

Sygn. akt: KIO 1162/13

Sygn. akt: KIO 1170/13

WYROK

z dnia 7 czerwca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Małgorzata Stręciwilk
Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2013 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 maja 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk** (sprawa o sygn. akt KIO 1162/13),
- B. w dniu 17 maja 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, UNIZETO Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin oraz Consortia Sp. z o.o, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 1170/13)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów** w imieniu i na rzecz 159 jednostek samorządu terytorialnego z terenu województwa podkarpackiego

przy udziale:

- A.** wykonawcy: **ATOS IT Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1162/13 po stronie zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice**, **UNIZETO Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** oraz **Consortia Sp. z o.o, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1162/13 po stronie odwołującego,
- B.** wykonawcy: **ATOS IT Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1170/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1162/13 oraz uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1170/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk (w sprawie o sygn. akt KIO 1162/13) i zamawiającego: Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów (w sprawie o sygn. akt KIO 1170/13)**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, UNIZETO Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin oraz Consortia Sp. z o.o, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk** na rzecz zamawiającego: **Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od zamawiającego: **Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, UNIZETO Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin oraz Consortia Sp. z o.o, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** kwotę **18 736 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset trzydzieści sześć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, opłaty skarbowej oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie systemu informatycznego PSeAP - Podkarpacki system e-Administracji Publicznej”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonym przez Województwo Podkarpackie (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S.A. oraz Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. złożyli odwołanie (**sygn. akt KIO 1162/13**) wobec:

1. czynności, polegającej na wyborze oferty ATOS IT Services Sp. z o.o. (dalej „ATOS”) jako oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez ATOS jako niejawnych części oferty w zakresie: polisy OC, opinii bankowej, wykazu zamówień (załącznika nr 4 do SIW) wraz z referencjami, opisu dostarczanych produktów wraz z certyfikatami, wyjaśnień składanych przez ATOS,
3. zaniechania udostępnienia odwołującemu treści pism kierowanych przez zamawiającego do ATOS,
4. zaniechania odrzucenia oferty ATOS, pomimo że oferta ATOS zawiera błędy w obliczeniu ceny,
5. zaniechania odrzucenia oferty ATOS, pomimo że oferta ATOS zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. zaniechania wezwania ATOS do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
7. zaniechania odrzucenia oferty ATOS, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ogłoszenia 2012/S 211-347463.

Odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 91 ust. 1 i 2, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty ATOS,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez ATOS

jako niejawnych części oferty oraz wyjaśnień składanych przez ATOS,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu treści pism kierowanych przez zamawiającego do ATOS,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1-3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ATOS, pomimo że oferta ATOS zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania ATOS do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
6. art. 89 ust. 1 pkt 6, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ATOS, pomimo że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny,
7. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ATOS, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. odtajnienia zastrzeżonych przez ATOS części oferty oraz wyjaśnień składanych przez ATOS oraz udostępnienia ich odwołującemu,
3. udostępnienia odwołującemu treści pism kierowanych przez zamawiającego do ATOS,
4. wezwania ATOS do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
5. dokonania ponownej oceny ofert,
6. odrzucenia oferty ATOS,
7. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że w dniu 21 stycznia 2013 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, zaś w dniu 1 lutego 2013 r. przedstawiciele odwołującego uzyskali wgląd do ofert, w trakcie którego okazało się, iż oferta ATOS nie została udostępniona w zakresie bardzo wielu elementów oferty, w tym wykazu zamówień (załącznika nr 4 do SIWZ) wraz z referencjami, opinii bankowej oraz polisy OC. Podał także, że pismami z dnia 8 lutego i 22 kwietnia 2013 roku zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie części oferty ATOS zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazując, iż objęcie tej części tajemnicą przedsiębiorstwa jest nieuzasadnione. Na pisma te odwołujący nie otrzymał odpowiedzi.

Odwołujący podał również, że w dniu 8 maja 2013 roku zamawiający dokonał oceny

ofert - jako najkorzystniejszą wybrał ofertę ATOS, zaś w dniu 10 maja 2013 roku odwołujący skierował wniosek o udostępnienie protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami - które stały się jawne dopiero z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oświadczył, że w dniu 14 maja 2013 roku otrzymał od zamawiającego protokół wraz z załącznikami, jednak większość pism kierowanych przez zamawiającego i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ATOS została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, między innymi korespondencja pomiędzy zamawiającym a ATOS.

Odwołujący podniósł, że pisma te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w takim zakresie, iż odwołujący nie jest w stanie stwierdzić nawet tego, czy ATOS wzywany był do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny lub też wyjaśnień w zakresie stawki podatku VAT co do szkoleń. Odwołujący wobec tego założył, iż żadne tego typu wezwania nie miały miejsca.

Odwołujący wystąpił o bezpośredni wgląd w dokumentację i w dniu 15 maja 2013 roku przedstawiciel odwołującego wgląd ten uzyskał, jednak zamawiający w sposób nieuzasadniony odmówił wykonywania fotokopii dokumentacji, ograniczając wgląd wyłącznie do przeglądania dokumentów. W ocenie odwołującego zamawiający w sposób rażący naruszał przepisy prawa - w celu uniemożliwienia lub znacznego utrudnienia odwołującemu skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Tajemnica przedsiębiorstwa.

Polisa

Zdaniem odwołującego informacje zawarte, czy to w dokumencie polisy, czy w certyfikacie ubezpieczeniowym lub dowodzie ubezpieczenia nie mają charakteru technologicznego, jak i technicznego, gdyż nie dotyczą sposobów wytwarzania, poziomu specjalizacji, poufności wynalazku i metod działania. Nie stanowią również informacji organizacyjnych i nie posiadają wartości gospodarczej. A zatem odpowiedni dokument załączony do oferty ATOS nie może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż potwierdza on jedynie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego przez zamawiającego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 30 mln złotych. Warunek ten jest jawny i został podany do wiadomości publicznej w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zatem przedmiotowy dokument nie zawiera żadnych danych, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa ATOS, które powodowałyby konieczność utajnienia całej jego treści. W ocenie odwołującego zastrzeżenie przez ATOS polisy OC na

celu wyłącznie uniemożliwienie weryfikacji jej prawidłowości pozostałym uczestnikom postępowania - działanie takie powinno być uznane za czyn stanowiący naruszenie uczciwej konkurencji.

Opinia bankowa

Odwołujący podał, że w punkcie XI SIWZ zamawiający wskazał, że wymaga, aby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca załączył informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert na kwotę nie mniejszą niż 30 mln złotych.

Wskazał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1457/12) Izba argumentując niezasadność zastrzeżenia opinii bankowej wskazała, że „Zastrzeżone informacje de facto również nie dają miarodajnych informacji o sytuacji finansowej danego podmiotu. Informacja z banku odnosi się do posiadanych na danym rachunku środków finansowych, przy czym ich wysokość w poprzednim lub kolejnym dniu mogła już być zupełnie inna. Poza tym nie muszą być to wszystkie środki finansowe posiadane przez dany podmiot, gdyż częstą praktyką jest, że przedsiębiorcy posiadają dwa i więcej rachunków bankowych. Podobnie w przypadku zdolności kredytowej czy otwartej linii kredytowej - ocena banku, jak i kwota niewykorzystanych środków w ramach linii kredytowej również mogą ulegać zmianie. Co więcej - wykonawcy często zwracają się do banku o informację o zdolności kredytowej tylko w zakresie minimalnej wymaganej przez zamawiającego, a ich realna zdolność może być znacznie wyższa. Tak samo - poprzez przedstawienie dokumentów wykazują swoją zdolność finansową tylko na niezbędną kwotę. (...) Ze względu na powyższe, zdaniem Izby, przedstawione dokumenty nie mają samodzielnej wartości gospodarczej i trudno Izbie uznać, że poprzez ich udostępnienie wykonawca miałby ponieść jakąś konkretną szkodę. Gdyby tak miało być, wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obejmowałyby te dane ścisłą tajemnicą, a tak się nie dzieje.”

Wykaz zamówień (wg Załącznika nr 4 do SIWZ) wraz z referencjami

Na podstawie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący uznał, że aby spełnić warunki udziału w postępowaniu, wykonawca wykazać się musi doświadczeniem we wdrażaniu rozwiązań dla sektora publicznego, a w przypadku tego sektora zamówienia

realizowane są w przeważającej części w trybie ustawy Pzp. To natomiast implikuje niemożność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o wszelkich zamówieniach zrealizowanych w wyniku zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ w tym przypadku reguła jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego obejmuje również jawność zawartej w jego wyniku umowy.

