 1
9. Brak serwerów umożliwiających rozbudowę ich mocy obliczeniowej przez podwojenie liczby procesorów i rozmiaru pamięci RAM - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.5 Infrastruktura sprzętowa, wiersz 5
10. Brak serwerów zapewniających redundancję na poziomie procesorów, pamięci, dysków wewnętrznych, kart adapterów ETH i FC oraz zasilania i wentylacji - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKGONALNE punkt 1.2 Infrastruktura sprzętowa, wiersz 6

11. Brak serwerów, zgodnie z wymaganiem, że procesory w serwerach muszą zapewnić sprzętowe wsparcie dla mechanizmów wirtualizacyjnych i mechanizmów szyfrowania - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKCJONALNE punkt 1.5 Infrastruktura sprzętowa, wiersz 8

12. Brak macierzy spełniających wymagania SIWZ, tj. macierzy mających pojemność pozwalającą na przechowywanie danych CSB (z uwzględnieniem wymagań funkcjonalnych, pozafunkcyjnych, zastosowanej przez Dostawcę technologii i architektury) w całym okresie serwisu Systemu - Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKCJONALNE punkt 1.6 Infrastruktura sprzętowa, wiersz 1, ppkt 1.1,

13. Brak macierzy zapewniających wydajność pozwalającą na osiągnięcia czasu odpowiedzi nie dłuższego niż 7 ms dla 90% wszystkich operacji wejścia - wyjścia podczas normalnej pracy Systemu. Załącznik nr 1 do OPZ, rozdział III WYMAGANIA POZAFUNKCJONALNE punkt 1.6 Macierze, wiersz 1, ppkt 1.3.

Rażąco niska cena, czyn nieuczciwej konkurencji.

W postępowaniu złożono 3 oferty. Ceny brutto w postępowaniu przedstawiają się

1	Sygnity	53 970 308,00 zł	40 548 596,00 zł
2	Asseco Poland	104 500 985,20 zł	62 940 515,20 zł
3	Konsorcjum CUBE	114 080 303,30 zł	91 770 189,18 zł

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę 90.000.000,00 zł jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Jak widać z powyższego zestawienia cena oferty Sygnity znacząco i rażąco odbiega od kwoty, jaką Zamawiający przewidział na realizację zamówienia, cena ta w zakresie ceny zamówienia podstawowego stanowi 45,05% kwoty, jaką Zamawiający przewidział na realizację zamówienia, a w zakresie ceny oferty brutto - 59,96% tej kwoty.

Odwolujący podkreśla, że szacując budżet postępowania Zamawiający oparł się na ekspertyzach biegłych oraz dokonał dokładnego rozpoznania rynku, tym samym należy kwotę podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert uznać za kwotę, która wynika z badania rynku, znajomości przez Zamawiającego rynku usług bankowych. Kwotę, która powinna stanowić odniesienie przy badaniu cen poszczególnych ofert.

Podobnie - także porównanie cen złożonych ofert wskazuje, że cena oferty Sygnity jest ceną rażąco niską - gdyż jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. A taka właśnie definicja rażąco niskiej ceny przyjęta jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Oferta Sygnity tańsza o 22.391.919,20 zł od oferty kolejnej. Z kolei odnosząc się do średniej ceny ofert - należy wskazać, że cena tej oferty stanowi

zaledwie 62.30% średniej ceny ofert, i to przy uwzględnieniu przy wyliczaniu ceny średniej rażąco niskiej ceny oferty Sygnity.

Istotny jest także fakt, że spośród złożonych ofert wyłącznie cena oferty Sygnity odbiega w tak znaczący sposób od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Na okoliczność, iż uzasadnia to zaistnienie w ofercie rażąco niskiej ceny zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 sierpnia 2012 roku, KIO 1649/12. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przyjęte jest, że kwestionowaną cenę należy, w celu stwierdzenia zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, porównać do szacunkowej wartości zamówienia oraz pozostałych cen zaoferowanych w danym postępowaniu. Samo zatem powyższe zestawienie jest już wystarczającym dowodem, iż cena oferty Sygnity jest ceną rażąco niską.

Odwolujący uważa, że w przypadku Sygnity nie zachodzą żadne obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki nie istnieją w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców. Należy bowiem podkreślić, iż wszystkie firmy składające oferty w przedmiotowym postępowaniu świadczą swoje usługi w oparciu o te same, stosowane na całym świecie metodyki pracy (np. Prince2 lub PMI), czy też oferują swoim pracownikom lub podwykonawcom wyspecjalizowanym w wąskiej dziedzinie bankowości analogiczne wysokie wynagrodzenia i to niezależnie od obszaru geograficznego położenia firmy. Tym samym - wobec braku takich obiektywnych czynników- Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Sygnity.

Odwolujący podkreśla też, że Sygnity wzywane było o złożenie wyjaśnień aż 3 razy - a mianowicie.

- Wezwanie z 16 września 2015 roku,
- Wezwanie z 1 października 2015 roku,
- Wezwanie z 2 października 2015 roku.

Już sama ta okoliczność wskazuje, że Zamawiający miał wątpliwości co do ceny oferty Sygnity oraz - że wyjaśnienia złożone przez Sygnity nie są wystarczające. Pismo Zamawiającego z dnia 2 października 2015 roku miało aż 9 stron, należy z tego wnioskować, że Zamawiający zadał Sygnity szereg bardzo szczegółowych pytań, żądając również szczegółowych odpowiedzi i wyjaśnień, popartych dowodami. W odpowiedzi Sygnity złożyło pismo z 7 października 2015 roku, mające zaledwie 19 stron. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, aby pismo to zawierało szczegółowe, wystarczające oraz poparte dowodami odpowiedzi na szczegółowe zapytania Zamawiającego zawarte w piśmie z 2 października 2015 roku.

Odwolujący uważa też, że Sygnity w trzykrotnie składanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (objętych bepodstawnie tajemnicą przedsiębiorstwa w całości) ani nie wykazał istnienia takich obiektywnych czynników, o które pytał Sygnity Zamawiający, ani też nie

przedstawił dowodów, które mogłyby uzasadniać zaferowanie tak niskiej ceny. Wskazać w tym miejscu należy, że Sygnity powinien w tych wyjaśnieniach przedstawić szczegółowe rozbięcie elementów ceny wskazując, z jakich elementów cena się składa. A ponadto udowodnić, że wszelkie elementy przedmiotu zamówienia są ceną objęte. W przypadku, gdyby takich danych zabrakło w wyjaśnieniach, należy je uznać za niewystarczające i odrzucić ofertę, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Bowiem to na podmiocie składającym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ciąży ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska.

Odwolujący wskazał, że Sygnity nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach następujących elementów składowych ceny oferty:

1. Koszt licencji na oprogramowanie CSB w zakresie rachunków wirtualnych, będącymi zgodnie z SIWZ w zakresie projektu, a wynoszącymi 7.000.000 rachunków.

Wskazać należy, że Sygnity oferuje produkt firmy trzeciej (oprogramowanie Flexcube), które zgodnie dostępnymi informacjami licencjonowane jest na ilość rachunków. W związku z tym konieczne było objęcie ceną oferty osobno licencji dla rachunków wirtualnych. Zgodnie z wymaganiem 7 punkt 3.3. część 3. Rozdział III. WYMAGANIA POZAFUKCJONALNE docelowa liczba rachunków wirtualnych wynosi 7 mln. Oznacza to, że Sygnity powinna objąć ceną oferty nie tylko licencje na użytkowników i rachunki bankowe, ale także 7 mln licencji dla rachunków wirtualnych, które zostało zaferowane. Uwzględniając dostępne cenniki tego typu produktów oraz porównując do cen zawartych w ofercie Konsorcjum CUBE cena samych licencji na oprogramowanie Flexcube to nie mniej niż 10.000.000 USD, do czego należy doliczyć serwis producenta, w wysokości około 20% rocznie podanej kwoty, tj. tylko dla trzech lat serwisu po okresie wdrożenia około 6.000.000 USD. Łączna cena licencji i trzyletniego serwisu to około 16.000.000 USD, czyli ponad 50.000.000 PLN netto, tj. ok. 61.500.000 złotych brutto, a cena ta powinna być ujęta w cenie zamówienia podstawowego, bez opcji. Zatem cena za same licencje wraz z obowiązkowym 3letnim utrzymaniem to kwota stanowiąca 150% całej ceny oferty.

Z powyższej analizy wynika, że suma kwot pozycji 1 (Ceny licencji) i 4 (Cena trzyletniego świadczenia usług serwisowych), w formularzu z Załącznika 4a do oferty Sygnity powinna wynosić nie mniej niż 60.000 000 PLN brutto, podczas gdy cała oferta na zakres podstawowy Sygnity wynosi 40.548.596,00 PLN brutto. Polityka cenowa dostawców technologii, której użył Sygnity dla zaferowania CSB, wyklucza możliwość zaferowania licencji bez jednoczesnego wykupienia serwisu do tychże licencji u producenta technologii. Dlatego licencja i serwis do niej stanowią w tym przypadku nierozdzielalną całość i tak należy rozpatrywać kwoty związane z obiema pozycjami. Poprawność powyższego rozumowania i wyliczenia potwierdza również zsumowanie pozycji 1 i 4 formularza z Załącznika 4a do oferty Konsorcjum CUBE (oferującego to samo rozwiązanie Flexcube), które w wyniku daje

65.000.000 PLN brutto. Powyższe dowodzi, że Sygnity nie wyceniło w swojej ofercie pełnej liczby rachunków, wskazanych, jako wymagane przez Zamawiającego, a tym samym złożyło ofertę niekompletną, zaniżając w ten sposób cenę. Już samo to wskazuje, że cena oferty Sygnity nie obejmuje wszystkich elementów przedmiotu zamówienia.

2. Kosztów ryzyk związanych ze zmianami prawnymi i zmianami wynikającymi z wytycznych KNF;
3. Kosztów ryzyk związanych z odpowiedzialnością z tytułu umowy outsourcingowej oraz samą realizacją umowy w trybie umowy outsourcingowej - umowa zawarta w wyniku postępowania jest umową outsourcingową w rozumieniu Prawa bankowego,
4. Kosztów ryzyk związanych z transferem wiedzy,
5. Kosztów ryzyk związanych z dochowaniem określonego w SIWZ bardzo rygorystycznego SLA,
6. Kosztów ryzyk związanych z nieprzewidywalnym wzrostem wynagrodzeń w długim okresie realizacji Umowy,
7. Kosztów ryzyk związanych ze zmianami produktów infrastrukturalnych objętych ofertą, mając na uwadze, że dostawa sprzętu będzie dokonywana dopiero 28 miesięcy po zawarciu umowy.

Brak wykazania powyższych kwestii powinien skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego oferty Sygnity. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 roku, KIO 1538/15, KIO 1548/15 i KIO 1549/15 wskazała: *„Wskazać dalej należy, że w świetle art. 90 ust 1 zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rola zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń, w tym obiektywnych dowodów, wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności”*

Kolejnym dowodem potwierdzającym zaoferowanie przez Sygnity przedmiotu zamówienia poniżej kosztów jego wytworzenia oraz poniżej cen rynkowych jest porównanie cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu na ten sam produkt, tj. ceny oferty Sygnity z ceną oferty Konsorcjum CU BE. W ofercie Konsorcjum CU BE same licencje to kwota ponad 22.500.000 złotych brutto, a zatem analogiczna kwota powinna znaleźć się w ofercie Sygnity, gdyż zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego oraz panującymi na rynku standardami - nie jest możliwe, aby Sygnity otrzymało od producenta ceny licencji lepsze niż Konsorcjum CUBE. Gdyby zaś Sygnity twierdziło przeciwnie - a mianowicie, iż otrzymało

wyjątkowo niskie ceny licencji od producenta, to wobec tak dużych rozbieżności cenowych - Sygnity powinno przedstawić dowody na tę okoliczność, czyli wiążącą ofertę złożoną przez producenta, przy czym oferta ta powinna obejmować kwestie licencyjne wskazane powyżej, tj. kwestię rachunków wirtualnych.

Ponadto Sygnity brał udział w poprzednim, unieważnionym przez Zamawiającego, postępowaniu przetargowym na centralny system bankowy w Banku Gospodarstwa Krajowego i w konsorcjum z HP Polska złożył ofertę z ceną 204 mln zł brutto. Cena ta znacząco odbiega od obecnie oferowanej ceny, nawet przy uwzględnieniu zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia w obecnym postępowaniu. Z informacji przekazywanych przez Zamawiającego w trakcie dialogu technicznego poprzedzającego wszczęcie obecnego postępowania, wynika, że w obecnym postępowaniu zakres wymagań jest mniejszy w porównaniu z poprzednim postępowaniem, o elementy, które zostały przedstawione poniżej wraz z szacunkowymi cenami ich realizacji:

1. Bankowość Elektroniczna - szacowana cena ok. 17 mln zł brutto. Taka cena została zaproponowana w ofercie Asseco na przetargu na Nową Bankowość Elektroniczną w 2014 roku; co prawda jako najkorzystniejsza została wybrana oferta CA Consulting z ceną 13 mln zł, ale zdaniem Asseco cena CA Consulting była rażąco niska, co potwierdzają opóźnienia w obecnie prowadzonym przez CA Consulting u Zamawiającego projekcie wdrożenia nowej bankowości elektronicznej);
2. Departament Skarbu - szacowana cena ok. 5 mln zł brutto (szacunek Asseco na podstawie znajomości specyficznych wymagań Zamawiającego);
3. Departament Usług Agencyjnych (usługi świadczone na rzecz Ministerstwa Finansów) - szacowana cena ok. 6 mln zł brutto (szacunek Asseco na podstawie znajomości specyficznych wymagań Zamawiającego);
4. Szyna danych ESB - szacowana cena ok. 4 mln zł brutto;
5. Sprawozdawczość zarządcza - szacowana cena ok. 3 mln zł brutto (tyle Zamawiający zapłacił za zarządcą hurtownię danych, która została zrealizowana w ramach oddzielnego projektu).

Biorąc pod uwagę powyższe informacje, nawet jeżeli od ceny 204 mln zł brutto zaproponowanej przez Sygnity w ofercie w poprzednim postępowaniu, zostanie odjęta suma powyższych cen za elementy obecnie wyłączone z przedmiotu zamówienia, to cena oferty nadal wynosi 169 mln zł brutto. W porównaniu z ceną oferty złożonej w poprzednim postępowaniu, cena przedstawiona w ofercie złożonej przez Sygnity w obecnym postępowaniu (czyli 40 mln zł) jest rażąco niska i nie tłumaczy jej fakt, że wtedy Sygnity proponował realizację projektu w oparciu o inny system bankowy.

Zaoferowanie przez Sygnity tak niskiej ceny realizuje także przesłankę nakazującą odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem

Odwolującego nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia w cenie zaofferowanej przez Sygnity. A tym samym złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie - świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia/świadczenia. Cena taka została zaofferowana przez Sygnity w celu eliminacji innych przedsiębiorców, tj. innych wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu.

Sygn. akt KIO 2302/15

23 października 2015 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: CUBE.ITG S.A. (Lider); COMP S.A. (Członek konsorcjum) z siedzibą dla Lidera w Warszawie, dalej jako „Odwolujący 2” lub „konsorcjum Cube”.

Odwolanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1) zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez następujących wykonawców: Sygnity SA, (dalej: „Sygnity”) oraz Asseco Poland S.A. (dalej: „Asseco”), jako niejawnych części ofert ww. Wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj.

a) Formularz cenowy (sporządzany w oparciu o Załącznik nr 4 do SIWZ),
b) Formularz cenowy na potrzeby oceny oferty (sporządzany w oparciu o Załącznik nr 4a do SIWZ),

c) Wybrane informacje, które Wykonawcy zobowiązani byli podać w tabeli sporządzanej w oparciu o Załącznik nr 5 do SIWZ zawierającej wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie, w zakresie:

- Liczby jednostek zaofferowanych licencji baz danych w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym, przedprodukcyjnym oraz produkcyjnym,

- Nazwy sprzętu w zakresie zaofferowanego serwera w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym, przedprodukcyjnym oraz produkcyjnym,

- Wypełnionej przez Wykonawców tabeli oferowanych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, stanowiącej Załącznik 1 do OPZ,

ewentualnie - w przypadku braku uwzględnienia zarzutu dotyczącego odtajnienia całej tabeli - podania informacji zbiorczej w zakresie ilości zaofferowanych przez Sygnity i Asseco funkcjonalności oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „1” i realizowanych przez Wykonawcę w postaci parametryzacji systemu, oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „1” i realizowanych w postaci modyfikacji systemu oraz oznaczonych przez Zamawiającego

cyfrą „2” i realizowanych przez Wykonawcę - w poszczególnych grupach funkcjonalnych wskazanych w Załączniku nr 1 do OPZ,

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

2) jeżeli potwierdzą się założenia Odwołującego ujęte w uzasadnieniu odwołania - zaniechaniu odrzucenia oferty Sygnity mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie niewystarczającej ilości licencji baz danych.