Opis dostarczanych produktów wraz z certyfikatami

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem IX, pkt 3, ppkt 1 SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego był zobowiązany załączyć do oferty dokumenty wskazane w załączniku nr 8 do SIWZ, tj. m.in. Opis dostarczanych produktów (opis oferowanego sprzętu) według następujących atrybutów: nazwa produktu, typ, model, producent, oferowane parametry techniczne każdego komponentu (zgodnie z OPZ), rodzaj i warunki licencji oraz opis dostarczanych produktów (opis oferowanego oprogramowania - nie dotyczy oprogramowania autorskiego, które ma powstać w związku z realizacją niniejszej umowy) według następujących atrybutów: nazwa produktu, wersja, producent, oferowane komponenty (jeżeli dotyczy), posiadane funkcjonalności (zgodnie z OPZ), rodzaj i warunki licencji.

Zdaniem odwołującego opis produktów zarówno dotyczący sprzętu (który jest sprzętem typowym i powszechnie dostępnym), jak oprogramowania (systemowego, bazodanowego dostępnego powszechnie na rynku) nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa mającej dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą i być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Dane te nie zawierają przecież żadnych informacji, które za takowe mogłyby być uznane. Przedmiotowy opis produktów nie jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego, aby mógł być uznany za potencjalny przedmiot objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Tylko w przypadku twórczego i swoistego zestawienia można by mówić o utworze. Zdaniem odwołującego taki opis dostarczanych produktów w przypadku każdej z ofert jest podobny, nie można mówić o ich twórczym i całkowicie oryginalnym charakterze. Zamawiający narzucił wszystkim wykonawcom wygląd i treść tej części oferty, zaś wykonawcy mieli tylko podać w/w dane, spełniające wymagania funkcjonalne określone przez zamawiającego w SIWZ.

W ocenie odwołującego, skoro wykonawcy mieli wyłącznie podać nazwy oferowanego oprogramowania i sprzętu - to oczywistym jest, że wpisywali do tej części oferty informacje powszechnie dostępne (nazwa oprogramowania / nazwa sprzętu), które to informacje sama w sobie nie mają żadnej wartości technicznej czy technologicznej.

Odwołujący wskazał, że w wyroku z 21 września 2012 r. o sygn. akt KIO 1921/12 Izba

stwierdziła: „Również za niewystarczające dla potwierdzenia unikalności powoływanych rozwiązań, i ich nieznaności czy niedostępności dla innych firm obecnych na rynku informatycznym, pozostają ogólne wyjaśnienia na temat swoistości zestawiania powszechnie dostępnego i znanego na rynku sprzętu i oprogramowania, różnych producentów. Przystępujący na rozprawie wskazywał na powyższe jedynie ogólnie (głównie przy pomocy metafor), a w odniesieniu do niektórych zestawień jedynie przykładowo (wskazywał gdzie w ofercie takie rozwiązania się znalazły). Nie wskazał natomiast na czym konkretnie w danym przypadku oryginalność i swoistość danego „zestawienia” miałyby polegać. Tym bardziej, że chociaż tego typu argumenty i wyjaśnienia, podnoszone na znacznym szczeblu ogólności brzmić mogą wiarygodnie, to przeważnie w przypadku ich ukonkretnienia, nie wytrzymują porównania z rzeczywistością. Ujmując powyższe inaczej: zestawienie i dobranie powszechnie znanych urządzeń i rozwiązań w funkcjonalną całość, rzeczywiście może stanowić oryginalne, nieznanne na rynku, rozwiązanie techniczne, technologiczne czy organizacyjne, posiadające znaczną wartość gospodarczą i jako takie uzasadniać jego ochronę przy pomocy tajemnicy przedsiębiorstwa - niestety przeważnie nie stanowi. Przystępujący winien więc wykazać, na czym oryginalność wskazywanych przezeń „zestawień” oprogramowania i sprzętu w przypadku jego oferty miałyby polegać, a czego nie uczynił. W związku z powyższym nakazano odtajnienie nie tylko informacji notoryjnie jawnych, składających się na wykazy sprzętu i oprogramowania, zawartych w ofercie „Q” ale również informacji, które mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku, gdyby wykazano w stosunku do nich spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedstawionym powyżej stanie dowodowym sprawy, jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa w zakwestionowanych w odwołaniu wykazach sprzętu i oprogramowania zastrzeżonych w ofercie „Q”, nie stwierdzono.”

Niewystarczające wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez ATOS

Zdaniem odwołującego także trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona w stosunku do części ofert i wyjaśnień objętych odwołaniem – ATOS w wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa składanych na żądanie zamawiającego nie wykazał, iż podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności, wobec czego informacje te nie mogą zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej części oferty nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 1016/12).

Pisma kierowane przez Zamawiającego do ATOS

Odwołujący stwierdził, że pisma zamawiającego z dnia 22 lutego 2013 r., 13 marca 2013 r. oraz 22 marca 2013 r. zostały mu udostępnione w tak okrojonej wersji, iż z treści tych pism w ogóle nie można wywnioskować, czego dotyczyły. Podał, że na każdym z tych pism znajduje się odrębna adnotacja „tajemnica przedsiębiorstwa”. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie istnieje żaden przepis prawa, który umożliwiłby zamawiającemu objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych pism - a to ze względu na fakt, iż zamawiający, jako podmiot publiczny, nie wykonujący działalności gospodarczej i nie prowadzący przedsiębiorstwa - w ogóle nie spełnia przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego nie jest możliwe, aby całe pismo zamawiającego do ATOS ujawniało tajemnicę przedsiębiorstwa - nawet jeśli jakieś elementy tego pisma mogły ujawniać tajemnicę przedsiębiorstwa, to wyłącznie te elementy zamawiający był uprawniony utajnić, ale z pewnością - nie był uprawniony utajnić całych pism w taki sposób, iż odwołujący nie może w ogóle powziąć wiadomości, jakie pytania zadał zamawiający.

Wyjaśnienia składane przez ATOS

Odwołujący zastrzegł, że nie posiada wiadomości, czego dotyczyły wyjaśnienia odwołującego składane w odpowiedzi na pisma zamawiającego z 22 lutego 2013 r., 13 marca 2013 r. oraz 22 marca 2013 r., jednak uważa, że nie spełniają one przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący przypuszcza, że któreś z tych wyjaśnień dotyczy zastosowania przez ATOS stawki podatku VAT „zwolniony” dla szkoleń. Wobec faktu, iż zastosowanie jakiegokolwiek stawki podatku VAT (czy to podstawowej czy też innej, w tym przypadku „zwolniony”) wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego - nie ma możliwości, aby takie wyjaśnienia spełniały choćby jedną z trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Fakt stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego nie jest bowiem informacją handlową ani organizacyjną, ani inną określoną w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący uznał, że w przedmiotowych wyjaśnieniach ATOS mógł jedynie wskazać obowiązujące przepisy prawa, czy też powołać się na powszechnie dostępne poglądy doktryny, orzeczenia sądów, czy też interpretacje podatkowe - wszystkie te dokumenty są jednak powszechnie dostępne.

Odwołujący przypuszcza, że pozostałe wyjaśnienia dotyczyły oferowanego rozwiązania. Jednak, o czym była mowa wcześniej, oferta w tym zakresie nie stanowi tajemnicy

przedsiębiorstwa. Taka sama sytuacja zachodzi w przypadku polisy OC, której według przypuszczeń odwołującego dotyczy część jednego z wyjaśnień.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, iż nawet jeśli jakieś pojedyncze informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (czemu odwołujący przeczy), to co najwyżej te informacje powinny zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś treść samych wyjaśnień powinna zostać udostępniona wszystkim uczestnikom postępowania

Rażąco niska cena.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożono 4 oferty z następującymi cenami brutto: 92.570.966 zł (cena w ofercie ATOS) oraz 121.742.258 zł, 133.479.612 zł oraz 154.071.985 zł.