3) zaniechaniu odrzucenia oferty Asseco, mimo że oferta tego Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4) zaniechaniu odrzucenia ofert Sygnity oraz Asseco, mimo że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę;

5) zaniechanie wykluczenia Asseco oraz Sygnity, mimo podania nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie funkcjonalności oferowanych w standardzie.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie o art. 86 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wymienionych Wykonawców informacji;

2) jeżeli potwierdzą się założenia Odwołującego ujęte w uzasadnieniu odwołania - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, mimo że oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie niewystarczającej ilości licencji baz danych;

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco, mimo że oferta tego Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Sygnity oraz Asseco, mimo że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco oraz Sygnity, mimo że Wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu;

1) unieważnienia czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez Wykonawców jako niejawnie części ofert (zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa); zawiadomienia

Odwolującego o odtajnieniu (ujawnieniu) dokumentów oraz udostępnienia Odwołującemu dokumentów,

3) jeżeli potwierdzą się założenia Odwołującego ujęte w uzasadnieniu Odwołania - odrzucenia oferty Sygnity, ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ

4) odrzucenia oferty Asseco, ze względu na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5) odrzucenia ofert Sygnity oraz Asseco, ze względu na rażąco niską cenę;

6) wykluczenia Wykonawcy Asseco oraz Sygnity z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na wynik postępowania;

7) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwolujący 2 wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz ponieść lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Odwolujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego, w tym zaniechania odtajnienia części ofert objętych odwołaniem - Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, albowiem odrzucenie ofert Sygnity i Asseco skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Konsekwencją prawidłowej - zgodnej z przepisami prawa - oceny ofert pozostałych uczestników postępowania, jest uznanie oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i w efekcie uzyskanie zamówienia w tym zakresie przez Odwołującego.

Ponadto bez odtajnienia dokumentów, Odwołujący nie mógł dokonać weryfikacji poprawnego podejmowania decyzji przez Zamawiającego, w tym podnosić innych wadliwości ofert Sygnity i Asseco, mających wpływ na wynik postępowania.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przesłane Odwołującemu e-mailem w dniu 13 października 2015 r. Tym samym termin na wniesienie odwołania wynikający z 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości i w terminie. Zamawiający otrzymał kopię odwołania

Zarzut zaniechania odtajnienia elementów ofert Sygnity i Asseco

W dniu 16 września 2015 roku nastąpiło złożenie i otwarcie ofert. Przedstawiciele konsorcjum Cube w dniu 22 września 2015 roku uzyskali wgląd do ofert, jednakże udostępniono im jedynie formularze „Oferta” sporządzane w oparciu o Załącznik 3 do SIWZ oraz dokumenty formalne Sygnity i Asseco. Pismem z dnia 30 września 2015 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż trwa ocena i badanie ofert, również w zakresie zasadności objęcia ofert zastrzeżeniem tajemnicy a informacja, czy oferty zostaną odtajnione zostanie przekazana Wykonawcom najpóźniej w dniu publikacji informacji o wyborze oferty

najkorzystniejszej. Do tego dnia Zamawiający nie przekazał. Odwołującemu informacji o odtajnieniu jakiegokolwiek elementu ofert, zatem Zamawiający uznał, że zastrzeżenia Wykonawców są w całości skuteczne.

Niezależnie od tego pismem z dnia 19 października (po wyborze oferty najkorzystniejszej) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie elementów ofert Sygnity i Asseco, których dotyczy odwołanie tj.:

- a) Formularz cenowy (sporządzony w oparciu o Załącznik nr 4 do SIWZ),
- b) Formularz cenowy na potrzeby oceny oferty (sporządzony w oparciu o Załącznik nr 4a do SIWZ),
- c) Informacje (wynikające z dokumentu sporządzonego w oparciu o Załącznik nr 5 do SIWZ) w zakresie:

- Liczby jednostek zaoferowanych licencji baz danych w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym i przedprodukcyjnym,
 - Nazwy sprzętu w zakresie zaoferowanego serwera w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym, przedprodukcyjnym oraz produkcyjnym,
- jednakże w dniu 20 października Odwołujący otrzymał odpowiedź negatywną - Zamawiający uznał, że dokumenty „zostały skutecznie zastrzeżone, a Zamawiający nie dokonał ich odtajnienia”.

Następnie, pismem z dnia 20 października (po wyborze oferty najkorzystniejszej) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie informacji na temat treści ofert Sygnity i Asseco, których dotyczy odwołanie tj. w zakresie:

- Liczba funkcjonalności oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „1” i realizowanych przez Sygnity / Asseco w postaci parametryzacji systemu
- Liczba funkcjonalności oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „1” i realizowanych przez Sygnity / Asseco w postaci modyfikacji systemu
- Liczba funkcjonalności oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „2” i realizowanych przez Sygnity / Asseco.

lecz w dniu 22 października Odwołujący otrzymał negatywną odpowiedź Zamawiającego w tej sprawie.

Odwołujący uważa, że Zamawiający naruszył art. 8 w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ informacje zawarte w zastrzeżonych przez Sygnity i Asseco częściach ofert, których dotyczy odwołanie, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zaznacza przy tym, że nie domaga się odtajnienia całości, czy istotnej części ofert, zwłaszcza ich zawartości „merytorycznej”, a jedynie elementów dotyczących ceny oraz wybranych informacji na temat treści oferty, które to informacje nie mają cech tajemnicy przedsiębiorstwa.

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

Mając na uwadze powyższe poglądy orzecznictwa (np. wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/2000, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/2000) za słuszne należy przyjąć stanowisko, iż z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynika wprost, literalnie, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

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

W ocenie Odwołującego dokonane przez Sygnity i Asseco zastrzeżenie dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne.

Zdaniem Odwołującego w stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej oraz posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa albo wartości gospodarczej. Informacje, których odtajnienia domaga się Odwołujący ze swej istoty bowiem nie mogą spełniać tych przesłanek.

Formularze cenowe (sporządzane w oparciu o Załącznik nr 4 i 4a do SIWZ)

Zgodnie z pkt X.2 SIWZ cenę należało przedstawić w Formularzu cenowym, którego wzór określił Zamawiający w Załącznikach 4 i 4a do SIWZ. Cena podana w ofercie musiała zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie pozycje ujęte w Formularzu cenowym.

Załącznik 4 stanowi tabelę zawierającą wyłącznie przypisanie cen do poszczególnych elementów przedmiotu umowy, przy czym elementy te zostały nazwane i narzucone przez Zamawiającego w SIWZ, zaś Wykonawcy mieli jedynie wpisać ceny za poszczególne elementy. Nie należało tu wskazywać żadnych rozwiązań technicznych Wykonawcy (nazw oprogramowania itd., komponentów) a jedynie zbiorczo ująć ceny za poszczególne elementy zamówienia takie jak: sprzęt, licencje, modyfikacje, szkolenia, serwis.

Co istotne, niektóre z pozycji cenowych ujętych w załączniku 4 były również ujęte w formularzu „Oferta”, sporządzanym w oparciu o Załącznik 3, który to formularz w obu ofertach jest jawny. W szczególności z formularza oferty można poznać wartości ujęte w wierszach 8, 9, 10 załącznika 4a, a także wyliczyć cenę ujętą w wierszu 6 załącznika 4. Zatem część informacji ujętych w utajnionym załączniku oferty Sygnity i Asseco podali do wiadomości publicznej w innym elemencie ich ofert.

Pozostałe wartości ujęte w załączniku 4 również nie stanowią tajemnicy bowiem nie zawierają informacji technicznych, technologicznych, handlowych, organizacyjnych czy innych mających wartość gospodarczą bowiem nie ujawniają ani rozwiązań oferowanych przez Wykonawców (ani w obszarze oprogramowania ani sprzętu) ani uzyskanych przez nich na rynku cen jednostkowych elementów zamówienia nabywanych „na zewnątrz” a jedynie podział ceny za „Zamówienie Podstawowe” i „Opcję” na określone przez Zamawiającego w sposób zbiorczy elementy. Przykładowo - nie można uznać, że łączna wycena przez wykonawcę pozycji „sprzęt” czy pozycji „licencje” ma charakter techniczny czy niesie wartość gospodarczą.

Odnosząc się natomiast do tabeli sporządzanej w oparciu o załącznik 4a to jest to nic więcej, niż podział zaoferowanej ceny za „Zamówienie Podstawowe” na 4 zbiorcze elementy (licencje, wsparcie wdrożenia, sprzęt i serwis) odpowiadające podkryteriom ustanowionym w ramach kryterium ceny (licencje - 25%, wsparcie wdrożenia - 30%, sprzęt - 15%, serwis - 30% - vide strona 5 SIWZ) oraz co-trzymiesięczne etapy płatności.

Brak tu danych jakie są realne koszty realizacji zamówienia przez Wykonawcę w poszczególnych 4 grupach kosztowych podlegających ocenie i poszczególnych kwartałach ani danych jak Wykonawca będzie finansował realizację zamówienia (czy skorzysta ze środków własnych, czy z kredytu, innych źródeł finansowania), a tym bardziej podania podmiotów finansujących, warunków umów itp. a tylko te informacje mogłyby mieć wartość gospodarczą dla Wykonawcy.

Zgodnie z pkt X.7 SIWZ Harmonogram określony w Załączniku nr 4a do SIWZ - „Formularz cenowy” został przyjęty na potrzeby przyznania punktów w kryterium „cena”.

Wartości podane w tym załączniku miały posłużyć Zamawiającemu do oceny oferty w oparciu o kryterium ceny, w ramach którego Zamawiający nie porównywał cen jako takich, a wskaźniki NPV odnoszące się do zdyskontowania przez Zamawiającego planowanych wydatków w czasie. Wskaźnik ten wyliczany był na podstawie danych ujętych w formularzu cenowym sporządzanym na załączniku 4a do SIWZ, a właściwie „wyliczał się” automatycznie (załącznik 4a do SIWZ był sporządzony przez Zamawiającego w pliku excel, gdzie Zamawiający zastosował odpowiednie formuły tego programu wyliczające wskaźnik NPV na podstawie podanych danych). Objęcie tego elementu oferty klauzulą poufności nie chroni więc żadnej tajemnicy Wykonawców, a jedynie uniemożliwia weryfikację prawidłowości

przyznania przez Zamawiającego punktów w kryterium „cena”. Znając bowiem jedynie zaoferowaną cenę za „Zamówienie podstawowe” bez znajomości treści Załączników 4a złożonych przez Sygnity i Asseco Odwołujący nie jest w stanie sprawdzić prawidłowości przyznanej konkurentom punktacji.

Ponadto, treść ujęta w formularzach na załącznikach 4 i 4a są to informacje dotyczące ceny, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, w stosunku do których ustawodawca wyraźnie wprowadził zakaz obejmowania ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Pogląd ten potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która wypowiadała się co do możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zestawienia cen jednostkowych np. w wyroku KIO 1072/11.

Wybrane Informacje z Załącznika nr 5 do SIWZ

Odwołujący domagał się również ujawnienia informacji ujętych w ofertach Asseco i Sygnity, w tabeli sporządzonej w oparciu o Załącznik nr 5 do SIWZ w zakresie:

- Liczby jednostek zaoferowanych licencji baz danych (w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym przedprodukcyjnym i produkcyjnym),
- Nazwy sprzętu w zakresie zaoferowanego serwera (w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym, przedprodukcyjnym oraz produkcyjnym).

W tym zakresie Odwołujący wskazał, iż Formularz z Załącznika 5 do SIWZ, Tabela I, obejmowała kolumny, w których należało podać poszczególne oferowane elementy Zamówienia (poszczególne elementy sprzętu, poszczególne licencje) w środowiskach objętych Zamówieniem (środowisko testowe, szkoleniowe, deweloperskie, wdrożeniowe, przedprodukcyjne itd.) i ich ilości.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, iż niektóre informacje ujęte w tabeli stanowią autorskie rozwiązanie Wykonawcy wskazujące na autorski, oferowany sposób realizacji zamówienia i nie domaga się odtajnienia całości tego załącznika załączonego do ofert konkurentów. Nie sposób jednak uznać, iż wszystkie informacje ujęte w Tabeli i załącznika 5 mogą stanowić tajemnicę.

W szczególności za taką tajemnicę nie można uznać liczby jednostek (kolumna 2) zaoferowanych licencji baz danych. Otóż oferowana liczba jednostek licencji bazodanowych jest odpowiedzią Wykonawców na wymagania SIWZ - Załącznika nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający, w punkcie 3.4. ppkt 1 określił liczbę użytkowników systemu:

„W poszczególnych obszarach funkcjonalnych w momencie startu produkcyjnego z Systemu będą korzystać pracownicy Zamawiającego (użytkownicy wewnętrzni) w ilości 700”.

Z tego powodu informacja dotycząca tego, ile licencji bazodanowych zaoferowali Wykonawcy Sygnity oraz Asseco nie niesie za sobą wartości technicznej, technologicznej,

organizacyjnej lub Innej posiadającej wartość gospodarczą, która mogłaby być wykorzystana przez konkurentów w prowadzonej przez nich działalności. Poufność tej informacji jedynie i wyłącznie uniemożliwia weryfikację zgodności ofert z SIWZ, tj. sprawdzenie, czy liczba zaoferowanych licencji bazodanowych pokrywa liczbę użytkowników wskazaną przez Zamawiającego.

Odwolujący wskazuje przy tym, że licencje zaoferowane dla jednego z wskazanych środowisk (testowe, szkoleniowe, deweloperskie, wdrożeniowe lub przedprodukcyjne) mogą być stosowane w pozostałych, stąd Wykonawcy mogli podać ich liczbę jednorazowo - dla jednego, dowolnego z środowisk. Zatem Odwołujący domaga się oddzielenia jednej wartości, która winna korespondować z wymogiem SIWZ, tj. umożliwiać korzystanie z systemu przez nie mniej niż 700 użytkowników. A zatem dla wypełnienia tabeli w zakresie liczby jednostek licencji bazodanowych, która winna korespondować z OPZ, nie jest wymagane żadne działanie twórcze.

W odniesieniu do żądania oddzielenia nazwy sprzętu w zakresie zaoferowanego serwera (w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym, przedprodukcyjnym oraz produkcyjnym) należy stwierdzić, iż wskazanie w tabeli oferowanego serwera stanowi wyłącznie wskazanie nazwy powszechnie dostępnych na rynku produktów - serwerów. Wykonawcy mieli jedynie wpisać nazwę serwera, który oferują, a który odpowiada wymaganiom SIWZ, czego nie sposób uznać za działanie twórcze. Skoro tabelę w zakresie sprzętu należało wypełnić nazwami komponentów architektury fizycznej powszechnie dostępnymi na rynku, to nie jest w stosunku do nich spełniona przesłanka uprzedniego nieujawnienia do wiadomości publicznej. Wskazanie takie nie ma też wartości technicznej, technologicznej, handlowej czy gospodarczej, gdyż wskazane elementy są dostępne na rynku. Podobna kwestia była już rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO 1172/11; jak również w wyroku KIO 2817/10; podobnie w wyroku KIO 1921/12.