W ocenie odwołującego samo porównanie cen złożonych ofert wskazuje, że cena oferty ATOS jest ceną rażąco niską - gdyż jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Cena oferty ATOS jest o prawie trzydzieści milionów niższa od oferty kolejnej,

a o prawie czterdzieści milionów niższa - od oferty trzeciej. Różnica między ofertą pierwszą a drugą to 1/3 całej ceny oferty ATOS. Cena oferty ATOS znacząco i rażąco odbiega też od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu. Średnia cena oferty wynosi bowiem 125.625.930,25 złotych – nawet przy uwzględnieniu rażąco niskiej ceny oferty ATOS, a zatem także w przypadku średniej ceny ofert w tym postępowaniu kwestionowana cena oferty ATOS jest niższa o ponad trzydzieści milionów złotych od tej średniej ceny.

Odwołujący uważa, że w przypadku ATOS nie zachodzą żadne obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki nie istnieją w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców. Podkreślił, iż wszystkie firmy informatyczne świadczą swoje usługi w oparciu o te same, stosowane na całym świecie metodyki (np. Prince2), oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenia oraz stosują te same rozwiązania techniczne. Wobec braku takich obiektywnych czynników zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę ATOS.

Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący przypuszcza, że zamawiający nie wystosował do ATOS wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co zamawiający potwierdził w piśmie z dnia 15 maja 2013 r.

W ocenie odwołującego niezbędne jest, aby ATOS złożył takie wyjaśnienia, gdyż dopiero na ich podstawie zamawiający byłby uprawniony do podjęcia dalszych kroków przewidzianych przepisami ustawy Pzp, w tym do podjęcia decyzji, czy oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przy różnicy w cenach poszczególnych wykonawców, jak wskazano powyżej, brak zastosowania procedury określonej w art. 90 ustawy stanowi, zdaniem odwołującego, oczywiste naruszenie prawa.

Błąd w obliczeniu ceny - wadliwa stawka VAT.

Odwołujący podał, że w zakresie usług szkoleniowych ATOS zastosował stawkę podatku VAT „zwolniony”, zamiast prawidłowej 23%.

Odwołujący wskazał, że od dnia 1 stycznia 2011 roku, w wyniku nowelizacji ustawy o podatku od towarów i usług (dalej „UoVAT”), w wyniku skreślenia Załącznika nr 4 do UoVAT, zlikwidowane zostało zwolnienie przedmiotowe dla usług szkolenia, w związku z czym wszystkie szkolenia zostały objęte podstawową stawką podatku VAT. Obowiązek zastosowania stawki podstawowej wynika z charakteru usług objętych przedmiotem zamówienia, które nie mieszczą się w definicji usług kształcenia podlegających zwolnieniu z podatku VAT, ustalonej przez Rozporządzenie Wykonawcze Rady (UE) nr 282/2011 ustanawiające środki wykonawcze do dyrektywy 2006/211/WE. Tym samym - od dnia 1 stycznia 2011r. - organizacja szkoleń jest usługą zwolnioną z podatku jedynie pod warunkiem, że szkolenia odbywają się w ramach kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania zawodowego. Jednakże – zdaniem odwołującego - szkolenia będące elementem przedmiotu zamówienia nie realizują przesłanek definicji tego typu szkoleń. W/w wyjątek (który umożliwiałby objęcie szkoleń zwolnieniem z VAT) przewidziany jest przepisem art. 43 ust. 1 UoVAT w pkt 26 - 29.

Odwołujący uznał, że ATOS nieprawidłowo zastosował zwolnienie z podatku VAT, gdyż szkolenia objęte przedmiotem zamówienia nie realizują przesłanek, o których mowa w art. 43 ust. 1 UoVAT, ponieważ: nie są to szkolenia prowadzone przez specjalne jednostki - czy to objęte systemem oświaty, czy też będące jednostkami naukowymi (art. 43 ust. 1 pkt 26 UoVAT), nie są to usługi prywatnego nauczania świadczone przez nauczycieli (art. 43 ust. 1 pkt 27 UoVAT), nie są to usługi nauczania języków obcych (art. 43 ust. 1 pkt 28 UoVAT), nie są to usługi kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania zawodowego (art. 43 ust. 1 pkt 29 UoVAT).

W ocenie odwołującego, także przepis szczególny zawarty w § 13 ust. 1 pkt 19 i 20 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 roku w sprawie wykonania

niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 73, poz. 392) nie może stanowić podstawy zastosowania zwolnienia dla usług szkolenia objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe szkolenia są szkoleniem pracowników zamawiającego w zakresie dostarczonego oprogramowania i nie realizują przesłanek ustawowego zwolnienia z podatku VAT.

Wyjaśnił, że pojęcie „kształcenia zawodowego”, do którego odwołują się w/w przepisy umożliwiające zastosowanie zwolnienia z VAT, było przedmiotem analizy sądów administracyjnych. Wskazał, że zmiany w przepisach regulujących podatek VAT wynikały z wymagań prawa Unii Europejskiej, stąd sądy - rozstrzygając kwestie możliwego zwolnienia od podatku VAT szkoleń, odwoływały się do przepisu art. 14 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1777/2005 z dnia 17 października 2005 r. ustanawiającego środki wykonawcze do dyrektywy 77/388/EWG w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE L z 2005 r. Nr 288.1). Zgodnie z tym przepisem przez pojęcie usług w zakresie kształcenia zawodowego i przekwalifikowania zgodnie z warunkami określonymi w art. 13 część A ust. 1 lit. i dyrektywy 77/388/EWG należy rozumieć usługi w zakresie kształcenia zawodowego i przekwalifikowania obejmujące nauczanie pozostające w bezpośrednim związku z branżą lub zawodem. Ponieważ jednak przedmiotowe szkolenia, to szkolenia informatyczne, zaś pracownicy zamawiającego nie są informatykami - to szkolenia te nie spełniają przesłanek definicji kształcenia zawodowego. Wskazał na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie w z dnia 7 grudnia 2011r. I SA/Lu 661/11: „Przez kształcenie zawodowe, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 29 u.p.t.u., obejmujące nauczanie pozostające w bezpośrednim związku z branżą lub zawodem, należy rozumieć takie kształcenie, w wyniku którego dana osoba podnosi swoje kwalifikacje, a bezpośrednio po jej ukończeniu jest w stanie podjąć pracę zarobkową, lub wykonywać określony zawód” oraz wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 26 września 2012 r., III SA/G1 517/12: „Usługi kształcenia w zakresie nabywania ogólnej wiedzy (niepowiązanej z konkretnym zawodem), podnoszenie kwalifikacji pracowniczych, nie jest wystarczające dla możliwości zwolnienia usługi z opodatkowania VAT. Efektem świadczonej usługi może być bowiem wyłącznie rozwój merytorycznych kwalifikacji w posiadanym zawodzie.” oraz III SA/G1 515/12: „Ze zwolnienia z art. 43 ust. 1 pkt 29 lit. a u.p.t.u. korzystają usługi obejmujące nauczanie pozostające w bezpośrednim związku z branżą lub zawodem, tak samo jak nauczanie mające na celu uzyskanie lub uaktualnienie wiedzy do celów zawodowych, związanych z wykonywanym zawodem, a nie podwyższanie kwalifikacji pracowniczych związanych z wykonywaniem obowiązków służbowych.”

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe szkolenia są właśnie takimi szkoleniami, które nie są powiązane z żadnym konkretnym zawodem, a jedynie z dostarczonym oprogramowaniem.

Przywołał także dwie uchwały Sądu Najwyższego III CZP 52/11 i III CZP 53/11 z dnia 20 października 2011 roku: „Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.”

Zaoferowanie oprogramowania bazodanowego niespełniającego wymogów SIWZ.