Tabela funkcjonalności

Odwolujący domaga się także udostępnienia wypełnionej przez Wykonawców Asseco i Sygnity tabeli oferowanych wymagań funkcjonalnych i pozafunkcyjnych, stanowiącej Załącznik 1 do OPZ. Tabela ta została sporządzona przez Zamawiającego, zaś Wykonawcy mieli obowiązek jedynie wskazać, które z wymagań obowiązkowych (oznaczonych w OPZ nr 1 w oferowanym rozwiązaniu realizowane są w ramach standardowej wersji systemu, które w ramach developmentu oraz które z funkcjonalności nieobowiązkowych (oznaczonych w OPZ nr 2) oferuje Wykonawca.

W załączniku tym Wykonawcy nie prezentowali sposobu realizacji oczekiwanych funkcjonalności, jakie oprogramowanie planują tu zastosować, nie przedstawiali żadnych

informacji mających wartość intelektualną, a jedynie odpowiadali na wymagania ujęte w OPZ.

Z tego powodu informacje zawarte w tabelach nie niosą za sobą wartości technicznej, technologicznej, organizacyjnej lub innej posiadającej wartość gospodarczą, która mogłaby być wykorzystana przez konkurentów w prowadzonej przez nich działalności. Poufność tej informacji jedynie i wyłącznie uniemożliwia weryfikację prawdziwości informacji zawartych w ofertach oraz prawidłowości przyznania przez Zamawiającego punktacji w ramach kryterium: funkcjonalność - 60%.

Z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę, że tabele mogły być zastrzeżone, z czym Odwołujący się nie zgadza, Odwołujący żąda podania jedynie informacji zbiorczej w zakresie ilości zaoferowanych przez Sygnity i Asseco funkcjonalności oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „1” i realizowanych przez Wykonawcę w postaci parametryzacji systemu, oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „1” i realizowanych w postaci modyfikacji systemu oraz oznaczonych przez Zamawiającego cyfrą „2” i realizowanych przez Wykonawcę - w poszczególnych grupach funkcjonalnych wskazanych w Załączniku nr 1 do OPZ.

W tym zakresie oczekiwania Odwołującego tym bardziej w żaden sposób nie wkraczają w tajemnicę Asseco / Sygnity, gdyż Odwołujący domaga się jedynie zbiorczego podania liczb funkcjonalności zaoferowanych przez Asseco / Sygnity w poszczególnych grupach funkcjonalnych. Ogólność tych informacji wyklucza uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawców, a brak ich ujawnienia wyłącznie uniemożliwia weryfikację prawidłowości przyznania punktacji w ramach kryterium: funkcjonalność - 60%.

Podsumowując argumentację Odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu tej kwestii możliwości należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo, wyrok KIO/UZP 338/09; wyrok KIO 1080/11.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sygnity z uwagi na niezgodność z SIWZ

Jak wynika z uzasadnienia zarzutu nr 1 Odwołujący nie uzyskał dostępu do znacznej części treści oferty Sygnity, w tym do informacji zawartych w Formularzu sporządzonym w oparciu o Załącznik nr 5 do SIWZ, gdzie to wykonawcy podawali nazwy oferowanego sprzętu, licencji oraz ilości.

Niemniej jednak z najlepszej wiedzy Odwołującego wynika, że Sygnity oparło swoją ofertę o produkty Oracle, dlatego Odwołujący zakłada, że Sygnity oferuje Zamawiającemu – w zakresie licencji baz danych (w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym i produkcyjnym) – licencje Oracle Database Enterprise Edition NUP. Ponadto Odwołujący zakłada, że Sygnity mogło zaoferować liczbę jednostek tych licencji w ilości

mniej niż 700. Jeżeli powyższe założenia Odwołującego potwierdzą się, to wówczas wskazać należy, że oferta Sygnity jest ewidentnie niezgodna z treścią SIWZ.

Jak wynika z SIWZ – załącznika nr 1 do OPZ, pkt 3.4 ppkt 1 (strona 343) system będzie użytkowany przez 700 użytkowników wewnętrznych. Maksymalna liczba jednoczesnych użytkowników wewnętrznych używających systemu w sposób intensywny określona została na poziomie 60%.

Co prawda jest mowa o tym, że jednocześnie z systemu będzie korzystać do 70% użytkowników (czyli 490), jednakże w przypadku zaoferowania licencji Oracle typu "NUP" (Named User Plus License) są to licencje na użytkowników nazwanych (z imienia i nazwiska), a więc konkretne osoby. Z warunków umowy licencyjnej Oracle wynika, że każdy użytkownik korzystający z zasobów bazy danych powinien mieć przypisaną licencję NUP. Wskazuje na to wprost definicja NUP, wedle której jest to konkretna osoba lub urządzenie, upoważnione do korzystania z oprogramowania, niezależnie od tego, czyta osoba (lub urządzenie) aktywnie używa program w danym czasie. Tym samym określając potrzebną liczbę licencji NUP zliczamy wszystkich użytkowników bazy, oraz wszystkie urządzenia operujące na danych w bazie danych. Nie ma tu znaczenia okoliczność, że Zamawiający nie zakłada jednoczesnego używania bazy przez 700 użytkowników wewnętrznych.

Podsumowując - oferując licencje baz danych (w środowiskach testowym, szkoleniowym, deweloperskim, wdrożeniowym i przedprodukcyjnym) - Oracle Database Enterprise Edition NUP - Wykonawcy zobowiązani byli zaoferować je w liczbie nie mniej niż 700, w przeciwnym razie doszłoby do naruszenia warunków umowy licencyjnej.

Punkt IV.2. Załącznika 11 do Umowy (Stanowiącej Załącznik 2 do SIWZ) wskazuje, iż:

„Wykonawca zapewnia, iż korzystanie przez Zamawiającego z Oprogramowania; Dokumentacji oraz innych Produktów w zakresie opisanym w Umowie nie będzie naruszać jakichkolwiek osobistych lub majątkowych praw osób trzecich; w szczególności Praw Własności Intelektualnej”.

Użytkowanie baz łącznie przez 700 użytkowników na podstawie mniejszej liczby licencji NUP stanowiłoby ewidentne naruszenie praw firmy Oracle a zaoferowanie mniej niż 700 liczb licencji baz danych Oracle Database Enterprise Edition stanowi niezgodność oferty z SIWZ.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Asseco z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji

Analiza elementów ceny Wykonawcy Asseco wskazuje, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, co powoduje, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z treścią SIWZ Wykonawcy zobowiązani byli podać w ofercie:

1. Cenę za realizację zamówienia podstawowego, na które składa się: zakup sprzętu, licencji, modyfikacje oprogramowania, szkolenia, uruchomienie, wsparcie wdrożenia (4500 osobodni), okres stabilizacji (3 miesiące) oraz 3-letni serwis systemu

Wartość netto zamówienia podstawowego w ofercie Asseco wynosi 51.171.150,57 PLN

2. Cenę za realizację opcji (pkt 11.2 SIWZ), na którą składa się wsparcie wdrożenia (2500 osobodni) 2-letni serwis systemu

Wartość netto opcji w ofercie Asseco wynosi 33.789.000,00 PLN

Co istotne, opisany w SIWZ zakres obowiązków wykonawcy składających się na serwis systemu w okresie objętym opcją (2 lata) jest identyczny, jak w okresie objętym zamówieniem podstawowym (3 lata), z tym że praktyka wdrażania systemów informatycznych wskazuje jednoznacznie, iż pracochłonność a więc i koszty serwisu w pierwszych latach po wdrożeniu są większe niż w okresie późniejszym, co wynika z faktu stabilizowania się systemu w pierwszym okresie po wdrożeniu.

Analizując pozycje cenowe podane w ofercie Asseco nie sposób nie zauważyć, że cena za opcję pozostaje w rażącej dysproporcji do ceny za zamówienie podstawowe tj. uwzględniając zakres zamówienia składający się na zamówienie podstawowe i opcję stwierdzić trzeba, że cena za zamówienie podstawowe jest nieproporcjonalnie niska a cena za opcję - nieproporcjonalnie wysoka. Odwołujący nie zna treści załącznika 4 do oferty Asseco, dlatego oparł się na swoich przypuszczeniach co do wyceny elementów zamówienia podstawowego. Zastrzeżono jednocześnie, że wyliczenia były podane dla zobrazowania podejścia do wyceny Asseco i nie muszą być dokładne. Istotne jest wykazanie rażącej dysproporcji, która w ocenie Odwołującego świadczy o tym, że oferta Asseco stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Asseco wycenił zamówienie podstawowe na 51.171.150,57 PLN netto. Kwota ta obejmować musi zakup sprzętu, licencji, modyfikacje oprogramowania, szkolenia, uruchomienie, wsparcie wdrożenia (4500 osobodni), utrzymanie w okresie stabilizacji (3-m-ce) oraz serwis systemu (36 m-cy). Na podstawie analizy cen rynkowych trudno przyjąć, że ujęta tu wartość dostaw zewnętrznych tj. sprzętu i licencji oprogramowania narzędziowego (np. HP, ORACLE), oraz licencji oprogramowania core-owego wraz z utrzymaniem w wymaganym okresie, nawet przy uwzględnieniu możliwych do uzyskania upustów, mogłaby być mniejsza niż 25.000.000 PLN netto (dla porównania wartość sprzętu i licencji oprogramowania standardowego w ofercie Konsorcjum CUBE wynosi 30.276.376,42 PLN netto). Jeśli w/w wartość byłaby niższa, oznaczałoby to, że zaproponowana platforma

sprzętowa, programowa i narzędziowa nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ nie pokrywa wymagań opisanych w OPZ, a w szczególności nie zapewnia odpowiednich parametrów związanych z wymaganą wydajnością, nadmiarowością i innymi elementarnymi wymaganiami wprost wynikającymi z OPZ (vide zarzut dot. rażąco niskiej ceny w ofercie Asseco).

Jeśli przyjąć wartość 25.000.000 PLN netto jako wartość dostaw sprzętu i licencji (założona przez Odwołującego suma pozycji 1 i 2 z formularza cenowego oferty - Załącznik 4 do SIWZ), oznacza to, że pozostałe elementy zamówienia podstawowego tj. modyfikacje oprogramowania, szkolenia, uruchomienie (tj. migracja, start, okres stabilizacji), wsparcie wdrożenia (4500 osobodni) oraz serwis systemu (36 m-cy) kosztują wg wyceny Asseco 26.171.150,57 PLN netto.

Na tym tle w rażącej dysproporcji pozostaje przedstawiona przez Asseco wycena opcji, obejmująca znacząco mniejszy zakres prac bowiem tylko wsparcie wdrożenia (2500 osobodni) i 24-miesięczny serwis systemu, opiewająca na kwotę: 33.789.000,00 PLN netto. Odwołujący w tabeli 1 przedstawił dysproporcję wartości wyceny zamówienia podstawowego i opcji w ofercie Asseco.

Uwzględniając dodatkowo fakt, że Asseco wyceniło 2.500 osobodni wsparcia wdrożenia w okresie opcji na kwotę 1.125.000,00 PLN netto (2.500 osobodni x 450 PLN), przyjąć należy, że 4.500 osobodni wsparcia w okresie podstawowym kosztuje w ofercie Asseco 2.025.000,00 PLN netto (4.500 osobodni x 450 PLN), bowiem zaoferowanie tej samej stawki za osobodzień wsparcia wdrożenia w zamówieniu podstawowym i opcji narzucił Zamawiający. To z kolei oznacza, że 36 miesięczny serwis w okresie podstawowym wraz z 3 miesięcznym okresem stabilizacji, modyfikacjami oprogramowania, szkoleniami i uruchomieniem kosztuje w Asseco 24 146 150,57 PLN netto. Odwołujący w tabeli 2 przedstawił dysproporcję wartości wyceny serwisu w ramach zamówienia podstawowego i opcji w ofercie Asseco (24.146.150,57 PLN netto – zamówienie podstawowe oraz 32.664.000,00 PLN netto – opcja).

Odwołujący zaznaczył, że powyższe wyliczenia opierają się na jego założeniach, opartych na wiedzy rynkowej nie pozwalającej mu założyć, że wartość sprzętu i licencji w ofercie Asseco, nawet przy wzięciu pod uwagę, że Asseco oferuje system core-owy produkcji własnej, jest niższa niż 25.000.000,00. Ustalenie, że cena ta jest niższa również nie niweczy argumentacji wskazującej na czyn nieuczciwej konkurencji, natomiast ustalenie, iż cena ta jest wyższa niż założona wyżej dodatkowo umacnia argumentację Odwołującego.

Odwołujący zauważył, że SIWZ w postępowaniu została ukształtowana w taki sposób, że w ramach ujętego w SIWZ kryterium ceny Zamawiający oceniał wyłącznie cenę (wskaźnik NPV) podaną za zamówienie podstawowe. Cena opcji w ogóle nie była brana pod uwagę w ocenie oferty w ramach kryteriów oceny. Powyższe prowadzi do wniosku, że

wykonawca Asseco skalkulował część wynagrodzenia za zamówienie podstawowe w cenie za opcję w tym celu, by uzyskać korzystną punktację w kryterium ceny, a pokryć pełne koszty realizacji zamówienia podstawowego oraz zysk dopiero na etapie realizacji opcji, a także w okresie późniejszym.

Istotne jest, że w przypadku wyboru oferty Asseco:

- 1) zamawiający będzie zmuszony skorzystać z opcji, a nawet
 - 2) skorzystać z usług serwisowych Asseco po okresie objętym opcją,
- z czego Asseco w pełni zdaje sobie sprawę i co uwzględniło konstruując swoją cenę w opisany sposób.

Wynika to z następujących okoliczności:

- 1) banki są zobowiązane zapewnić ciągłość działania środowiska teleinformatycznego (Rekomendacja 15 w ramach Rekomendacji D Komisji Nadzoru Finansowego, dotyczącej zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach), co w praktyce oznacza obowiązek posiadania zapewnionego stałego dostępu do usług serwisowych systemu bankowego,
- 2) Asseco oferuje Zamawiającemu centralny system bankowy oparty o program, którego jest producentem tj. def3000 (założenie oparte o wiedzę, że Asseco jest producentem oprogramowania dla sektora bankowego o tej nazwie) a z punktacji uzyskanej przez Asseco w kryterium „funkcjonalność” wyliczyć można, iż Asseco zaoferowało Zamawiającemu system, który w wersji podstawowej posiada liczbę punktów odpowiadającą 98% maksymalnej możliwej do osiągnięcia liczby punktów dot. wymaganych funkcjonalności. To z kolei oznacza, że tylko pozostałe 2% zakupionego systemu stanowić będzie „oprogramowanie dedykowane”, do którego Zamawiający otrzyma majątkowe prawa autorskie oraz kody źródłowe (Zamawiający zagwarantował sobie co prawda dostęp do kodów źródłowych dostarczanego systemu, ale tylko w zakresie wykonywanych modyfikacji, vide Załącznik 11 do Umowy stanowiącej Załącznik 2 do SIWZ, pkt III ppkt 1.10). W pozostałym zakresie (oprogramowanie standardowe) Zamawiający zmuszony będzie do zakupu usług serwisowych u podmiotu, który posiada pełnię praw autorskich majątkowych i kody źródłowe - a więc u Asseco, ewentualnie innego podmiotu, ale działającego w porozumieniu z Asseco, na warunkach ustalonych przez Asseco, jako właściciela kodu źródłowego rozwiązania standardowego.
- 3) ma to tym większe znaczenie, iż z praktyki rynkowej wynika, że systemy bankowe wdrażane są na okres istotnie dłuższy niż serwis objęty niniejszym postępowaniem (3 lata w ramach zamówienia podstawowego i 2 lata w opcji, razem 5 lat) tj. na okres co najmniej 10-letni.