Odwołujący wskazał, że analiza treści Załącznik nr 1A do Formularza Ofertowego oferty ATOS daje podejrzenie, że treść złożonej przez ATOS oferty (w tym w części zastrzeżonej) nie odpowiada treści SIWZ. Podał, że w pozycji 12 formularza cenowego zatytułowanym: „Dostawa, instalacja i konfiguracja serwerów (partnerzy) (szafy teleinformatyczne/serwerowe, zestaw serwerów - w tym system operacyjny)", w którym każdy wykonawca miał podać udziały w cenie całkowitej oferty przypadającej na to zadanie objęte zamówieniem, kwota, jaką podał ATOS, rażąco odbiega od realnej ceny, jaka powinna zostać skalkulowana za ten element (różnica w kwotach z ceną wskazaną przez odwołującego dla tego udziału - wynosi ponad 18 milionów brutto) Biorąc pod uwagę treść opisu przedmiotu zamówienia i wymogi wskazane zarówno dla samych serwerów jak i dla oprogramowania tzw. narzędziowego (systemów operacyjnych serwerów lub baz danych), a także uwzględniając doświadczenie zawodowe i prawdopodobieństwo mylnej interpretacji zapisów SIWZ przez ATOS - wykonawca ATOS prawdopodobnie – jak ocenił odwołujący - do kalkulacji ceny dla tej części zamówienia przyjął i skalkulował wersję oprogramowania bazodanowego, która wymogami nie odpowiada treści SIWZ - wykonawca powinien dostarczyć oprogramowanie bazodanowe w wersji Enterprise Edition, a dokładnie MS SQL Server 2012 Enterprise Edition firmy Microsoft.

Za zasadnością powyższego twierdzenia, w ocenie odwołującego, przemawia fakt, iż dokonując symulacji wyliczeń odpowiednio dla wersji Enterprise Edition i wersji Standard różnica w kwotach wynosi kilka milionów złotych, co pokazuje czym jest spowodowana różnica w cenach w pozycji nr 12 formularza cenowego oferty ATOS i odwołującego.

Odwołujący podniósł, że gdyby zamawiający nie zaniechał czynności ujawnienia treści

oferty ATOS, byłby w stanie wprost wskazać na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ.

W ocenie odwołującego, jeżeli zamawiający widząc tę niezgodność, tj. fakt, iż ATOS zaferował niewłaściwą wersję oprogramowania bazodanowego, tj. Standard (którą wyklucza 18 funkcjonalności wymienionych w wymaganiach ogólnych dla systemu relacyjnej bazy danych (SRBD), bo są one zastrzeżone wyłącznie dla edycji Enterprise np. SRBD 2, to wymóg opisujący funkcję Transparent Data Encryption, SRBD 45 - StreamInsight Enterprise) – nie odrzucił jej, to naruszył ustawę Pzp.

Brak oświadczeń dotyczących sposobu licencjonowania Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów.

Odwołujący wskazał, iż w ofercie ATOS brak jest w formularzu ofertowym oświadczenia w zakresie sposobu licencjonowania (pkt 10 Formularza ofertowego wykonawcy ATOS). Podał, że zgodnie z treścią formularza wykonawca winien złożyć oświadczenia dotyczące oferowanego okresu gwarancji na dostarczane i wykonane oprogramowanie, poprzez podanie okresu gwarancji w latach (lit. a), oferowanego okresu gwarancji na dostarczany sprzęt również poprzez podanie okresu gwarancji w latach (lit. b) oraz określenie sposobu licencjonowania, poprzez skreślenie albo lit. c albo d, które stanowiły:

„c. udzielimy licencji na wykorzystanie Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) dla każdego z Partnerów zgodnie z liczbą użytkowników wymaganych w załączniku nr 8 niniejszej SIWZ,

d udzielimy Zamawiającemu nieograniczonej licencji na wykorzystanie Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) dla każdego z Partnerów (...)”

Odwołujący wskazał, że o ile w formularzu ofertowym w lit. a i b ATOS wpisał okresy gwarancji w latach, to w zakresie określenia sposobu licencjonowania nie dokonał skreślenia jednego z alternatywnych wariantów, do czego był zobligowany (formularz wprost określał „niepotrzebne skreślić”).

Wobec faktu, iż zgodnie z SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert był sposób udzielenia licencji na oprogramowanie System Obiegu Dokumentów oceniane parametrem L, który oceniał sposób licencjonowania przyjmując wartości:

„L = 0 w przypadku, gdy Wykonawca udzieli Zamawiającemu licencji na wykorzystanie Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) dla każdego z Partnerów zgodnie z liczbą użytkowników wymaganych w załączniku nr 8 niniejszej SIWZ,

L= 1 w przypadku, gdy Wykonawca udzieli Zamawiającemu nieograniczonej licencji na wykorzystanie Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) dla każdego z Partnerów," przedmiotowe oświadczenie stanowiło, podkreślił odwołujący, ważny i nieodzowny element oferty podlegający ocenie.

Odwołujący dodał, że oświadczenie w tym zakresie (zobowiązanie) dotyczy sposobu realizacji przedmiotu zamówienia (w zakresie sposobu licencjonowania) i jest elementem merytorycznej treści oferty - niewypełnienie formularza ofertowego w ww. zakresie oznacza, że oferta nie jest zgodna z wymogami i treścią SIWZ.

Odwołujący ocenił, że próbą sanowania braku wskazania w ofercie sposobu licencjonowania było pismo ATOS z dnia 18 lutego 2013 r., które stanowiło nieuzasadnioną i bezprawną próbę uzupełnienia tego brakującego oświadczenia, tj. niedozwoloną próbę uzupełnienia treści oferty. Podniósł, że wskazany brak nie jest omyłką, która może być poprawiona przez zamawiającego w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty.

W tym samym postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: WASKO S.A., Unizeto Technologies S.A. oraz Consortia Sp. z o.o. złożyli odwołanie (**sygn. akt KIO 1170/13**) wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Atos IT Services sp. z o. o. z przedmiotowego postępowania pomimo, że oferta tegoż wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, czym zamawiający naruszył art. 7 w związku z art. 89 ust. 6 ustawy Pzp,
2. zaniechania odrzucenia wykonawcy Atos z przedmiotowego postępowania pomimo, że oferta tegoż wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też przewiduje dwa warianty realizacji przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp,
3. zaniechania odrzucenia oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez ubiegających się wspólnie o zamówienie: Asseco Poland S.A. oraz Zakład Usług Informatycznych OTAGO (dalej Konsorcjum Asseco), pomimo iż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zakresie wynikającym z uzasadnienia odwołania,
4. wezwania przez zamawiającego Konsorcjum Asseco do uzupełnienia dokumentów, wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu wystosowanym do Konsorcjum Asseco (pismo Zamawiającego z dnia 22.02.2013r.) w pkt. II ppkt. k), czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ze względu na okoliczności

wskazywane w uzasadnieniu odwołania,

5. zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z przedmiotowego postępowania konsorcjum Asseco, pomimo iż nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
6. zaniechania wykluczenia konsorcjum Asseco z prowadzonego postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp,
7. zaniechania przez Zamawiającego wezwania konsorcjum Asseco do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie przez to konsorcjum warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnie z opisem, którego dokonał zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 26 ust 3 ustawy Pzp,
8. prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenie z przedmiotowego postępowania oferty Atos,
2. wykluczenie z przedmiotowego postępowania konsorcjum Asseco, a tym samym uznanie oferty złożonej przez to konsorcjum za odrzuconą, względnie odrzucenie oferty konsorcjum Asseco,
3. powtórne badanie ofert,
4. uznanie za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego.

Zarzuty dotyczące oferty ATOS:

Zarzut 1

Odwołujący podał, że:

1. zamawiający, zgodnie z rozdziałem XV ust. 2 SIWZ wymagał, aby cena oferty wynikała z formularza cenowego i obejmowała wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III SIWZ oraz w Załączniku nr 7 i 8

do SIWZ oraz wymagał wyliczenia ceny brutto oferty zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.).

2. wykonawca Atos w formularzu cenowym złożonym w przedmiotowym postępowaniu w poz. 18 wycenił zadanie szkolenia, w którym w pozycji cena netto podał kwotę 933 056,00 zł, a następnie powtórzył tę kwotę w pozycji cena brutto wyceniając szkolenia na kwotę 933 056,00 zł.

Tym samym, ocenił odwołujący, ATOS uznał, że usługa przeprowadzenia szkoleń w przedmiotowym stanie faktycznym objęta jest zwolnieniem z podatku VAT.

Odwołujący wskazał, że warunki skorzystania z preferencyjnej stawki podatku VAT, w tym zwolnienia, podane są w art. 43 ust. 1 pkt 26-29 ustawy o podatku VAT. Na podstawie ich analizy stwierdził, że usługi szkolenia, których wykonania wymaga zamawiający nie kwalifikują się do objęcia ich wymienionymi powyżej zwolnieniami.

Podał, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie następujących szkoleń cyt. „I) Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia szkoleń dotyczących:

- a) Dokument elektroniczny i podpis elektroniczny w administracji publicznej Technologie, prawo, organizacja pracy, archiwizacja;
- b) Uwarunkowania prawne świadczenia e-usług publicznych
- c) Ścieżki obiegu dokumentów - notacja, modelowanie, określanie warunków
- d) Platforma ePUAP - podstawy prawne, funkcjonalność, dodawanie usług
- e) Organizacja pracy w urzędzie po wprowadzeniu systemu EZD.”

Podniósł, że:

- przedmiotowe szkolenia nie będą prowadzone przez specjalne jednostki będące jednostkami naukowymi, czy też objęte systemem oświaty, ponieważ podmiotem realizującym przedmiotowe usługi jest wykonawca, który nie posiada takiego statusu,
- nie są to usługi prywatnego nauczania świadczone przez nauczycieli,
- usług tych nie można również uznać za usługi będące nauczaniem języków obcych, czy też usługami kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania zawodowego;

Wskazał, iż krajowe przepisy z zakresu podatku od towarów i usług nie definiują pojęć „kształcenie zawodowe” i „przekwalifikowanie zawodowe”, jednak pojęcia te zostały zdefiniowane w przepisach rozporządzenia Rady (WE) nr 282/2011 z dnia 15 marca 2011 r. ustanawiającego środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. L Nr 77 str. 1, dalej: rozporządzenie UE).

Dodał, że rozporządzenie weszło w życie w dniu 1 lipca 2011 r. i jest stosowane bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich, co oznacza to, iż przepisy tego rozporządzenia z dniem 1 lipca 2011 r. stały się częścią porządku prawnego, obowiązującego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez konieczności ich implementacji w drodze ustawy.

Wskazał także, że w myśl przepisu art. 44 ww. rozporządzenia usługi w zakresie kształcenia zawodowego i przekwalifikowania świadczone na warunkach określonych w art. 132 ust. 1 lit i) Dyrektywy 2006/112/WE (przewidującym zwolnienie z VAT) obejmują nauczanie pozostające w bezpośrednim związku z branżą lub zawodem, jak również nauczanie mające na celu uzyskanie lub uaktualnienie wiedzy do celów zawodowych. Czas trwania kursu w zakresie kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania nie ma w tym przypadku znaczenia. Zdaniem odwołującego, usługi szkoleniowe świadczone przez Atos nie wypełniają powyższej przesłanki, gdyż nie obejmują nauczania pozostającego w bezpośrednim związku z branżą lub zawodem oraz nie prowadzą do podwyższenia kwalifikacji zawodowych i nie mają na celu rozwoju zawodowego osób szkolonych. Oceniał, że przedmiotowe szkolenia są typowymi szkoleniami pracowników zamawiającego w zakresie dostarczanego przedmiotu zamówienia i nie realizują ustawowych przesłanek dotyczących zwolnienia z podatku VAT, nie są nadto powiązane z żadnym konkretnym zawodem, a ich jedynym celem jest przeszkolenie pracowników w zakresie dostarczanego przedmiotu zamówienia, który dotyczy podniesienia jakości świadczenia obowiązków służbowych pracowników, a nie zmiany zawodu tychże pracowników, czy też podniesienia ich kwalifikacji na danym stanowisku. Według odwołującego przedmiotowe szkolenia mogą być rozpatrywane w kategorii nabywania ogólnej wiedzy nie powiązanej z żadnym zawodem, która jednak nie jest wystarczająca do zastosowania zwolnienia z podatku VAT. Wskazał, że zostało to potwierdzone m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt S.A./GI 517/12 oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 7 grudnia 2011 r. sygn. akt ISA/Lu 661/11.

Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia należy traktować jako dostawę złożoną kompleksową, do której należy zastosować jednolitą stawkę podatku VAT.

Podkreślił, że w polskich przepisach podatkowych brak jest szczegółowych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych, brak jest legalnej definicji tego pojęcia, nie ma więc określonych normatywnie kryteriów, czy też innych wyznaczników, które pozwalałyby w sposób precyzyjny określić granice pomiędzy przypadkami, gdy ma się do czynienia z kilkoma świadczeniami, które należy opodatkować odrębnie, a sytuacją, kiedy

związek pomiędzy tymi świadczeniami jest tak ścisły, iż należy już mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym), które powinno być opodatkowane według jednolitej stawki podatku VAT.

Podał, że w zakres realizacji przedmiotowego projektu wchodzi wykonanie następujących zadań:

„1.2. Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu e-Usług Internetowych (SeUI)
Wdrożenie e-usług publicznych Partnerów Projektu w dostarczonym systemie informatycznym oraz na platformie ePUAP;

1.3. Dostawa sprzętu sieciowego oraz zestawienie łączności w sieci rozległej w oparciu o udostępnione łącza;

1.4. Dostawa i uruchomienie serwerów dla JST;

1.5. Dostawa i uruchomienie komputerów osobistych dla JST wraz z pakietami biurowymi;

1.6. Dostawa i uruchomienie informatów dla JST;

1.7. Dostawa i uruchomienie urządzeń do przyjmowania dokumentów (urządzeń wielofunkcyjnych) dla JST;

1.8. Dostawa zestawów do składania podpisu cyfrowego dla JST;

1.9. Dostawa i uruchomienie sprzętu dla Centrum Przetwarzania Danych PSeAP;

1.10. Dostawa i wdrożenie systemu monitorowania i administrowanie sprzętu oraz oprogramowania;

1.11. Konfiguracja wszystkich elementów systemu PSeAP (m.in. utworzenie użytkowników, nadanie uprawnień, konfiguracja hierarchii zasobów, etc.);

1.12. Przeprowadzenie instruktażu stanowiskowego dla użytkowników i administratorów systemu;

1.13. Przeprowadzenie szkoleń;

1.14. Promocja projektu".

W ocenie odwołującego z przywołanego opisu wynika, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wdrożenie systemu e-Usług Internetowych wraz z dostawą sprzętu i instalacją, które są czynnościami podstawowymi natomiast szkolenia, są typowymi czynnościami pomocniczymi niezbędnymi do wykonania czynności podstawowej, co oznacza, że ustalając właściwą stawkę podatku VAT powinno się przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej. Wskazał, że zostało to m.in. potwierdzone:

- w wyroku C-349/96 Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który uznał po pierwsze, że każde świadczenie usług powinno być, co do zasady, traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne, po drugie zaś, świadczenie składające się

z jednolitej usługi (z ekonomicznego punktu widzenia) nie powinno być w sztuczny sposób dzielone, gdyż mogłoby to spowodować naruszenie całego systemu opodatkowania. Ponadto świadczenie jednolitej usługi ma miejsca w szczególności w przypadkach, gdy jeden lub więcej elementów może być uznany za tworzący świadczenie główne podczas, gdy jeden lub więcej elementów mogą być uznane za świadczenie dodatkowe, do których stosuje się te same konsekwencje podatkowe, jak w przypadku świadczenia głównego. Świadczenie musi być uznane za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeśli nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, ale środek do lepszego wykorzystania dostarczonego świadczenia głównego,

- przez Naczelnego Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 25 stycznia 2007 r., sygn. akt I FSK 499/06 oraz z dnia 2 grudnia 2008 r. sygn. akt I FSK 1946/07. Świadczenie obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, jeśli jedna z części składowych dominuje nad innymi, zaś pozostałe części składowe służą tylko lepszemu korzystaniu z tej części dominującej. W takiej sytuacji sposób opodatkowania VAT takich powiązanych świadczeń powinien być określany w sposób właściwy dla dominującej części składowej tego świadczenia.

Odwołujący uznał, że:

- z punktu widzenia zamawiającego dopiero wykonanie wszystkich zadań w cyklu czynności podejmowanych w ramach zamówionej dostawy kompleksowej - składało się na osiągnięcie celu gospodarczego, jakim dla zamawiającego jest zaprojektowanie i wdrożenie systemu e- Usług Internetowych wraz z dostawą sprzętu i instalacją,
- z punktu widzenia osiągnięcia tego celu sporne usługi szkolenia nie stanowią dla zamawiającego nowej, dodatkowej wartości, niezależnej od samego wdrożenia systemu, ale stanowią środek do osiągnięcia celu jakim jest zaprojektowanie i wdrożenie systemu wraz z dostawą sprzętu,
- dopiero wszystkie zadania składające się na objętą zamówieniem dostawą kompleksową stanowiły gospodarczą całość; w ramach tej dostawy dominuje czynność polegająca na zaprojektowaniu i wykonaniu systemu informatycznego oraz dostawie i instalacji sprzętu niezbędnego do wdrożenia i uruchomienia Systemu Obiegu Dokumentów, zaś pozostałe czynności takie jak szkolenia mają wyłącznie na celu lepsze korzystanie z czynności dominującej.