Tym samym, uwzględniając roczny koszt serwisu Asseco w kwocie 20 088 360,00 PLN brutto (koszt wyliczony na podstawie wyceny serwisu dokonanej w ramach wyceny

opcji tj. 40 176 720,00 PLN brutto na 24 miesiące / 2) realne koszty zakupu przez Zamawiającego systemu Asseco przedstawiają się następująco:

Zakres	Asseco [wartość brutto w PLN]	Konsorcjum Cube [wartość brutto w PLN]
Zamówienie podstawowe + serwis opcja na 2 lata	103 117 235,20 PLN	109 130 303,30 PLN
Zamówienie podstawowe + serwis opcja na 2 lata + 1 rok serwisu (łącznie 6 lat eksploatacji systemu)	103 117 235,20 PLN + 20 088 360,00 PLN = 123 205 595,20 PLN	109 130 303,30 PLN + 8 680 057,06 PLN = 117 810 360,36 PLN
Zamówienie podstawowe + serwis opcja na 2 lata + 5 lat serwisu (łącznie 10 lat eksploatacji systemu)	103 117 235,20 PLN + 100 441 800,00 PLN = 203 559 035,20 PLN	109 130 303,30 PLN + 43 400 265,30 PLN = 152 530 568,60 PLN

Oznacza to, że realna cena zakupu systemu od Asseco już w 6 letnim okresie jego użytkowania jest wyższa niż cena Konsorcjum CUBE, a w okresie 10 letnim (w praktyce minimalny okres eksploatacji systemu centralnego w banku) przekracza cenę Konsorcjum CUBE o ponad 50 milionów PLN brutto. W każdym kolejnym roku eksploatacji dysproporcja ta zwiększa się, na niekorzyść Asseco. Wyliczenia powyższe są wiarygodne gdyż nie sposób założyć, że w 6,7 i kolejnych latach eksploatacji systemu centralnego Asseco, działające w warunkach monopolu (jako producent wdrożonego systemu centralnego) zgodzi się świadczyć usługi serwisowe (samodzielnie lub poprzez podmiot współpracujący) za cenę niższą, niż w 4 i 5 roku eksploatacji.

Tym samym, mimo uzyskania 2 pozycji w ramach kryterium ceny cena Asseco jest tylko pozornie bardziej korzystna niż cena CUBE, co wynika z dokonanego przez Asseco przesunięcia części kosztów realizacji systemu na okres późniejszy. Dokonany przez Asseco sposób kalkulacji ceny oferty, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co implikuje obowiązki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do których odsyła ustawa Pzp, w szczególności art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współzycia

społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. regul - wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Jak wynika z orzeczenia KIO o sygn. akt: KIO 1240/13; KIO 1246/13, KIO 1248/13: „ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób; że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną; czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców”.

Izba uznała tu, że takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, a nie mogą realnie konkurować z wykonawcą, i nie zasługuje na ochronę. Izba stwierdziła ponadto, że opisane działanie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający.

Stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji wyrażała Krajowa Izba Odwoławcza także w wyrokach o sygn. akt KIO 640/11, sygn. akt KIO 1934/12, sygn. akt KIO 7/13 i wielu innych. Wart przywołania jest także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 podający, iż „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”.

Zatem ustalenie przez Zamawiającego, że Asseco wbrew dobrym obyczajom dopuściło się manipulowania cenami w celu uzyskania wyższej punktacji za zamówienie

podstawowe przerzucając koszty jego realizacji na okres późniejszy obciąża Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe wskazuje ponadto, że podana w ofercie Asseco cena za zamówienie podstawowe nie pokrywa całości kosztów realizacji podstawowego zakresu przyszłej umowy, a więc stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert Sygnity oraz Asseco z uwagi na rażąco niską cenę

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty - w opinii Zamawiającego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało wprost zdefiniowane w ustawie Pzp i stanowi pojęcie stricte subiektywne, które każdorazowo należy odnieść do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji występującej w danym postępowaniu, którą obrazują ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu lub szacunkowa wartość zamówienia oraz budżet Zamawiającego planowany na realizację zamówienia.

Należy podkreślić, że celem wprowadzenia instytucji rażąco niskiej ceny była "ochrona" Zamawiającego przed składaniem ofert poniżej kosztów wykonania zamówienia oraz zabezpieczenie zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za daną oferowaną cenę.

Próbę zdefiniowania rażąco niskiej ceny podjął Sąd Okręgowy w Katowicach, który w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), stwierdził, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku o sygn. akt KIO 3012/13.

Odnosząc powyższe do obecnego stanu prawnego, wystąpienie Zamawiającego z wezwaniem do udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, powinno nastąpić "w szczególności, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert". Sformułowanie "w szczególności" należy rozumieć jako przykład sytuacji, w której Zamawiający powinien mieć - zdaniem ustawodawcy - wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez Wykonawcę w zamian za oferowaną cenę, w sytuacji, gdy Zamawiający ma do czynienia z ceną ofertową niższą o 30% od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych

w postępowaniu lub niższą o 30% od szacunkowej wartości zamówienia, powinien zbadać - korzystając z trybu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - czy dana cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską.

Tym samym każdorazowo, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do ceny zaofferowanej przez danego Wykonawcę oraz możliwości wykonania za tę cenę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a zwłaszcza wówczas, gdy ma do czynienia z ceną ofertową niższą o 30% od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub niższą o 30% od szacunkowej wartości zamówienia, powinien skierować wezwanie do udzielenia wyjaśnień wraz z przedstawieniem dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przy czym wątpliwości te mogą się pojawić i wymagać wyjaśnienia również wówczas, gdy dysproporcja w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert lub szacunkowej wartości zamówienia jest niższa niż 30%.

Oferta Sygnity

Zamawiający zwrócił się do Sygnity z wezwaniem, sformułowanym w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym Zamawiający, na etapie badania i oceny ofert, powziął - słuszną zdaniem Odwołującego - decyzję, by cena zaofferowana przez Sygnity, za realizację przedmiotu zamówienia została wyjaśniona oraz by Sygnity udowodniła, że jest w stanie za taką cenę wykonać przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego.

Należy zauważyć, iż cena zaofferowana przez Sygnity za realizację zamówienia podstawowego, które składało się z następujących modułów, tj. zakupu sprzętu, licencji, modyfikacji oprogramowania, szkolenia, uruchomienia, wsparcia wdrożenia (4500 osobodni), okresu stabilizacji (3 miesiące) oraz 3-letniego serwisu wyniosła zaledwie 32 986 338,21 PLN (netto). Cena natomiast za realizację opcji, która obejmować powinna wsparcie wdrożenia (2500 osobodni) oraz 2-letni serwis wyniosła 10 911 960, 98 PLN (netto).

Porównując cenę zaofferowaną przez Sygnity, za realizację zamówienia podstawowego, do cen pozostałych Wykonawców należy z całą stanowczością wskazać, iż mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Dla porównania wartość netto zamówienia podstawowego w ofercie Asseco wyniosła 51 171 150,57 PLN, wartość zamówienia podstawowego w ofercie Odwołującego wyniosła 74 609 908,90 PLN netto. Natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wynosiła 90 mln PLN brutto (73 170 731,71 PLN netto). W konsekwencji cena oferty Sygnity S.A. jest niższa o około 50% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu.

Warto zauważyć, iż na cenę zamówienia podstawowego składają się poszczególne elementy

- wskazane powyżej - z których wartość dostaw zewnętrznych (sprzętu i licencji oprogramowania narzędziowego wraz z utrzymaniem w wymaganym okresie) nie powinna być, zdaniem Odwołującego, niższa niż 30 000 000,00 PLN netto. Niniejsze wynika z analizy cen rynkowych. Co warte podkreślenia, cena oferty Sygnity w module „licencje” winna być porównywalna z ceną Odwołującego, ponieważ Sygnity, podobnie jak Odwołujący, korzysta w istotnym zakresie z rozwiązań producentów zewnętrznych (najprawdopodobniej w dużej mierze tych samych tj. Oracle). Tym samym istotne jest dokonanie porównania ceny zaoferowanej przez Sygnity za licencje (wiersz 2 formularza cenowego według Załącznika 4 do SIWZ).

Ponadto cena Sygnity za licencje winna być wyższa od ceny Asseco dla analogicznego modułu, gdyż Sygnity w przeciwieństwie do Asseco musi zakupić na rynku odpowiednie licencje, co naturalnie ogranicza możliwość obniżenia ceny, z uwagi na politykę cenową producentów oprogramowania, nawet przy uwzględnieniu możliwych do uzyskania upustów.

Jeżeli omawiana wartość (cena za licencje) w ofercie Sygnity jest istotnie niższa od cen Konsorcjum Cube i Asseco to należy stwierdzić, że Sygnity nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia a zaoferowana cena jest ceną rażąco niską.

W tym miejscu warto wskazać na wartość dowodową udzielanych wyjaśnień świadczących, iż dana zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia winny, posiadać charakter konkretnych i precyzyjnych. Obowiązkiem Wykonawcy jest zatem przedstawienie zamawiającemu takich danych, które pozwoliłyby ocenić wpływ przywołanych okoliczności na cenę. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r. (sygn. Akt KIO 1186/12).

W przedmiotowym postępowaniu istnieje prawdopodobieństwo, że Sygnity w żaden sposób nie odniosła się merytorycznie do treści wezwania Zamawiającego, tj. nie udowodniła, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, mimo iż to na niej spoczywał obowiązek obalenia powstałego domniemania. Jeżeli Sygnity wyceniła wartość dostaw zewnętrznych (sprzętu i licencji) poniżej wskazanych 30 000 000,00 PLN netto to jednocześnie winna przedstawić dowody, z których jednoznacznie powinien wynikać fakt możliwości realizacji tych dostaw znacznie poniżej cen rynkowych. W opinii Odwołującego, Sygnity najprawdopodobniej nie przedstawiła takich dowodów i w konsekwencji nie uprawdopodobniło, iż zaoferowana przez Sygnity cena nie jest rażąco niska. Wezwanie w trybie art 90 ust. 1 ustawy Pzp stwarza wzruszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. Na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że okoliczność taka nie zachodzi.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Sygnity mogą mieć charakter zbyt ogólny, na tyle by każdy z Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu mógł użyć podobnych argumentów. Sygnity S.A. mogła zaniechać wykazania, w jaki obiektywny sposób wskazane ogólne czynniki wpływają w jej konkretnym przypadku na obniżenie ceny, co de facto dyskwalifikuje wyjaśnienia i przedstawione wraz z nimi dowody.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż w przedmiotowym stanie faktycznym Sygnity najprawdopodobniej nie obaliła domniemania, iż złożona przez nią oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż mimo przedstawionych wyjaśnień nie odnoszą się one do wątpliwości Zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntował się pogląd, iż wyjaśnienia ogólne i lakoniczne należy utożsamiać z brakiem złożenia wyjaśnień przez wykonawców (powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt 2809/11).

Dodatkowo należy wskazać, iż Wykonawca jako profesjonalista obowiązany jest dołożyć należytej staranności w przypadku udzielania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem zaniechanie tego obowiązku obwarowane jest na gruncie ustawy Pzp sankcją w postaci odrzucenia jego oferty, czego w przedmiotowej sprawie Sygnity najprawdopodobniej nie uczyniła i w związku z czym jej oferta winna zostać odrzucona z przedmiotowego postępowania.

Warto zauważyć, że Sygnity oferuje swoim klientom rozwiązanie firmy ORACLE (system FLEXCUBE) producenta technologii IT dla sektora usług bankowych i finansowych. Uzasadnionym jest zatem twierdzenie, że to właśnie ten system został uwzględniony w ofercie dla Zamawiającego. Podobne rozwiązanie, zarówno pod względem technologicznym, jak również cenowym oferuje Odwołujący, stąd wiedza Odwołującego na temat niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną przez Sygnity cenę. Zgodnie z panującymi na rynku standardami oraz doświadczeniem nie jest możliwe, aby Sygnity otrzymała od producenta ceny licencji znacznie korzystniejsze niż Odwołujący. Gdyby zaś Sygnity twierdziła przeciwnie, a mianowicie, iż otrzymała wyjątkowo niskie ceny licencji od producenta, to wobec tak dużych rozbieżności cenowych - powinna przedstawić dowody na tę okoliczność, czyli wiążącą ofertę złożoną przez zewnętrznego producenta oprogramowania. Przy czym przedstawiona oferta powinna obejmować kwestie licencyjne zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie projektu (m.in. kwestie rachunków wirtualnych, w ilości 7 000 000 rachunków oraz braku ograniczeń licencji).

Powyższe jednoznacznie obrazuje, iż Sygnity S.A. za realizację zamówienia podstawowego zaoferowało cenę rażąco niską i za tę cenę nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Przyjmując za właściwą cenę 30 000 000,00 PLN netto za realizację dostaw zewnętrznych należy przyjąć, że pozostałe moduły przedmiotu zamówienia podstawowego

(modyfikacje oprogramowania, szkolenia, uruchomienie, wsparcie wdrożenia oraz serwis sytemu) zostały wycenione przez Sygnity na wartość 2 966 338,21 PLN netto. Biorąc pod uwagę wartość 2500 osobodni wsparcia wdrożenia w okresie opcji, która została wyceniona przez Sygnity S.A. na kwotę 2 012 195,12 PLN netto, można obliczyć, że 4500 osobodni wsparcia w okresie podstawowym powinno mieć koszt na poziomie 3 621 951,22 PLN netto (Zamawiający narzucił stosowanie tej samej ceny osobodni wsparcia w zamówieniu podstawowym i opcji). Tym samym, zgodnie z powyższą metodologią świadczenie 36 miesięcznego okresu serwisu w okresie podstawowym wraz z 3 miesięcznym okresem stabilizacji, modyfikacjami oprogramowania, szkoleniami i uruchomieniem w ogóle nie może zostać zrealizowane bez poniesienia strat przez Sygnity.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego, Sygnity zaoferowała cenę, którą uznać należy za cenę rażąco niską. Ponadto wyjaśnienia Sygnity, będące odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp prawdopodobnie nie udowodniły, że zaoferowana przez Sygnity cena nie jest rażąco niska.

W konsekwencji Zamawiający dokonał nieprawidłowej czynności wyboru oferty Sygnity jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ oferta Sygnity winna w trybie przepisu art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zostać odrzucona z przedmiotowego postępowania.

Oferta Asseco S.A.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej czynności wezwania Asseco do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie bowiem skierowane było w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś - jak powinno - w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że cena zaoferowana przez Asseco jest ceną rażąco niską, stąd wezwanie Zamawiającego powinno zostać oparte na przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z konsekwencjami jego zastosowania. Powyższe jest o tyle istotne, że brak wyjaśnienia treści oferty w zakresie rażąco niskiej ceny w wyniku zapytania w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie niesie ze sobą żadnych negatywnych skutków dla Wykonawcy, który takich wyjaśnień nie złożył. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia, kiedy wezwany, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca nie złożył stosowanych wyjaśnień, wtedy - zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - jego oferta winna zostać odrzucona z postępowania.

Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie ceny zaoferowanej przez Asseco, a winno to mieć miejsce choćby z powodu porównania ceny opcji do ceny zamówienia podstawowego, powinien, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwać Asseco do złożenia odpowiednich wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez Asseco cena nie jest rażąco niska. Czynność wezwania Asseco do wyjaśnień w trybie

przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp była czynnością nieprawidłową, którą należy unieważnić i naprawić poprzez wystosowanie prawidłowego wezwania.

Rangę wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podkreślił wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt C-599/10, *Sag Slovensko*), w którym stwierdzono, iż „z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji Zamawiających wymogu, by dokonywały weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C- 285/99 i C-286/99 *Lombardini i Mantovani*, Rec. s. 1-9233, pkt 46-49). (...) instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”.

Działanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu pozbawiło de facto Zamawiającego możliwości uzyskania kompletnego uzasadnienia dla zaoferowanej ceny, tym samym czynność Zamawiającego była nieprawidłowa, stąd żądanie co do jej unieważnienia i konieczności dokonania nowej, prawidłowej czynności wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaproponowanej przez Asseco.

W zakresie zarzutu dotyczące rażąco niskiej ceny należy w pierwszej kolejności wskazać, iż wartość zamówienia podstawowego została przez Asseco wyceniona na 51 171 150,57 PLN netto. Podana cena obejmuje wiele modułów:

- zakup sprzętu, licencji (dostawy zewnętrzne),
- modyfikacje oprogramowania,
- szkolenia,
- uruchomienie,
- wsparcie wdrożenia (4500 osobodni),
- utrzymanie w okresie stabilizacji (3 miesiące)
- oraz serwis systemu (36 miesięcy).

Zdaniem Odwołującego, szacując na podstawie cen rynkowych, cena w ofercie Asseco za dostawy sprzętu i licencji nie powinna być mniejsza niż ok. 25 000 000 PLN netto. Przyjmując takie założenie, pozostałe elementy zamówienia podstawowego tj. modyfikacje oprogramowania, szkolenia, uruchomienie, wsparcie wdrożenia oraz serwis systemu powinny zostać wycenione na około 26 171 150,57 PLN netto. Porównując powyższą kwotę do ceny zaoferowanej przez Asseco S.A. za zamówienie opcjonalne, która obejmuje jedynie wsparcie

wdrożenia (2500 osobodni) i 24 miesięczny serwis systemu, a wynosi 33 789 00,00 PLN należy przyjąć, iż jest to cena nieproporcjonalnie wysoka.

Gdyby uwzględnić wartość serwisu 36-miesięcznego w zamówieniu podstawowym na poziomie cen za analogiczny serwis z zamówienia opcjonalnego, otrzymujemy wartość na poziomie ok. 49 000 000 PLN netto tylko za 36 miesięczny serwis systemu. Po dodaniu szacowanej kwoty 25 000 000 PLN netto za sprzęt i licencje wynikowa wartość 74 000 000 PLN netto za jedynie te dwa moduły, znacznie przekracza cenę z oferty Asseco (niedoszacowanie ceny zamówienia podstawowego wynosi ok. 23 000 000 PLN netto), nawet nie uwzględniając kosztu wykonania pozostałych elementów zamówienia podstawowego.

W tym też kontekście oferta Asseco, po pierwsze zawiera cenę rażąco niską w odniesieniu do ceny zamówienia podstawowego, po drugie zaoferowanie przez Asseco nieproporcjonalnie wysokiej ceny za zamówienie opcjonalne stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zaniechania wykluczenia Sygnity oraz Asseco z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji

Jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu było kryterium "funkcjonalności - 60%/w, opisane na str. 5 SIWZ. W ramach tego kryterium Zamawiający przyznawał więcej punktów za funkcjonalności, których realizacja jest obowiązkowa (oznaczone w OPZ nr 1), które w oferowanym rozwiązaniu realizowane są w ramach standardowej wersji systemu, a mniej - jeśli w ramach developmentu tj. oprogramowania dedykowanego. Ponadto Zamawiający premiował oferowanie funkcjonalności nieobowiązkowych (oznaczone w OPZ nr 2).

Zamawiający ustanowił następującą punktację:

- Funkcjonalności obowiązkowe - 80%
o realizowane w wyniku parametryzacji - 5 punktów za każdą funkcjonalność
o realizowane w wyniku modyfikacji kodów -1 punkt za każdą funkcjonalność
- Funkcjonalności dodatkowe - 20% -1 punkt za każdą funkcjonalność.

Odwolujący nie ma wiedzy, realizację jakich konkretnie funkcjonalności obowiązkowych w ramach standardowej wersji systemu (tj. w wyniku parametryzacji) zaoferowali jego konkurenci, jednakże na podstawie ilości punktów, jaką można było otrzymać maksymalnie oraz ilości punktów otrzymanej przez konsorcjum CUBE oszacował, że:

- Asseco uzyskało w ramach kryterium "funkcjonalność" około 98% możliwych do uzyskania punktów,
- Sygnity uzyskało w ramach kryterium "funkcjonalność" około 97% możliwych do uzyskania punktów,

co oznacza, że obaj Wykonawcy wskazali, że oferowane przez nich rozwiązanie posiada - w wersji standardowej systemu - niemal wszystkie funkcjonalności wyspecyfikowane w Załączniku 1 do OPZ.

Tymczasem wiele z funkcjonalności tam ujętych to funkcjonalności specyficzne dla BGK, jako banku specyficznego - jedynego w Polsce państwowego banku rozwoju o specyficznych kompetencjach regulowanych ustawowo (ustawa o Banku Gospodarstwa Krajowego, ustawa o finansach publicznych), stąd nie sposób bezrefleksyjnie przyjąć, że w dniu składania ofert istniały one w wersji standardowej oferowanych systemów.

Jak wynika z definicji zawartej we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik 2 do SIWZ, oprogramowanie standardowe to program komputerowy spełniający łącznie m.in. wszystkie poniższe warunki:

- 1) dostępny jako program komputerowy gotowy w momencie złożenia oferty postępowaniu,
- 2) posiadający gotową w momencie złożenia oferty dokumentację w języku polskim lub angielskim,
- 3) udostępniany w systemie dystrybucji dostępnym dla podmiotów sektora publicznego z siedzibą na terenie Polski.

W ramach swej działalności BGK jako państwowa instytucja finansowa specjalizuje się w obsłudze sektora finansów publicznych i bierze udział w dystrybucji funduszy unijnych. Przykładowo na podstawie art. 83 ust. 4 ustawy o finansach publicznych Bank Gospodarstwa Krajowego, prowadząc rachunki depozytowe Ministra Finansów, zapewnia w szczególności:

1. ewidencję analityczną środków dla poszczególnych depozytów (mikrorachunki) w ramach każdego rachunku depozytowego Ministra Finansów;
2. codzienne naliczanie odsetek oraz okresową kapitalizację odsetek należnych z tytułu środków zgromadzonych na każdym mikrorachunku;
3. możliwość wymiany informacji z centralnym systemem informatycznym zapewniającym obsługę gospodarki finansowej sądów w zakresie stanu każdego mikrorachunku (kapitału i odsetek), wpłat na każdy mikrorachunek i wypłat z każdego mikrorachunku.

Inne banki nie realizują większości zadań realizowanych przez BGK stąd istniejące, gotowe systemy informatyczne dla bankowości nie realizują wielu specyficznych dla tego Banku funkcjonalności a ich realizacja będzie możliwa dopiero po dokonaniu przez Wykonawcę odpowiednich prac programistycznych (development).

W załączniku nr 9 do odwołania Odwołujący przedstawił listę funkcjonalności, które nie są standardowo realizowane przez gotowe systemy informatyczne dla bankowości, a więc również przez systemy oferowane przez Sygnity oraz Asseco. W przypadku

potwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż Wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu realizację tychże funkcjonalności w standardowej wersji systemu oznacza to, że Wykonawcy celowo wprowadzili Zamawiającego w błąd, działając w celu uzyskania przez Zamawiającego mylnego przekonania, że oferowane produkty posiadają deklarowane cechy i w konsekwencji uzyskania zawyżonej punktacji w kryterium „funkcjonalności”, które było najistotniejszym pod względem wagi kryterium w postępowaniu. Bezsprzecznie podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Takie działanie Sygnity oraz Asseco nie może zasługiwać na ochronę. Wykonawcy powinni podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z tych powodów wnoszono jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, w tym Istotnych Postanowień Umowy, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania na rozprawę.

Ustalono dalej, że obaj wykonawcy wnoszący odwołanie posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu i wykluczenia ich z powodu złożenia nieprawdziwych informacji oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wszystkie złożone w postępowaniu odwoławczym przystąpienia są skuteczne.

Zamawiający w dniu 4 listopada złożył odpowiedź na odwołania, w której wnosił o ich oddalenie w całości.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty:

2301/15

1) Pismo procesowe z 4 listopada 2015 roku Przystępującego Sygnity wraz z załącznikami nr 1 do nr 9

2) Odpowiedź na odwołanie złożona przez Zamawiającego z dnia 4 listopada 2015 roku

3) Pismo procesowe Odwołującego Asseco z 3 listopada 2015 roku wraz z wyciągiem z załącznika nr 1 do OPZ – opis funkcjonalności specyficznych dla Zamawiającego

1) Pismo procesowe Odwołującego Asseco z 5 listopada 2015 roku będące odpowiedzią na pisma procesowe Zamawiającego i Przystępującego Sygnity

2) Dwa oświadczenia dotyczące podwykonawstwa w zakresie systemu sprawozdawczości obowiązkowej i systemu kartowego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa złożone przez Przystępującego konsorcjum Cube

3) Zapytanie o informację z 5 września 2014 roku w zakresie Wdrożenia Centralnego Systemu Bankowego złożone przez Przystępującego Sygnity

4) Wyciągi z umów zawartych pomiędzy Odwołujący 1 a Zamawiającym w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

2302/15

1) Pismo procesowe z 4 listopada 2015 roku Przystępującego Sygnity wraz z załącznikami nr 1 do nr 17

2) Odpowiedź na odwołanie złożona przez Zamawiającego z dnia 4 listopada 2015 roku

3) Pismo procesowe Przystępującego Asseco z 4 listopada 2015 roku w części stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z wyciągiem z załącznika nr 1 do OPZ – opis funkcjonalności specyficznych dla Zamawiającego

4) Tabela zestawienie cenowe Cube-Sygnity złożona przez Odwołującego 2 (objęta w części tajemnicą przedsiębiorstwa)

5) Tabela zestawienie cenowe Cube-Asseco złożona przez Odwołującego 2 (objęta w części tajemnicą przedsiębiorstwa)

6) Wyciąg z Istotnych postanowień Umowy, załącznika nr 2 do SIWZ, złożony przez Odwołującego 2

7) Definicja NUP z Umowy Licencyjnej Oracle wraz z tłumaczeniem

8) Oświadczenie Oracle Polska Sp. z o.o. złożone przez Odwołującego 2 w zakresie uzyskania znaczących upustów

9) Tabelaryczne zestawienie – kalkulacja kosztów realizacji zamówienia z uwzględnieniem kosztów serwisu w perspektywie 3 letniej (zamówienia podstawowe), 5-letniej (z opcją) oraz 6-, 8-, 10-, 12- i 15-letniej

10) Materiał marketingowy w zakresie produktów oferowanych przez Asseco Poland def200 i def3000

- 11) Opinia dotycząca czasu i kosztów eksploatacji informatycznych systemów transakcyjnych w bankach sporządzona przez prof. UE, dr hab. Grażyna Woźniewska, prof. UE, dr hab. Dariusz Wawrzyniak Katedra Bankowości Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
- 12) Wyciąg wyjaśnień treści SIWZ, odpowiedź na pytanie 18 z 1 lipca 2015 roku
- 13) Dwa oświadczenia dotyczące podwykonawstwa w zakresie systemu sprawozdawczości obowiązkowej i systemu kartowego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa
- 14) Korespondencja mailowa między partnerem biznesowym a Odwołującym 2 objęta tajemnicą przedsiębiorstwa
- 15) Wyciąg z Zestawienia korzyści Oracle PartnerNetwork wraz tłumaczeniem objęty tajemnicą przedsiębiorstwa złożony przez Odwołującego 2
- 16) Zestawienie tabelaryczne – Gotowość systemu Flexcube UBS do wdrożenia w BGK w zakresie wybranych funkcjonalności złożona przez Odwołującego 2
- 17) Złożone przez Zamawiającego materiały będące załącznikiem do ZP w postaci korespondencji prowadzonej z podmiotem trzecim oraz oświadczenia tego podmiotu objęte tajemnicą przedsiębiorstwa
- 18) Materiał konferencyjny na temat postępowania o obsługi sprawozdawczości w BGK złożony przez Przystępującego Sygnity

Na podstawie nadesłanej i przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego dokumentacji z postępowania, ustalono, że:

Pismem z dnia 23 września 2015 roku konsorcjum Cube (w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 16 września 2015 roku) przedstawiło opis czynników wpływających na obniżenie ceny. Zamawiający skierował wezwanie w trybie art. 87 ustawy Pzp. Wyjaśnienia objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 23 września 2015 roku Asseco (w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 16 września 2015 roku) przedstawiło opis czynników wpływających na obniżenie ceny. Zamawiający skierował wezwanie w trybie art. 87 ustawy Pzp. Wyjaśnienia objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 23 września 2015 roku Sygnity (w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 16 września 2015 roku) przedstawiło opis czynników wpływających na obniżenie ceny. Zamawiający skierował wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia objęto tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia zawierały załącznik od nr 1 do nr 9.

Ustalono, że w dniu 6 października 2015 roku wykonawca Sygnity złożył wyjaśnienia w zakresie załącznika nr 5 do SIWZ odpowiadając na wezwanie z 1 października 2015 roku.

Odpowiedzi udzielono na 4 pytania. Wyjaśnienia objęte były klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść zapytania z uwagi na to, że odnosiła się do części oferty, którą wykonawca utajnił, nie została udostępniona przez Zamawiającego innym wykonawcom.

W dniu 7 października 2015 roku Sygnity złożyło wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 października 2015 roku odnośnie sposobu licencjonowania dla wymaganych funkcjonalności ujętych w załączniku nr 5. Także te wyjaśnienia odnosiły się do części oferty z tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały udostępnione pozostałym wykonawcom.

Zarzut podniesiony przez obu Odwołujących dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba rozpoznała łącznie, choć Odwołujący 1 i 2 w nieznaczej części różnili się w zakresie żądania odtajnienia konkretnych informacji.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującym zastrzeżonych przez poszczególnych wykonawców informacji, ponieważ niewątpliwie możliwość odniesienia się wprost do treści tych dokumentów, ma wpływ na treść uzasadnienia Izby w zakresie kolejnych zarzutów sformułowanych w odwołaniach przez Odwołujących.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

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

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

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

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

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu przepisów wskazanych w danej części petitum odwołań Izba uznała za niezasadne.

Istotą sporu było, czy informacje znajdujące się w ofertach wykonawców Sygnyty, konsorcjum Cube oraz Asseco w załącznikach 4, 4a, 5 oraz załączniku nr 1 do OPZ, a także dokumentacja z postępowania i korespondencja Zamawiającego z wykonawcami, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walczyć o ten istotnie posiadają.

Jak już podkreślono zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się

o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanej przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanej przez wykonawcę.

Wszyscy wykonawcy wraz z ofertą złożyli stosowne wyjaśnienia, dlaczego powyższą (indywidualnie przez nich określoną) materię traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wszyscy wykonawcy przedstawili też w tym zakresie dowody i powołali się na podobną argumentację uzasadniającą zastrzeżenie. Wyjaśnienia te nie były ogólne, wbrew twierdzeniom Odwołujących, szczegółowo wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawców środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. Dla przykładu wykonawca Sygnity wskazywał na wewnętrzne regulacje przyjęte w firmie stosownymi regulaminami, załączając wyciąg z postanowień umownych obowiązujący pracowników, którzy przestrzegać muszą zasady poufności. Załączony także został dokument – System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji. Wykonawca także na rozprawie wskazywał konkretne argumenty, które uzasadniają prawidłowość zastrzeżenia. Ponadto, w każdym przypadku, gdy wykonawcy wzywani byli do złożenia wyjaśnień, czy do w zakresie ceny oferty, czy też jej treści, dodatkowo składali oni odrębne uzasadnienie, odnoszące się do zastrzeżenia i związane z charakterem informacji ujętych w dokumencie. Dostrzeżenia wymaga, iż wszyscy wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach powoływali się na zasady poufności wynikające z umów z dostawcami oraz wskazywali własne procedury wdrożone do zachowania poufności tych danych.