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż usługa szkolenia - z perspektywy biznesowej, nie zostałyby zamówiona, gdyby nie świadczenia główne, jakimi były same, szeroko rozumiane

prace zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego wraz z dostawą sprzętu.

W podsumowaniu stwierdził, że zamawiany przedmiot w niniejszym postępowaniu ma charakter kompleksowy, a zatem prawidłowym jest przyjęcie dla całego przedmiotu zamówienia podstawowej stawki VAT na poziomie 23%, w konsekwencji obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy ATOS z przedmiotowego na podstawie art. 89 ust. 6 ustawy z uwagi na nieprawidłowe naliczenie podatku VAT w zakresie oferowanych szkoleń.

Zarzut 2

Odwołujący podał, że zamawiający wymagał:

1. zgodnie z SIWZ udzielenia licencji na wykorzystanie Systemu Obiegu Dokumentów (SOD) dla każdego z Partnerów zgodnie z liczbą użytkowników wymaganych w Części III niniejszej SIWZ lub udzielenia nieograniczonej licencji na wykorzystanie Systemu Obiegu Dokumentów (SOD) dla każdego z Partnerów, jednocześnie oceniając sposób licencjonowania w ramach kryteriów oceny ofert,
2. potwierdzenia przez wykonawcę sposobu licencjonowania w ust. 11 formularza ofertowego, poprzez dokonania odpowiedniego skreślenia.

Podał również, że wykonawca Atos nie dokonując stosownego skreślenia w złożonej ofercie zaferował wykluczający się wzajemnie sposób licencjonowania Systemu Obiegu Dokumentów, co oznacza, że treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu.

Ocenił, że sprzeczność ta nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem ewentualne poprawienie oferty w tym zakresie musiałyby być poprzedzone niedopuszczalnymi negocjacjami z wykonawcą, które sprowadzałyby się de facto do złożenia nowego oświadczenia w zakresie oferowanego sposobu licencjonowania, a nadto, że oświadczenie zawarte w treści oferty nie podlega uzupełnianiu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zdaniem odwołującego naruszenie to można rozpatrywać w charakterze wariantowości oferty: zamawiający zgodnie z SIWZ nie dopuścił możliwości składania więcej niż jednej oferty oraz ofert wariantowych, natomiast wykonawca ATOS złożył ofertę wariantową, która przewidują dwa różne sposoby realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie licencjonowania Systemu Obiegu Dokumentów wzajemnie się wykluczające.

Zarzuty dotyczące wykonawcy i oferty konsorcjum Asseco:

Zarzut 1 i 2

Odwołujący podał, że:

1. zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 22 lutego 2013 r. skierowanym do Konsorcjum Asseco w pkt. II. (str. 5) konsorcjum to zostało wezwane do uzupełnienia oferty, poprzez wskazanie modelu i producenta dla oferowanych szaf teleinformatycznych,
2. zgodnie z treścią punktu IX ust. 3 SIWZ „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca załącza do oferty dokumenty wskazane w załączniku nr 8 do SIWZ, tj.: 1) Opis dostarczanych produktów (opis oferowanego sprzętu) według następujących atrybutów: a) nazwa produktu; b) typ; c) model; d) producent; e) oferowane parametry techniczne każdego komponentu (zgodnie z OPZ)”.

Odwołujący wskazał, że w ofercie złożonej przez konsorcjum Asseco „dokumenty techniczne” zostały utajnione, jednak z wezwania zamawiającego wynika jednak, że z treści oferty konsorcjum Asseco nie wynika, jakie szafy teleinformatyczne zostały zaoferowane. W ocenie odwołującego określenie, zgodnie z wymaganiami podanymi przez zamawiającego, co jest oferowane było obowiązkiem wykonawców i stanowi niewątpliwie treść oferty, która nie może być uzupełniana/zmieniana w drodze zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W warunkach, kiedy w ofercie wykonawcy nie zostały podane żądane dane, zamawiający został pozbawiony możliwości oceny oferowanego przedmiotu, zaś sam przedmiot - nie został określony. Nie są również dopuszczalne wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ prowadziłyby one do istotnej zmiany treści oferty. Wobec braku powyższych informacji w ofercie Asseco, oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty 3,4,5

Odwołujący zakwestionował wykazywane przez konsorcjum Asseco zrealizowane zamówienia, tj. daty zakończenia i zakresy wykonanych prac oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie załączone do oferty konsorcjum Asseco na wykazanie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

w odniesieniu do pkt. II. 2 wykazu wykonanych zamówień w ofercie Konsorcjum Asseco:

W ocenie odwołującego konsorcjum Asseco posłużyło się referencją zbiorczą, która została wystawiona przez Centrum Informatyki Statystycznej za realizację kilku umów, zawieranych

na podstawie różnych zamówień. Dodatkowo w etapach I-III Umowy nr 22/11/2010 nie miały miejsca dostawy macierzy. Zdaniem odwołującego konsorcjum Asseco potraktowało inne zamówienia realizowane pomiędzy okresem wrześniem 2009 (dane z głównej referencji), a grudniem 2010 roku (dane z dodatkowej referencji) jako wchodzące w skład realizowanego zamówienia łącząc je w sposób nieuprawniony w całość, żeby wykazać wymaganą przez zamawiającego dostawę serwerów i macierzy. W ocenie odwołującego w wykazanym zamówieniu nie miały miejsca dostawy macierzy, a jedynie rozbudowa.

Odwołujący podniósł, że nawet jeżeli ewentualne dostawy były wykonywane to miało to miejsce w okresie wcześniejszym niż 3 lata przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert.

Na tej podstawie odwołujący uznał, że konsorcjum Asseco złożyło nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

w odniesieniu do pkt. IV.2. wykazu zrealizowanych zamówień w ofercie konsorcjum Asseco:

W ocenie odwołującego wdrożenie, które potwierdzać miało spełnianie warunku udziału w postępowaniu zostało zrealizowane (zakończenie) wcześniej niż 3 lata przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący zarzucił nieprawdziwość dat wskazywanych przez konsorcjum Asseco. Podał, że z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych zostało zawartych wiele umów „uzupełniających”, których zakończenie nie może być uznane za termin zakończenia realizacji podstawowego wdrożenia, które miało potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że nie ma dostępu do wyjaśnień składanych w tym przedmiocie przez Asseco, ale z faktu iż zostały one uznane przez zamawiającego wynika, że konsorcjum Asseco wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, aby uniknąć wykluczenia z postępowania kolejny raz złożyła nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

w odniesieniu do pkt. IV. 4 wykazu zrealizowanych zamówień w ofercie konsorcjum Asseco:

W ocenie odwołującego wdrożenie, które potwierdzać miało spełnianie warunku udziału w postępowaniu zostało zrealizowane (zakończenie) wcześniej niż 3 lata przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący zarzucił nieprawdziwość dat wskazywanych przez konsorcjum Asseco. Podał, że z dokumentu dołączonego do oferty konsorcjum Asseco na potwierdzenie, iż zamówienie zostało zrealizowane należyce wynika, że wykonywane we wskazanym terminie prace były to tylko prace gwarancyjne i serwisowe, co oznacza, że wskazane zamówienie i dokumenty załączone nie są potwierdzeniem spełnienia przez konsorcjum Asseco warunków udziału w postępowaniu, a wobec

niewykazania spełniania tych warunków, aby uniknąć wykluczenia z postępowania konsorcjum Asseco raz jeszcze złożyła nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podał również, że zgodnie ze złożoną polisą w ofercie konsorcjum Asseco do opłaty składki były zobowiązane trzy podmioty: Asseco, ZUI OTAGO i Podkarpacki Fundusz Nieruchomości, jednak do oferty zostało dołączone potwierdzenie opłacenia polisy jedynie przez Asseco. W ocenie odwołującego dołączona do oferty polisa nie potwierdza, aby konsorcjum Asseco posiadało na dzień złożenia oferty wymagane przez zamawiającego ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że konsorcjum Asseco winno zostać wezwane do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w takim zakresie w jakim do tej pory nie zostało do tego wezwane.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołań obu odwołujących się konsorcjów, odpowiedzi zamawiającego na oba odwołania z dnia 3 czerwca 2013 r., pisma procesowego odwołującego się konsorcjum Asseco z dnia 3 czerwca 2013 r., pisma procesowego przystępującego ATOS IT Services Sp. z o.o. dotyczącego obu odwołań, wskazanych poniżej dokumentów złożonych na posiedzeniu i rozprawie, a także stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu się konsorcjum Asseco oraz odwołującemu się konsorcjum WASKO przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez każdego z odwołujących się, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Izba ustaliła, iż odwołujące się konsorcjum Asseco złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została przez zamawiającego sklasyfikowana na miejscu drugim – bezpośrednio za ofertą wykonawcy Atos IT Services Sp. z o.o., uznaną za najkorzystniejszą. Zarzuty podniesione w odwołaniu konsorcjum Asseco zmierzają do odrzucenia oferty

wykonawcy, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą, co – biorąc pod uwagę fakt, że odwołujące się konsorcjum Asseco złożyło ofertę sklasyfikowaną bezpośrednio za ofertą tego wykonawcy oznacza, że uwzględnienie odwołania da temu konsorcjum szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, iż odwołujące się konsorcjum WASKO złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została przez zamawiającego sklasyfikowana na miejscu trzecim – za ofertą wykonawcy ATOS IT Services Sp. z o.o. i ofertą konsorcjum Asseco. Zarzuty podniesione w odwołaniu konsorcjum WASKO zmierzają do odrzucenia tak oferty wykonawcy ATOS IT Services Sp. z o.o., jak i oferty konsorcjum Asseco, co oznacza, że uwzględnienie odwołania konsorcjum WASKO da mu szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba nie znalazła przeszkód w rozpoznaniu odwołań z tego powodu, iż – zgodnie z Uchwałą Nr 236/5598/13 Zarządu Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie z dnia 29 maja 2013 r. górny limit wydatków wykonania systemu informatycznego PSeAP – Podkarpacki System e-Administracji Publicznej (przedmiot niniejszego zamówienia publicznego) wynosi 93 723 032,18 zł (niższy niż ceny ofertowe odwołujących się konsorcjów) i nie może ulec zwiększeniu, ponieważ:

1. badanie legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania Izba bada na moment wniesienia odwołania (odwołania zostały wniesione przed dniem podjęcia ww. uchwały),
2. brak możliwości zwiększenia wysokości środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia w dniu 29 maja 2013 r. nie przesądza, że postępowanie to rzeczywiście zostanie unieważnione; czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania czy to na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czy innej nie została przez zamawiającego podjęta; trafnie też podnosiło na rozprawie odwołujące się konsorcjum WASKO, że ofertą najkorzystniejszą pozostaje oferta wykonawcy ATOS IT Services Sp. z o.o., a zatem brak obecnie podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentów złożonych przez strony i przystępujących na posiedzeniu i rozprawie:

1. Uchwała Nr 289/5707/10 Zarządu Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie z dnia 8 czerwca 2010 r.,
2. Uchwała Nr 175/4098/12 Zarządu Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie

- z dnia 2 października 2012 r.,
3. Oświadczenie ACTION S.A. z dnia 10 stycznia 2013 r.,
 4. Umowa nr ZDP.IV.341-04/07,
 5. Końcowy Protokół Odbioru do umowy nr ZDP.IV.341-04/07 z dnia 19 grudnia 2007 roku wraz z Anekssem nr 1 z dnia 04 lutego 2008 roku oraz Anekssem nr 2 z dnia 21 kwietnia 2008 roku,
 6. Pismo Związku Miast i Gmin Dorzecza Parsęty z dnia 13 września 2007 r. – odpowiedzi na zapytania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZDP.IV.341-04/07 pn. Usługi projektowania i wdrażania oprogramowania oraz dostawę sprzętu komputerowego – „Wrota Parsęty” – usługi i infrastruktura społeczeństwa informacyjnego na terenie Dorzecza Parsęty. Przetarg IV,
 7. Pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 29 maja 2013 r. (adresat: Sputnik Software Sp. z o.o.),
 8. Strony: 12,13,96 i 97 Studium Wykonalności PSeAP – Podkarpacki System e-Administracji Publicznej z 2010 r. (Rzeszów – październik 2010),
 9. Wyniki analizy ECDDP Sp. z o.o. z dnia 28 maja 2013 r. zleconej przez WASKO S.A. odnośnie do poprawności przygotowania ofert w przedmiotowym przetargu w zakresie stawki podatku VAT dla usług szkoleniowych.

Zarzut wspólny dla sprawy o sygn. akt KIO 1162/13 oraz dla sprawy o sygn. akt KIO 1170/13, tj. zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na objęciu usług szkolenia zwolnieniem od podatku VAT, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby w złożonej ofercie wykonawca Atos prawidłowo ustalił sposób opodatkowania podatkiem VAT usług szkoleniowych, tj. prawidłowo określił dla usług szkoleniowych zwolnienie od tego podatku, a w konsekwencji jego oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie systemu informatycznego PSeAP-Podkarpacki System e-Administracji Publicznej, obejmującego – zgodnie z rozdziałem III *Opis przedmiotu zamówienia* SIWZ – dostawę sprzętu wraz z pracami instalacyjnymi, a także dostawę oprogramowania i sprzętu teleinformatycznego wraz z pracami wdrożeniowymi i instalacyjnymi dla 160 jednostek samorządu terytorialnego (Partnerów Projektu), w tym w szczególności przeprowadzenie instruktażu stanowiskowego dla użytkowników i administratorów systemu (rozdział III pkt 1

ppkt 1.12) oraz przeprowadzenie szkoleń (rozdział III pkt 1 ppkt 1.13).

Swoje wymagania co do instruktazu stanowiskowego zamawiający opisał w Załączniku nr 8 do SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt 5.3.6. (str. 24-28) – zamawiający przewidział tam instruktaz dla administratorów oraz użytkowników. Bezsporne między stronami było to, że instruktaz ten stanowi element wdrożenia i podlega opodatkowaniu wg stawki podstawowej.

Natomiast swoje wymagania co do szkoleń zamawiający opisał w Załączniku nr 8 do SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt 18. Tam też zamawiający podał, że szkolenia dotyczyć mają:

- a) dokumentu elektronicznego i podpisu elektronicznego w administracji publicznej, technologie, prawo, organizacja pracy, archiwizacja,
- b) uwarunkowania prawne świadczenia e-usług publicznych,
- c) ścieżek obiegu dokumentów – notacja, modelowanie, określania warunków,
- d) Platformy ePUAP – podstawy prawne, funkcjonalność, dodawanie usług oraz
- e) organizacja pracy w urzędzie po wprowadzeniu systemu EZD.

Konsekwentnie, w stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ wzorze umowy, zamawiający w § 2 ust. 2 lit. l oraz lit. m wskazał, że zleca, a wykonawca przyjmuje do realizacji zarówno przeprowadzenie instruktazu stanowiskowego dla użytkowników i administratorów systemu, jak i przeprowadzenie szkoleń.

W pozycji 18 Formularza ofertowego, tj. „Szkolenia” w kolumnie netto i brutto wykonawca Atos wpisał udział w cenie całkowitej oferty wartość: 933 056,00 zł. W pozostałych 17 pozycjach Formularza ofertowego wykonawca Atos zastosował stawkę podatku VAT w wysokości podstawowej, tj. 23%.

Na podstawie złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień wykonawcy Atos zamawiający uznał, że wykonawca Atos zastosował dla pozycji 18 zwolnienie na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 29 lit. a) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm. – dalej ustawa VAT) zgodnie z którym zwalnia się od podatku usługi kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania zawodowego, inne niż wymienione w pkt. 26 tejże ustawy, finansowane w całości ze środków publicznych oraz świadczenie usług i dostawę towarów ściśle z tymi usługami związane. To, że usługi szkoleniowe będą finansowane ze środków publicznych było między stronami bezsporne.

Kluczową kwestią sporną była kwalifikacja usług szkoleniowych, opisanych w pkt. 18 *Opisu przedmiotu zamówienia* (Załącznik nr 8 do SIWZ) jako usług odrębnych od świadczenia głównego oraz usług kształcenia zawodowego w rozumieniu art. 43 ust. 1 pkt 29 lit. a) ustawy VAT.