Po szczegółowej analizie uzasadnień zastrzeżenia oraz po wysłuchaniu stanowiska Przystępującego Sygnity, Przystępującego Asseco oraz Przystępującego konsorcjum Cube, a także stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, uznano, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawców mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a także że spełnione zostały poszczególne przesłanki określone art. 11 ust. 4 uznk.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu szczegółowej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego w szczególności przedstawiony przez wybranego wykonawcę sposób, zawierają szczegółowe ceny częściowe wyceny poszczególnych etapów składających się na przedmiot zamówienia oraz komponentów niezbędnych do realizacji zamówienia z uwzględnieniem wynagrodzeń pracowniczych (np. wyjaśnienia Sygnity). Wyjaśnienia zawierają informacje o nazwach wytwórców poszczególnych urządzeń, a co ważniejsze odnoszą się do warunków handlowej współpracy między Przystępującymi a dostawcami producentami poszczególnych urządzeń. Mogą i posiadają one zatem szczególną wartość gospodarczą ze względu na przywołane tam uwarunkowania rynkowe. Nie można zgodzić się również z twierdzeniami Odwołującego Asseco i Odwołującego

konsorcjum Cube, że informacje znajdujące się w oświadczeniach złożonych przez dostawcę sprzętu i oprogramowania mają charakter informacji ogólnych i nie odnoszą się do żadnych konkretnych rabatów i upustów. Zauważyć należy, iż w wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji, wykonawcy Sygnyty znajduje się konkretna wartość liczbową uzyskanego upustu (strona nr 3 wyjaśnień Przystępującego z dnia 23 września 2015 roku). Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że choć część wykonawców skorzystała z tożsamyh źródeł zaopatrzenia, to jeden z nich z uwagi na wynegocjowane warunki szczególne złożył korzystniejszą cenowo ofertę. Tym samym więc informacja o danym rynku dostawców i zasadach współpracy z tymi dostawcami wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych dostawców lub podwykonawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca. Skoro zaś podmioty te nie wyraziły zgody w treści składanych ofert do ujawniania informacji, to tym samym uznać należy, że informacje te noszą przymiot informacji poufnych, a podmiot taki nie wyraził woli przekazania informacji poufnych. Ze wszystkich złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w postępowaniu odwoławczym oświadczeń podmiotów trzecich wynikało, iż z uwagi na przyjętą politykę poufności, informacje objęte oświadczeniem nie mogą udostępniane podmiotom zewnętrznym i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważyć dalej należy, że Odwołujący nie wykazali, by informacje z oferty Przystępujących miały charakter publiczny. Jak słusznie zauważył Zamawiający informacje ujęte w załącznikach od 4 do 5 oraz załączniku nr 1 do OPZ mają taki stopień szczegółowości, że nie jest możliwe pozyskanie ich w prosty sposób w domenie publicznej, na co wskazuje pośrednio kolejny sformułowany przez Odwołującego Asseco zarzut odnoszący się do niezgodności treści oferty Sygnyty do treści SIWZ, gdzie Odwołującemu nie udało się prawidłowo określić modelu zaoferowanej platformy serwerowej. To zaś oznacza, że zidentyfikowanie i weryfikacja parametrów poszczególnych urządzeń, a także dobór

i konfiguracja tych urządzeń oraz sformułowana na podstawie doboru urządzeń i założeń Zamawiającego w SIWZ konkretna koncepcja wdrożenia może stanowić poufne informacje o charakterze organizacyjnym. Jak już wspomniano, wykonawcy przedstawili także konkretne dokumenty, z których wynikała konieczność traktowania informacji jako poufnych.

Przebieg rozprawy przed Izbą pokazał, iż załączniki 4 i 4a oraz 5 mogą mieć znaczenie i określoną wartość gospodarczą. Możliwy był bowiem do przyjęcia jeden z co najmniej kilku modeli koncepcyjnych w zakresie wdrożenia CSB, a elementy ujęte w tych załącznikach do przyjętej koncepcji się odnosiły. Z załączników tych wynikała ilość niezbędnego sprzętu, jego nazwy, przyjęty model licencjonowania oraz zestawienie komponentów a także z uwagi na specyficzny podział tych załączników, pośrednio dało się odczytać także elementy harmonogramu wdrożenia poszczególnych elementów systemu w czasie. Jak wynika z pism procesowych Sygnity, załączniki te dla profesjonalisty zawierały wiele cennych informacji, a połączenie tej wiedzy z pozostałymi informacjami znajdującymi się w ofercie danego wykonawcy, mogłoby przełożyć się na jego przewagę konkurencyjną na rynku zamówień IT. Przy wykorzystaniu wiedzy fachowej, na podstawie uzyskanych informacji można odszyfrować przyjęty model wdrożenia systemu. I choć wykonawcy w przeważającej mierze nie są producentami danego rozwiązania (infrastruktury), to zestaw konfiguracji elementów systemu zależał od każdego wykonawcy i stanowił pochodną przyjętej koncepcji wdrożenia, która w każdej z ofert ukształtowała się w sposób odmienny. Przyjęte założenia były odzwierciedleniem dokonanych analiz oraz wynikają z dotychczasowego doświadczenia wykonawcy. Izba dokonując analizy złożonych dokumentów i wyjaśnień, uznała, iż dokumenty te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny, stanowi także pracę koncepcyjną, tworzącą, przeprowadzoną na potrzeby konkretnego Zamawiającego.

Choć Zamawiający w postępowaniu w dużej mierze premiował oferowanie produktu opartego o rozwiązanie standardowe, to znaczenie miał również sposób wykorzystania i znajomość owego rozwiązania standardowego. Jak wynika bowiem z oceny ofert, nawet zaproponowanie tożsamego oprogramowania, nie gwarantowało otrzymania tożsamej liczby punktów w kryterium jakościowym, a to z uwagi na odmienne podejście do wykorzystania oferowanego produktu.

Co do nieudostępnionej wykonawcom korespondencji wewnętrznej Zamawiającego (protokoły z obrad komisji przetargowej), w ocenie Izby istniała możliwość ujawnienia części elementów tych dokumentów, w zakresie jakim nie naruszona zostałaby tajemnica przedsiębiorstwa ujęta w ofertach. Dokumenty te mają niewątpliwie istotne znaczenie

poznawcze dla wykonawców uczestniczących w postępowaniu, ponieważ odzwierciedlają proces myślowy Zamawiającego jaki miał miejsce w toku oceny ofert, pozwalają prześledzić w jak sposób Zamawiający oceniał oferty według przyjętych kryteriów. Podobną argumentację można zastosować do żądania ujawnienia zbiorczej ilości punktów otrzymanej za poszczególne funkcjonalności, o której ujawnienie wnioskowało konsorcjum Cube. Tym nie mniej Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że obaj Odwołujący, pomimo iż nie znali wyjaśnień innych wykonawców, zarówno co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak też innych składanych odnośnie treści własnej oferty, zdecydowali się wa wniesionych odwołaniach podnieść zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wskazywali na złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu. W każdym przypadku stawiane zarzuty oparto na nad wyraz szeroko ujętych okolicznościach faktycznych, które Izba – w granicach odwołań - rozpoznała i wydała stosowne rozstrzygnięcie. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia określonych informacji, czy to w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czy to w zakresie załącznika nr 1 do OPZ wskazującego na posiadanie przez system wymaganych funkcjonalności, nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Przystępującego Sygnity jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawcy Odwołujący się nie przedstawili merytorycznej i obiektywnej argumentacji przemawiającej za tym, aby przychylić się do zniesienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku ofert i składanych w toku postępowania wyjaśnień. Zamawiający dochował należytej staranności w przeprowadzeniu procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i nie można się zgodzić z Odwołującym Asseco, iż Zamawiający zbałał tylko jedną z przesłanek ustawowych, czy informacje te były przekazywane do publicznej wiadomości, na tę okoliczność Odwołujący nie przedstawił dowodu. Z kolei z protokołu Komisji Przetargowej Nr 29 wynika, że teza Odwołującego Asseco jest błędna. Jak słusznie również podkreślał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu (poza konsorcjum Cube, które nie zastrzegło załącznika nr 4 i 4a) zastrzegły tożsamy zakres informacji. Izba w toku rozprawy nie usłyszała argumentacji, która mogłaby przemawiać na korzyść Odwołujących i pozwalała zasadniczo różnicować sytuację pozostałych uczestników procesu zamówień publicznych, co więcej na rozprawie Odwołujący konsorcjum Cube wycofało zarzut odnośnie załącznika nr 1 do OPZ, wskazując, że rzeczywiście informacje ujęte w tym załączniku mogą

mieć określoną wartość gospodarczą. Prawidłowo także zachował się w ocenie Izby Zamawiający kontekście odmowy udostępnienia tej części korespondencji prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której to wzywając poszczególnych wykonawców do wyjaśnień posilkowano się zastrzeżoną treścią oferty. Z uwagi na odnoszenie się w treści wezwań do aspektów zastrzeżonych w ofertach, udostępnienie wezwań nie było możliwe, jakakolwiek możliwość zapoznania się z treścią wezwań skutkowałaby ujawnieniem treści ofert.

Z tych względów uznano, że swoim postępowaniem Zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

Na marginesie tylko Izba odniesie się do argumentacji Przystępującego Sygnity, że jest on spółką notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych i informacje na temat jej kondycji i ewentualnych wpływów oraz okresów, w których te wpływy mogą nastąpić, mogą przelożyć się na sytuację Przystępującego na giełdzie i muszą być objęte klauzulą poufności do momentu publikacji finansowych raportów okresowych. Skoro wykonawca jest spółką, której akcje są notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie, to w konsekwencji posiada status spółki publicznej. Zgodnie z regulacjami mającymi zastosowanie do spółek publicznych, spółki te są zobowiązane do publikowania raportów bieżących, których zakres i treść określa Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznawania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa niebędącego państwem członkowskim. Spółki publiczne zobowiązane są m.in. do publikowania raportów bieżących o zawarciu przez te spółki lub spółki od nich zależne istotnych umów oraz o wszelkich istotnych zdarzeniach mających istotny wpływ na ich działalność. Spółki te również zobowiązane są do publikowania w formie raportów bieżących informacji poufnych, w rozumieniu art. 154 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Jeżeli zastrzeżone przez wykonawcę informacje mają dla niego tak istotną wartość gospodarczą, to winny być klasyfikowane jako informacje poufne w rozumieniu art. 154 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Procedura obiegu i dostępu do informacji poufnych jest ściśle regulowana przez przepisy ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i aktami wykonawczymi do tej ustawy. Co więcej zgodnie z przepisami ustawy o ofercie, informacje poufne podlegają publikacji w formie raportu bieżącego, chyba, że emitent skorzystał z procedury opóźnienia publikacji informacji poufnych, której mowa w art. 57 ustawy o ofercie. Takich okoliczności wykonawca Sygnity na rozprawie ani w treści pisma procesowego nie przywołał. Należy więc uznać, że informacje te ostatecznie i tak byłyby udostępnione publicznie w formie raportu bieżącego, skoro mają tak istotne znaczenia dla działalności wykonawcy.

Zarzut złożenia oferty przez wykonawców Sygnity i konsorcjum Cube stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w odwołaniu Asseco.

Odwolujący Asseco wskazywał, że między wykonawcami Sygnity i konsorcjum Cube doszło do niedozwolonego porozumienia, tzw. zмовы przetargowej i oferty tych wykonawców winny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niedozwolonego porozumienia wykonawca upatruje w fakcie, iż obaj wykonawcy zaoferowali to samo oprogramowanie Flexcube, produkcji hinduskiej firmy I-flex, będącej własnością korporacji Oracle. Ustawa Pzp zabrania natomiast złożenia przez jednego wykonawcę więcej niż jednej oferty w postępowaniu. To także w ocenie Odwołującego prowadzić winno do wniosku, że oferty wykonawców Sygnity i konsorcjum Cube są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, w tym art. 58 par. 1 kodeksu cywilnego.

Z uwag natury ogólnej wskazać należy, iż ustawa Pzp w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladowictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Jednym zaś z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji jest zмова przetargowa. W publikacji wydanej przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2013 roku wskazano najczęstsze formy niedozwolonej współpracy przedsiębiorców.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego pozbawione są zarówno podstawy faktycznej, jak i prawnej, nie poparte jakimikolwiek dowodami. Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, że przywołana w odwołaniu decyzja UOKiK nr DOK 11/2014 z 30 grudnia 2014 roku dotyczy zgola odmiennej sytuacji. W prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym Prezes Urzędu badał sytuację, gdzie jeden z wykonawców startujących w postępowaniu był jednocześnie podwykonawcą drugiego uczestniczącego w tym samym postępowaniu podmiotu, a także pomagał podmiotowi temu w szukaniu konsorcjanta, na doświadczeniu którego będzie mógł polegać wykonawca. W przedmiotowym postępowaniu udział wzięły dwa niezależne od siebie podmioty gospodarcze. Każdy z tych podmiotów samodzielnie skonstruował ofertę, żaden z wykonawców nie jest podwykonawcą drugiego. Co prawda podmioty (tj. Sygnity i konsorcjum Cube) korzystają w części zaoferowanego rozwiązania z rozwiązania opartego na tej samej platformie technologicznej, pochodzącej od jednego producenta, ale na rozprawie Odwołujący w jakikolwiek sposób nie wykazał, aby działanie to miało charakter

celowy, czy też zamierzony. Z zachowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz z postępowania odwoławczego nie wynika, aby wykonawcy ci mieli jakikolwiek wpływ na wybór rozwiązania konkurenta. Ponadto Przystępujący Sygnity zaoferował także rozwiązania własne w powiązaniu z produktem, którego dotyczy zarzut. Natomiast z faktu korzystania przez dwóch wykonawców z jednego kanału dystrybucji nie można wywodzić istnienia zmywy przetargowej, takie działania nie są przez prawo zakazane. W takiej sytuacji przykładowo na ograniczonym rynku dystrybucyjnym pewnych specyficznych urządzeń, wszystkich wykonawców korzystających z danego dystrybutora, można byłoby posądzać o działanie w zмовie. Tymczasem przy klasycznym niedozwolonym porozumieniu wykonawców udział jednego z nich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być pozorny lub działania wykonawców muszą zmierzać do takiego ukształtowania rankingu ofert, aby Zamawiający zmuszony był wybrać ofertę droższą. Działania takiego nie można porównywać ze złożeniem przez dwóch wykonawców oferty skonstruowanej w danym elemencie zamówienia o jeden komponent, który pochodzi o tego samego producenta. Teoretycznie rzecz ujmując, w przedmiotowym postępowaniu w wielu elementach oferty zaoferowano rozwiązania pochodzące od tego samego producenta, dotyczy to także oferty Odwołującego, choćby w zakresie licencji lub serwera, to zaś oznaczałoby, że także Odwołujący Asseco pozostaje w zмовie z innymi wykonawcami, co oznacza, że również jego oferta winna być odrzucona.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Asseco z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji podniesiony w odwołaniu konsorcjum Cube.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż zarzut skonstruowany jest w oparciu o założenia poczynione przez Odwołującego, bez znajomości szczegółowych elementów oferty, a więc z góry konstrukcja taka może być obciążona pewnego rodzaju błędem w rozumowaniu o wnioskowaniu z niewiadomego. Przeprowadzona przez Izbę analiza porównawcza założeń Odwołującego oraz oferty Przystępującego Asseco pokazuje, że Odwołujący poczynił niewłaściwe założenia.

Założenia Zamawiającego odnośnie prawa opcji ujęte były w SIWZ w Istotnych postanowieniach Umowy (art. 3) w następujący sposób:

1. Wykonawca składa nieodwołalną ofertę wykonania następujących usług wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy:

1) Świadczenia usług wparcia Wdrożenia (obejmujących Strumienie 4-6 oraz 8) w łącznym wymiarze nie większym niż 2500 Osobodni

2) Świadczenia Usług Gwarancyjnych i Serwisowych (Strumień 7), z wyłączeniem usług na rzecz Infrastruktury i Oprogramowania Pomocniczego, w okresie 24 miesięcy po zakończeniu okresu, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4 Umowy.

2. Zamawiający jest uprawniony do przyjęcia powyższej oferty w całości lub w części (w tym również przyjmowania oferty świadczenia usług Wsparcia częściami, w zależności od potrzeb w tym zakresie) w okresie obowiązywania Umowy, przy czym oferta świadczenia usług wsparcia Wdrożenia może być przyjęta również w okresie świadczenia Usług Gwarancyjnych i Serwisowych, o których mowa w ust. 1 pkt 2.

Słusznie zatem Zamawiający podkreślał, że możliwość skorzystania z prawa opcji jest jego uprawnieniem, nie obowiązkiem i zależy wyłącznie od woli samego Zamawiającego, a podmiot z którym podpisana zostanie umowa na CSB nie ma w tym zakresie głosu decydującego. Ponadto Odwołujący nie przedstawił na okoliczność przeniesienia części kosztów zamówienia podstawowego do prawa opcji jakichkolwiek dowodów. Przystępujący Asseco złożył także Zamawiającemu obszerne wyjaśnienia oparte o szczegółową kalkulację i sposób obliczenia ceny ofert w dniu 23 września 2015 roku, także w zakresie sposobu wyceny serwisu w ramach opcji. W wyjaśnieniach znajduje się argumentacja dotycząca ceny za świadczenie usług serwisowych objętych prawem opcji, przedstawiono przyjęte założenia do ukształtowania ceny na określonym poziomie, przy uwzględnieniu długoterminowej perspektywy wykonywania tej części zamówienia.

Co do argumentacji Odwołującego, że Zamawiający w przypadku wyboru oferty Asseco będzie zmuszony korzystać z opcji i usług serwisowych po zakończeniu opcji, to podnieść należy, iż taką argumentację można byłoby zastosować do każdego z wykonawców. Zamawiający preferuje bowiem w postępowaniu oprogramowanie standardowe, do którego nie nabywał będzie autorskich praw majątkowych, ponieważ przeniesienie tych praw, zgodnie z warunkami Istotnych Postanowień Umowy, następowało będzie jedynie w przypadku oprogramowania dedykowanego, co jak pokazuje analiza ofert (ilość funkcjonalności, których uzyskanie związane jest z ingerencją w kod źródłowy) ilość takiego rodzaju oprogramowania jest bardzo niewielka. W przypadku zaś oprogramowania standardowego Zamawiającemu przysługiwała będzie długoterminowa licencja. Jak słusznie podkreślali także Zamawiający i Przystępujący w postępowaniu odwoławczym, istotą tego postępowania jest dostarczenie systemu na tyle uniwersalnego, aby Zamawiający w trakcie wdrożenia, które odbywało będzie się przy zdecydowanie samodzielnych czynnościach Zamawiającego, jedynie przy wsparciu wykonawcy, w miarę zapotrzebowania Zamawiającego, uzyskał takie umiejętności i wiedzę, które niezależnie go od konkretnego rozwiązania i wykonawcy. Jeżeli zaś Odwołujący 2 uważał, że zapisy SIWZ co do podziału na zamówienie podstawowe i prawo opcji nie gwarantują osiągnięcia takiego założenia, a warunki umowy nie oddają tego założenia przy transferze praw autorskich, to winien być takie zarzuty formułować na etapie wcześniejszym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po przekazaniu wykonawcom treści SIWZ i wzorowi umowy.

Co do złożonej przez Odwołującego 2 opinii dotyczącej czasu i kosztów eksploatacji informatycznych systemów transakcyjnych w bankach, to dostrzeżenia wymaga, iż wnioski końcowe dotyczą całego systemu bankowego funkcjonującego w Polsce, nie są to wnioski, które odnieść można konkretnie do Zamawiającego. Treść opinii nie przeczy założeniom przyjętym przez Zamawiającego, jak bowiem stwierdzono, zasadnym z punktu widzenia ekonomicznego jest zamówienie systemu, który funkcjonował będzie w długiej perspektywie, co jednak nie oznacza, że Zamawiający w każdym wypadku musi na długi czas, założony przez Odwołującego wiązać się z jednym systemem i jednym wykonawcą oraz że przyjęte założenie 10 letnie jest jedynym możliwym i dopuszczalnym. Opinia nosi charakter opinii prywatnej. Izba przypomina za judykaturą, że ma ona charakter opinii prywatnej, które jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (wyrok SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01. 2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsza opinia prywatna jest stanowiskiem strony, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.

W przedmiotowym postępowaniu bowiem Zamawiający po obowiązkowym 3 letnim okresie serwisowania, będzie posiadał niezbędną wiedzę, aby utrzymywać i rozwijać system samodzielnie lub przy niewielkim udziale dostawcy rozwiązania, co jednocześnie nie będzie związane z wykorzystywaniem prawa opcji.

W zakresie sformułowanego zarzutu zwrócić uwagę należy także na formalne kwestie zarzutu i żądań Odwołującego konsorcjum Cube. Odwołujący wskazał, że Asseco wbrew dobrym zwyczajom dopuściło się manipulowania cenami w celu uzyskania wyższej punktacji za zamówienie podstawowe. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścić się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Odwołanie się przez ustawodawcę w ustawie Pzp do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż odrzucenie oferty w oparciu o wskazaną podstawę wymaga wskazania czynu nieuczciwej konkurencji, który wykonawcy jest przypisywany. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego nieujętego w ramach rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czynu nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (wyrok SN z 11.10.2002 r., III KKN 271/01). Przez pojęcie dobrych obyczajów rozumie się szczególną umiejętność, staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę (M. Zdyb, A. Michalak, M. Mioduszewski, J. Raglewski, J. Rasiewicz, M. Sieradzka, J. Sroczyński, M. Szydło, M. Wyrwiński, komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dobre obyczaje to swoistego rodzaju normy moralne i zwyczajowe mające zastosowanie m.in. w działalności gospodarczej. Od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą oczekuje się szczególnej staranności i profesjonalizmu (rzetelności). Przedsiębiorca zobowiązany jest do przestrzegania reguł uczciwego obrotu (np. określonych w kodeksie dobrych praktyk obowiązujących w danej branży). Natomiast w wyroku KIO z dnia 4 lutego 2013 roku (sygn. akt KIO 149/13) podkreśla się, że zachowania jedynych przedsiębiorców mogą w ocenie innych stanowić działania nieetyczne pod względem handlowym, podczas gdy te same przejawy działalności tych samych wykonawców będą traktowane przez innych, jako nietransparentne, co należy rozumieć w ten sposób, że naruszenie dobrych obyczajów zawsze należy rozpatrywać w zestawieniu z konkretnym stanem faktycznym oraz normami / obyczajami obowiązującymi w danym środowisku.

Odwolujący tymczasem w sposób bardzo ogólnikowy przedstawił w odwołaniu zarzut naruszenia dobrych obyczajów. Podana przez Odwołującego okoliczność zróżnicowania cen za zamówienie podstawowe i za prawo opcji sama w sobie nie musi stanowić czynu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza w takiej sytuacji, gdzie cena nie stanowiła decydującego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej ale znaczenia nabierały kryteria natury jakościowej. Zatem, brak wskazania podstawy prawnej, a w szczególności zaniechanie ustalenia znamion konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż brak podstaw do stwierdzenia prawidłowości argumentacji Odwołującego. Adnotacji wymaga fakt, że formułowanie zarzutów w zakresie popełnienia przez wykonawcę rywalizującego o zamówienie publiczne czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, a w szczególności jeżeli budowany jest on w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinien być stwierdzony dowodami i nie może opierać się wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości (m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2740/12). Jak już wyżej zaznaczono, zarzuty odwołania skonstruowane były przez Odwołującego w oparciu o założenia, które nie odpowiadały treści oferty Przystępującego Asseco.

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji podniesiony w obu odwołaniach w stosunku do oferty Sygnity (KIO 2301 i KIO 2302) oraz Asseco (2302).

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika

zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego, działanie to było zamierzone i celowe. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd

(podobnie wyrok z dnia 23 stycznia 2013 roku Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygn. akt II Ca 1285/12 oraz wyrok z dnia 6 grudnia 2012 roku Sądu Okręgowego w Toruniu, sygn. akt VI Ga 134/12).

Dostrzeżenia wymaga, że najnowsze orzecznictwo Sądu Unii Europejskiej nie zawęży postaci winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej. Tak orzeczono w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej, gdzie Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; ze zm.) wykluczyła wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego (por. pkt 75 i 119 wyroku).

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na stan przedmiotowego postępowania odwoławczego, biorąc także pod uwagę ustalony przez Izbę w postępowaniu stan faktyczny oraz działania samego Zamawiającego, który na rozprawie wyraźnie twierdził, że wnikliwie badał i analizował celowość i zamierzony charakter zachowania wykonawców wynikający z ofert i składanych wyjaśnień, Izba uznała, że żaden z Odwołujących nie sprostął obciążającemu go ciężarowi dowodowemu i nie wykazał, aby wykonawcy Sygnity i wykonawca Asseco działali celowo, z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a więc przy przyjęciu, że wykluczenie wykonawcy możliwe jest tylko przy wykazaniu działania lub zaniechania w umyślności. Odwołujący na taki stan nie przedstawili materialnych dowodów, a argumentacja zaprezentowana na rozprawie nie była wystarczająca do przyjęcia tej tezy jako prawdziwej. Odwołujący ograniczyli się do analizy konstrukcji oferty pozostałych wykonawców i przyjęli założenie o unikatowym charakterze działalności Zamawiającego w polskim sektorze bankowym, które to okoliczności w ocenie

Izby same w sobie nie dawały podstaw do przyjęcia, że wykonawcy działali w sposób zamierzony w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co pozwoliłoby na uzyskanie zamówienia. Obaj Odwołujący celowości działania i zamierzonego skutku swoich konkurentów nie wykazali. Przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony (a w tym przypadku Odwołujący) obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08). Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący nie sprostali obciążającemu ich ciężarowi dowodu, konsekwencją czego musiały ich obciążać ujemne skutki procesowe w postaci oddalenia przedmiotowych zarzutów. Okazały się one niczym nie popartymi supozycjami strony odwołującej.

W przedmiotowej sprawie przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający ocenę ofert w zakresie dostarczanego systemu i jego funkcjonalności dostępnych w standardzie i wymagających developmentu przeprowadził na zasadzie złożenia przez wykonawcę stosowanego oświadczenia woli w postaci zaznaczenia odpowiednich pól w załączniku nr 1 do OPZ, gdzie opisane były wymagane funkcjonalności, które system powinien obsługiwać, przy jednoczesnym założeniu, że wyżej premiowane będą funkcjonalności już istniejące w systemie, ewentualnie wymagające tylko parametryzacji. Pojęcia parametryzacji i development scharakteryzowano przy opisie kryteriów oceny ofert. Parametryzacja rozumiana była jako działanie, które nie wymaga konieczności ingerencji w kod oprogramowania. Development miał natomiast polegać na modyfikacji kodów oprogramowania systemu. Zamawiający nie przewidział w SIWZ obowiązku złożenia próbki, czy też przeprowadzenia prezentacji, która oddawałaby materialny wymiar oferowanego systemu, np. dla kilku funkcjonalności, które traktowane były jako obowiązkowe. W terminie składania ofert nie przewidziano także obowiązku przedstawienia choćby podstawowej wersji dokumentacji oferowanego systemu i oprogramowania, która opisywałaby zadeklarowane przez poszczególnych wykonawców funkcjonalności jako „istniejące w standardzie”. Wspomniany przez Odwołującego Asseco proces weryfikacji, określony w art. 2 pkt 11 Istotnych Postanowień Umowy nie mógł stanowić podstawy oceny ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Moment weryfikacji Zamawiający związał z etapem wdrożenia, w ramach Strumienia 2 – Udzielenie licencji. Instalacja wersji standardowej, uruchomienie Środowisk. Wówczas to Zamawiający zweryfikuje, czy Oprogramowanie Podstawowe

spełnia wymogi i posiada funkcjonalności, które w ofercie zostały określone jako „dostępne w standardzie”. Wykonawca ma wtedy obowiązek, na żądanie Zamawiającego, udzielić wyjaśnień na temat działania Oprogramowania Podstawowego i jego standardowych funkcjonalności.

Stąd też przede wszystkim zauważyć należy, że na etapie postępowania odwoławczego wysoce utrudniona była weryfikacja, czy rzeczywiście zadeklarowane funkcjonalności istnieją. Skład orzekający Izby stanął przed decyzją oceny wiarygodności oświadczeń woli złożonych z jednej strony przez wykonawców w ofertach, z drugiej strony wynikających z załączonych do odwołania tabeli lub wymienionych w odwołaniu danych, które zawierać mają unikatowe dla Zamawiającego funkcjonalności. Żadnego z tych oświadczeń nie można było uznać za bardziej lub mniej wiarygodne. Przedstawiały one jednakową wartość dowodową. Z uwagi jednak na okoliczność, że ciężar dowodu w takiej sytuacji obciążał Odwołujących, uznano że nie wykazali oni twierdzeń postawionego zarzutu, a tabelaryczne zobrazowanie braku istnienia pewnych funkcjonalności nie wydaje się wystarczające do potwierdzenia prawdziwości hipotezy o złożeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji.

Nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów na wyjątkową specyfikę działalności Zamawiającego, a tym samym, że określone funkcjonalności charakterystyczne są tylko dla niego. Bank Gospodarstwa Krajowego jest co prawda jedynym bankiem w Polsce należącym do Skarbu Państwa, tym niemniej podlega takim samym regulacjom i rygorom prawa jak inne banki funkcjonujące na terenie Polski. Dotyczyą go więc takie same obowiązki i możliwości wykonywania czynności bankowych określonych w art. 5 i następnych ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo Bankowe (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 128, 559, 978, 1166, 1223, 1260). Co więcej, to Przystępujący Sygnity przedstawił dowody, że kwestionowana przez Odwołującego Cube funkcjonalność mikrorachunków obsługiwana jest w innych bankach (oświadczenie Narodowego Banku Polskiego). Podobnie sytuacja wygląda w przypadku funkcjonalności związanej z konsolidacją rachunków jednostek budżetowych Skarbu Państwa. Możliwość konsolidacji rachunków dotyczyła już wcześniej innych banków, jedyna różnica polega na tym, iż obowiązkiem tym został w ostatnim czasie objęty Zamawiający.

Nie można także zgodzić się z argumentacją Odwołującego Asseco, że tylko on posiada niezbędną wiedzę o działalności Zamawiającego i w takiej okoliczności należy upatrywać złożenia nieprawdziwych informacji przez pozostałych wykonawców. Podkreślenia wymaga, że wszystkie podmioty biorące udział w przedmiotowym postępowaniu działają od lat w sektorze usług bankowych i są dostawcami różnych rozwiązań informatycznych dla banków, w tym także dla samego Zamawiającego. Także każdemu z osobna znane są zasady i umiejętności stosowania w systemach informatycznych regulacji prawnych, zarówno polskich, jak też europejskich, odnoszących się do usług bankowych. Przystępujący

Sygnity wykazał, że mógł dysponować wiedzą o funkcjonalnościach niezbędnych dla Zamawiającego, ponieważ był uczestnikiem wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obecnie prowadzone postępowanie stanowi pewien wycinek. Dodatkowo wykonawca uczestniczył w latach wcześniejszych w dialogu technicznym, poprzedzającym przedmiotowe postępowania. Podmiot ten jest także dostawcą kilku rozwiązań technicznych dla Zamawiającego.

Faktu złożenia nieprawdziwych informacji nie można także w ocenie Izby upatrywać w okoliczności zaferowania przez dwa podmioty jednakowego produktu i uzyskania przez te podmioty odmiennej punktacji w kryterium jakościowym. Każdy z wykonawców odrębnie zaznaczał istnienie określonych funkcjonalności, a być może różnica w punktacji wynika z lepszej znajomości produktu przez jeden z podmiotów lub zaferowaniu dodatkowych komponentów, które niewątpliwie mogą różnicować poziom szczegółowości poszczególnych ofert.

Odwolujący konsorcjum Cube złożyło na rozprawie dodatkowy materiał w postaci zestawienia tabelarycznego, twierdząc, że analizy w zakresie możliwości realizacji funkcjonalności dokonało w oparciu i przy pomocy specjalistów będących producentem rozwiązania Flexcube, które to rozwiązanie przewidziane jest także w ofercie Sygnity. Nie można jednak nie zauważyć, że zestawienie to jest elementem nowym, specyfikującym nowe funkcjonalności, różniącym się w treści od załącznika nr 9 do odwołania konsorcjum Cube. Pomijając już nawet tę okoliczność, zestawienie nie było sygnowane jakimkolwiek podpisem lub parafą, a z pewnością z jego treści nie można wywnioskować, że analizę przeprowadzał przedstawiciel producenta rozwiązania. Wartość dowodowa tego zestawienia nie miała więc jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu. Podobnie złożony materiał marketingowy o rozwiązaniu def2000 i def3000 proponowanym w ofercie przez Asseco nie wpływał na możliwość uwzględnienia zarzutu. Przede wszystkim materiały marketingowe mają to do siebie, że nie zawierają pełnej informacji o charakterze technicznym produktu, a jedynie wycinek takich informacji, istotny z punktu widzenia sprzedaży produktu. Nie mogą zatem być wiarygodnym dowodem na istnienie lub nieistnienie określonych elementów systemu w określonych jego wersjach.

W przypadku tego zarzutu zwrócić należy jeszcze uwagę na jeden element, znacząco różniący sytuację Odwołujących w postępowaniu. O ile w odwołaniu konsorcjum Cube znajdował się załącznik szczegółowo opisujący funkcjonalności charakterystyczne dla Zamawiającego, o tyle odwołanie Asseco, choć w treści wspominało o takim załączniku, to z formalnego punktu widzenia, załącznik ten został dopiero przedstawiony przez Asseco wraz z pismem procesowym z dnia 4 listopada 2015 roku. Tym samym odwołanie Asseco zawierało błąd formalny w zakresie materiału istotnego z punktu prowadzenia postępowania dowodowego, co powodowało, że odwołanie nie mogłoby zostać w tym zakresie

uwzględnione. Wbrew twierdzeniom Asseco nie można przyjąć, iż ów załącznik miał jedynie znaczenie pogładowe. W ocenie Izby zakreślał on bowiem ramy sformułowanych zarzutów w odniesieniu do istnienia, bądź też nieistnienia określonych funkcjonalności. Pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami i przedstawionymi dowodami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 18§ ust. 2 i 3 ustawy Pzp), a Przystępujący w sposób kompleksowy przygotować się do obrony własnej oferty. To przede wszystkim poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

Konkludując, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący nie sprostali obciążającemu ich ciężarowi dowodu, w konsekwencji czego musiały ich obciążać ujemne skutki procesowe w postaci oddalenia przedmiotowych zarzutów. Okazały się one niczym nie popartymi supozycjami strony odwołującej.

Zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego Sygnity z treścią SIWZ

Odwołujący Asseco stawiając przedmiotowy zarzut również w tym zakresie odwoływał się do załącznika nr 1 do OPZ oraz istnienia lub też nieistnienia określonych funkcjonalności.

Argumentacja Izby przedstawiona w stosunku do rozstrzygnięcia zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji pozostaje aktualna i adekwatna także w odniesieniu do tego zarzutu, zwłaszcza w sferze obciążającego stronę Odwołującą obowiązku dowodowego. Odwołujący Asseco ograniczył się w odwołaniu do przywołania określonych punktów Wymagań funkcjonalnych OPZ i innych zapisów SIWZ. W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący Sygnity wskazał miejsca w ofercie, z przywołaniem pozycji Załącznika nr 5, w jaki sposób dane wymaganie zostanie spełnione. Jakiegokolwiek postępowanie dowodowe nie zostało przez Odwołującego przeprowadzone. Biorąc pod uwagę taki sposób sformułowania zarzutu, Izba nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.

Odwołujący konsorcjum Cube zarzut niezgodności treści oferty Sygnity z treścią SIWZ oparł o wymogi i zasady licencjonowania wynikające z SIWZ a także własną znajomość zasad licencjonowania przez firmę Oracle, stwierdzając, że Sygnity winno być w ofercie uwzględnąć co najmniej 700 licencji dla użytkowników systemu.

Prawidłowo Odwołujący konsorcjum Cube w odwołaniu wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający przewidział, że w poszczególnych obszarach w momencie startu produkcyjnego z systemu będzie korzystać 700 pracowników Zamawiającego, w tym co najmniej 420 użytkowników w wymienionych modułach, a więc obciążenie systemu będzie oscylowało w granicach 70%. Zgodnie z Istotnymi Postanowieniami Umownymi charakter licencji nie mógł po stronie Zamawiającego powodować żadnych ograniczeń w prawach licencyjnych. Konieczność zapewnienia możliwości pracy dla 700 użytkowników systemu (co w ocenie Izby wcale nie musi oznaczać, że należało w ofercie wycenić dostawę 700 licencji) związana jest zatem w sposób jednoznaczny z momentem uruchomienia systemu, gdzie Przystępujący Sygnity zaoferował licencje typu per procesor, czyli bez ograniczenia dla liczby użytkowników (fakt zweryfikowany przez Izbę w treści oferty Sygnity i przyznany przez Przystępującego w pismach procesowych i na rozprawie). Dodatkowo zauważyć należy, iż każdy z wykonawców w przedmiotowym postępowaniu przyjął inne zasady skonstruowania oferty w zakresie licencji i analiza ofert wykazała, iż nie złożono w postępowaniu dwóch jednakowych ofert, co oznacza, że nie ma w ofertach tożsamyh wartości liczbowych w przypadku ilości licencji. Każdy z wykonawców zastosował licencje o różnym charakterze, w ujęciu przewidywanej przez wykonawcę koncepcji wdrożenia, tak aby nastąpiła w tym zakresie optymalizacja rozwiązania w odniesieniu do potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał natomiast i odwoływał się do zasad licencjonowania związanych z licencjami typu NUP. Licencje te zaoferowane zostały w środowisku nieprodukcyjnym (przed uruchomieniem systemu). Między Stronami postępowania odwoławczego i Uczestnikiem tego postępowania powstał spór, czy licencje typu NUP mogły być przede wszystkim zaoferowane w liczbie mniejszej niż 700 i czy ich użytkowanie może odbywać się na zasadzie tzw. „rotowania”. Odnośnie wiążącej w postępowaniu definicji licencji typu NUP, to podkreślenia wymaga, iż kwestie powyższe Zamawiający wyjaśnił z podmiotem, który udzielał będzie owych licencji – firmą Oracle. Uzyskana od podmiotu trzeciego informacja i podana przez ten podmiot definicja licencji typu NUP, w ocenie składu orzekającego Izby, była dla Zamawiającego wiążąca. Zgodnie z tą definicją każdy użytkownik autoryzowany do korzystania z oprogramowania powinien mieć przypisaną jedną licencję niezależnie od tego czy w danym momencie korzysta z oprogramowania. Możliwe jest działanie polegające na cofnięciu autoryzacji dostępu do oprogramowania i nadanie tej autoryzacji innemu użytkownikowi w oparciu o tę samą licencję. Takie właśnie wnioski płyną z wyjaśnień, które złożył podmiot trzeci, przy zastrzeżeniu że każda zmiana użytkownika musi być ewidencjonowana, aby nie było wątpliwości jakiej osobie dana licencja w momencie jej użytkowania jest przypisana. Podmiot trzeci złożył jednoznaczne i stanowcze oświadczenie, że taki sposób użytkowania licencji nie narusza zasad licencjonowania.

Zamawiający nie miał podstaw, aby takich wyjaśnień nie przyjąć lub też podważyć ich wiarygodność. Tłumaczenie warunków licencyjnych złożone przez Odwołującego było jego tłumaczeniem własnym, a więc prymat należało przyznać tłumaczeniu pochodzącemu od podmiotu decydującego o zasadach udzielania licencji. Oznaczało to tym samym, że liczba licencji przewidziana przez Sygnity dla środowiska nieprodukcyjnego była prawidłowa, a zaoferowanie innej liczby niż 700 licencji nie stanowi o złożeniu oferty niezgodnej z SIWZ. Wynikająca z oferty Przystępującego Sygnity liczba licencji umożliwia również przeszkolenie pracowników Zamawiającego przy przyjęciu założeń odnośnie szkoleń wymienionych w SIWZ i opracowanego przez wykonawcę planu szkoleń. Już w tym miejscu także zauważyć należy, że przyjęte zasady licencjonowania miały duże przełożenie na względy kosztowe oferty Przystępującego i stanowiły jeden z elementów, który pozwolił Przystępującemu w znaczący sposób obniżyć koszty oferty, a tym samym pozwolił przedstawić korzystniejszą ekonomicznie ofertę.

Zarzut złożenia oferty z rażąco niską ceną przez Sygnity (KIO 2301/15 i 2302/15) oraz przez Asseco (KIO 2302/15)

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucania oferty z najniższą, tudzież najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28

marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, w sytuacji, kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, w szczególności kiedy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich cen złożonych w postępowaniu, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia.

Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pismo „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, w tym także przypadku co do realności wyceny za poszczególne elementy dostaw sprzętu, licencji i oprogramowania, koszty niezbędnych modyfikacji i świadczenia serwisu i usług gwarancyjnych. Co do zasady przyjmuje się w orzecznictwie, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień ma charakter jednorazowy. Odwołujący twierdzili natomiast, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający aż trzykrotnie wzywał Przystępującego Sygnity do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny, i choć wezwań rzeczywiście było trzy, to każde z nich odnosiło się do innych kwestii, w tym pierwsze dotyczyło kwestii ceny, następne zaś związane były z innymi wątpliwościami Zamawiającego, które tylko pośrednio związane były z pierwotnie uzyskanymi od wykonawcy wyjaśnieniami. Poza tym dopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający szczegółowo wyjaśnia za każdym razem inne elementy cenowe oferty. Wbrew także obawom Odwołującego Asseco 19-stronicowa odpowiedź Przystępującego Sygnity na 9-stronicowe wezwanie Zamawiającego szczegółowo odnosiła się do wszystkich pytań, które zawarte były w tym wezwaniu, a sama objętość pisma, bez znajomości jego treści, nie może być podstawą stwierdzenia rażąco niskiej ceny, czy też zarzucania wykonawcy lakonicznego ustosunkowania się do otrzymanego wezwania.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że wykonawca Sygnity w wyjaśnieniach przedstawiło bardzo szczegółowe wyliczenia i twierdzenia, nie były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami, odwoływał się bowiem choćby do umów uprzednio realizowanych na rzecz Zamawiającego, a także do możliwości wykorzystania elementów infrastruktury udostępnianej przez Zamawiającego podczas prac wdrożeniowych. Wskazał także jakie moduły własnych produktów, oprócz Flexcube oferuje, co mogło mieć znaczenie, przy założeniu, że inny wykonawca zaoferował także wdrożenie oparte o Flexcube. Zaoferowanie tego samego produktu przez dwa, odrębne od siebie i konkurujące ze sobą na rynku podmioty, nie musi oznaczać, że cena za dany produkt w każdej z tych ofert musi być jednakowa lub zbliżona

do siebie. Odwołujący konsorcjum Cube twierdziło, że dostawca oprogramowania nie różnicuje współpracujących z nim podmiotów w tak znaczący sposób i że posiadany przez wykonawcę określony status partnera nie może mieć aż tak istotnego przełożenia na cenę. Wbrew jednak tym twierdzeniom, nie przedłożyło informacji jaki poziom rabatu Odwołujący uzyskał u dostawcy, a informacja o tym poziomie znajduje się w wyjaśnieniach Przystępującego. Odwołujący miał zatem procesową możliwość udowodnienia prezentowanej tezy, a złożenie stosowanego oświadczenia pozwoliłoby składowi orzekającemu Izby porównać informacje Odwołującego i Przystępującego. Na mocy złożonych wyjaśnień Zamawiającemu i Izbie przedstawiono poziom upustu w ofercie Przystępującego, podczas gdy twierdzenia Odwołujących nie poparte zostały innymi dowodami.

Zastrzoc także należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materiałne” dowody, czy też jakiegokolwiek wycienienia, ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaofferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby takie właśnie okoliczności w swoich wyjaśnieniach wykonawca Sygnity przedstawił. Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołujących Asseco i konsorcjum Cube, w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący podał konkretne stawki, w tym także stawki otrzymanych rabatów od podmiotów, z którymi współpracuje. Uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, w tym także koszty ryzyk, które w odwołaniu umieścił Odwołujący Asseco. Pozycja wyceny ryzyka nie była wyodrębniona w formularzu cenowym, ale przy złożonych wyjaśnieniach wykonawca tę ocenę ryzyka opisał. Przystępujący Sygnity uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosiło się żadne z odwołań. Z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa i decyzję Izby, iż dane zastrzeżenie było prawidłowe, bardziej szczegółowe odniesienie się do złożonych wyjaśnień nie jest możliwe w uzasadnieniu orzeczenia, a poczynione przez Izbę ustalenia muszą być przedstawione na pewnym poziomie ogólności.

Jak już zauważono w uzasadnieniu, Sygnity nie zaprzeczało w wyjaśnieniach, że przyjęło w ofercie specyficzną zasadę dotyczącą licencji, a przyjęcie tej zasady przełożyło się na cenę oferty. Ze względu na duże różnice między wykonawcami odnośnie koncepcji licencjonowania, na obniżenie ceny oferty wpłynęło także to, że wykonawca ponosił będzie mniejsze koszty opłat serwisowych za licencje. Kwestia ceny za obsługę rachunków

wirtualnych i brak potrzeby zakupu dodatkowych licencji do tego modułu była już w uzasadnieniu poruszana, także w kontekście wpływu na cenę oferty. Dostrzeżenia także wymaga, iż Sygnity było odrębnie wzywane do wyjaśnień w zakresie zasad licencjonowania (było to jedno z wezwań, które w ocenie Odwołującego Asseco było ponownym wezwaniem o wyjaśnienia co do ceny). Niewątpliwie na cenę oferty Przystępującego Sygnity mogła wpłynąć okoliczność, że korzystał on będzie z mniejszej liczby podwykonawców. Tutaj także zauważyć należy, iż podmioty, które będą dostarczały oprogramowanie, a których współpracy oczekiwał Zamawiający na etapie wdrożenia, nie muszą być uważani za podwykonawców. Wsparcie producenta wliczane jest w cenę licencji i nie należy go utożsamiać z obowiązkiem podwykonawstwa ze strony producenta.

Odwołującym nie udało się tym samym skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Przystępującego Sygnity należy traktować jak rażąco niską. Mylą się Odwołujący konstatuując w odwołaniach i na rozprawie, że nie są zobowiązani do przeprowadzania dowodów przeciwnych, iż wynikające ze złożonych wyjaśnień i że ciężar udowodnienia, że w postępowaniu nie wystąpiła cena rażąco niska spoczywa jedynie na stronie Zamawiającej i Przystępującym. To Odwołujący zanegowali treść złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień, bez bliższej znajomości treści tych wyjaśnień, wskazując, że przyjęte tam założenia są nierealne. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, ową nierealność założeń Odwołujący winni wykazać. Dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący konsorcjum Cube choć przedstawił własną kalkulację, w jaki sposób powinna kształtować się cena oferty Sygnity i Asseco, to do wyliczeń przyjął założenia, które uwzględniają jego własne ofertowe uwarunkowania koncepcyjne, a te w porównaniu do dwóch pozostałych ofert okazały się odmienne.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Przystępujący Sygnity udowodnił Zamawiającemu, że zaofiarowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień

przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Asseco, którego prawidłowość kalkulacji została zakwestionowana przez Odwołującego konsorcjum Cube, to przede wszystkim wykonawca ten otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę cenę oferty Asseco i wyliczoną przez Zamawiającego średnią arytmetyczną wszystkich cen, wykonawca nie musiał składać wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania tej regulacji. Niemniej jednak, złożone przez Asseco wyjaśnienia niewątpliwie pozwoliły Zamawiającemu zweryfikować wątpliwości, czy wycena oferty była prawidłowa. Wyjaśnienia z 23 września 2015 roku złożone zostały także odnośnie wyceny opcji, ceny za świadczenie usług serwisowych z uwzględnieniem długoterminowej perspektywy wykonywania tej części zamówienia. Odwołanie ogranicza się do twierdzenia, że Asseco nie oszacowało ceny zamówienia podstawowego, nie podano jednak szczegółów, na czym owo niedoszacowanie ma miało polegać. Zauważyć w tym względzie należy, że cenowa ocena ofert winna odbywać w się w odniesieniu do ceny globalnej oferty, nie zaś do wycinka, fragmentu ceny za część przedmiotu zamówienia. W odwołaniu Odwołujący 2 twierdził także, że cena w ofercie Asseco za dostawy sprzętu i licencji nie powinna być mniejsza niż ok. 25 000 000 PLN netto. Analiza oferty wykonawcy prowadzi do jednoznacznego stwierdzenia, że cena w tym module zamówienia przekracza wartość 25 000 000 zł netto. Zatem, także w przypadku oferty wykonawcy Asseco Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że kalkulacja ceny jego oferty jest prawidłowa.

W przedmiotowym postępowaniu pojęcie rażąco niskiej ceny nabiera istotnego znaczenia, w takim bowiem przypadku winno ono być odnoszone do określonego rozwiązania koncepcyjnego, indywidualnie zaproponowanego przez każdego wykonawcę ubiegającego się o realizację zamówienia i właśnie o zaproponowane rozwiązanie winno podlegać ocenie pod względem przewidywanych i zakładanych kosztów niezbędnych do jego realizacji oraz wyceny tych kosztów.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący:

Justyna Tondkarska

Członkowie:

[Signature]
[Signature]

Na oryginał wnieść poprawki.
Za zgodność

[Signature]