Strony i przystępujący (w odwołaniach, składanych pismach procesowych oraz opiniach podmiotów świadczących usługi doradztwa podatkowego) powoływali się na te same uregulowania prawne – tak unijne, jak i krajowe, a także orzeczenia sądów.

Wskazywano, że zgodnie z art. 44 rozporządzenia Rady (UE) nr 282/2011 z dnia 15 marca 2011 r. ustanawiającego środki wykonawcze do dyrektywy 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. L Nr 77/1) usługi kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania zawodowego na warunkach określonych w art. 132 ust. 1 lit. i) Dyrektywy 112 obejmują nauczanie pozostające w bezpośrednim związku z branżą lub zawodem, jak również nauczanie mające na celu uzyskanie lub uaktualnienie wiedzy dla celów zawodowych, przy czym podkreślano, że czas trwania kursu w zakresie kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania nie ma znaczenia.

Stwierdzić należy, że zamawiany przez jednostki samorządu terytorialnego województwa podkarpackiego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego system zakłada wykorzystanie nowych technologii teleinformatycznych i telekomunikacyjnych dla realizacji usług publicznych świadczonych przez jednostki z tego terenu – w rozdziale III pkt 5 SIWZ zamawiający wprost określił, że w wyniku realizacji projektu zostanie osiągniętych wiele korzyści w tym zwiększy się poziom wiedzy o możliwych zastosowaniach nowych technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych (rozdział III pkt 5 lit. f).

Niewątpliwie projekt ten wpisuje się w realizowane na terenie całego kraju przedsięwzięcia, które zmierzają do usprawnienia pracy urzędów oraz usprawnienia i ułatwienia dostępu obywateli do „usług” tych urzędów .

Biorąc to pod uwagę, uznać należy, że w skali całego kraju istnieje i w perspektywie istnieć będzie zapotrzebowanie na wiedzę z zakresu stosowania nowych technologii teleinformatycznych i telekomunikacyjnych. W tym kontekście szkolenie wskazane w pkt. 18 *Opisu przedmiotu zamówienia* uznać należy za nauczanie, które pozostaje w związku z pracą urzędnika w szczególności jednostki samorządu terytorialnego, a które doprowadzi do uzyskania lub uaktualnienia wiedzy dla celów zawodowych tego urzędnika. Wiedza ta będzie przydatna nie tylko dla urzędnika jednostki samorządu terytorialnego województwa podkarpackiego, ale także dla tego urzędnika wykonującego swój zawód jako pracownika innego urzędu, innych jednostek – urzędów w kraju, niezależnie od tego, jaki system będzie w danym urzędzie wdrożony, ponieważ zakreślona tematyka szkoleń ma charakter ogólny, podstawowy, stanowi podbudowę, przydatną i ułatwiającą pracę z dokumentami i usługami elektronicznymi, niezależnie od narzędzi – systemów wdrożonych w poszczególnych urzędach. Uniwersalnego charakteru szkoleń określonych w pkt. 18 *Opisu przedmiotu*

zamówienia nie zmienia zakres tematyczny wskazany pod lit. c) oraz lit. e) – wskazane tam ścieżki obiegu dokumentów i organizację pracy odnieść bowiem należy do modelowych, przykładowych ścieżek obiegu dokumentów, jak i do organizacji pracy „urzędu modelowego” – przypomnieć w tym miejscu wypada, że chodzi o bardzo wiele (160) różnych urzędów, które niewątpliwie w różny sposób organizują swoją pracę.

Stąd też skład orzekający Izby uznał, że szkolenie - usługi szkoleniowe opisane w pkt. 18 Załącznika nr 8 do SIWZ, wycenione przez wykonawcę Atos w poz. 18 Formularza ofertowego są usługami kształcenia zawodowego, które pozostają w bezpośrednim związku z zawodem i mają na celu uzyskanie lub uaktualnienie wiedzy dla celów zawodowych.

W ocenie składu orzekającego ww. usługi szkoleniowe będące przedmiotem zamówienia na wykonanie systemu informatycznego PSeAP-Podkarpacki System e-Administracji Publicznej należy także uznać za usługi, które podlegają odrębnemu od innych towarów/usług wchodzących w skład zamówienia opodatkowaniu, tj. – jak już wskazano powyżej zwolnieniu.

Za takim stanowiskiem przemawiają następujące argumenty:

1. brak w przepisach krajowych, jak i Dyrektyw definicji świadczenia złożonego, co podkreślały strony i przystępujący, wskazując na konieczność korzystania z dorobku orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE,
2. orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, zgodnie z którym dla celów podatku VAT każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (TS UE z dnia 27 września 2012 r. w sprawie C 392/11),
3. szkolenia opisane w pkt 18 Załącznika nr 8 do SIWZ nie są tak ściśle związane z pozostałymi czynnościami objętymi przedmiotem zamówienia, aby uznać je wszystkie za jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielnie miałyby charakter sztuczny – tematyka szkolenia nie nawiązuje do żadnego konkretnego systemu (wdrożenia) i mogłaby być przedmiotem usługi szkoleniowej realizowanej przez inny niż wykonawca przedmiotowego zamówienia podmiot; przeprowadzenie tego szkolenia jest jak najbardziej możliwe bez znajomości w zakresie obsługi i funkcjonowania systemu PSeAP – Podkarpacki System e-Administracji Publicznej; charakter świadczeń ściśle związanych mają natomiast szkolenie instruktażowe opisane w pkt. 5.3.6. Załącznika nr 8 do SIWZ, które referują do systemu, który ma zostać wdrożony (por. TS UE z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C 425/06, z dnia 2 grudnia 2010 r. w sprawie C 276/09, z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie C224/11/),

4. odrębna taryfikacja w pozycji 18 Formularza ofertowego dla usługi szkoleniowej wskazanej w pkt. 18 Załącznika nr 8 do SIWZ (TS UE z dnia 19 stycznia 2012 r. w sprawie C 117/11).

W świetle powyższych argumentów skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na objęciu usług szkolenia zwolnieniem od podatku VAT nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut wspólny dla sprawy o sygn. akt KIO 1162/13 oraz dla sprawy o sygn. akt KIO 1170/13, tj. zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że nie złożył oświadczenia w zakresie sposobu licencjonowania Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów oraz zarzut dla sprawy o sygn. akt KIO 1170/13 zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że przewidział w ofercie dwa warianty realizacji przedmiotu zamówienia nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujące się konsorcja podniosły, że w Formularzu ofertowym wykonawca Atos nie złożył oświadczenia w zakresie sposobu licencjonowania Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów, poprzez skreślenie jednej z dwóch możliwości, tj. udzielenia licencji „na wykorzystanie Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) dla każdego z Partnerów zgodnie z liczbą użytkowników wymaganych w załączniku nr 8 do SIWZ”, bądź udzielenia licencji nieograniczonej „na wykorzystanie Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (SEOD) dla każdego z Partnerów”.

Skład orzekający Izby ustalił, że zgodnie z rozdziałem I *Informacje o zamawiającym* pkt 1 SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: „Zamawiającym są podmioty wspólnie prowadzące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Województwo Podkarpackie na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zostało wyznaczone jako zamawiający upoważniony do przeprowadzenia i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz 159 jednostek samorządu terytorialnego z terenu województwa podkarpackiego. Wykaz tych jednostek został zawarty w pkt. 9.1. Opisu przedmiotu Zamówienia (OPZ) – Zestawienie lokalizacji JST”.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby, na podstawie informacji skutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Atos jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych na str. 351 oferty pkt 9. „System Elektronicznego Obiegu Dokumentów”, ustalił,

że wykonawca zaoferował udzielenie licencji zgodnej z wymogiem SIWZ, tj. zaoferował zamawiającemu licencję nieograniczoną na wykorzystanie SEOD dla każdego z Partnerów.

Stąd też skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że nie złożył oświadczenia w zakresie sposobu licencjonowania Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji ustalenia, że wykonawca Atos zaoferował udzielenie licencji zgodnej z wymogiem SIWZ, tj. zaoferowania zamawiającemu licencji nieograniczonej na wykorzystanie SEOD dla każdego z Partnerów, a także ustalenia, że oferta wykonawcy Atos nie zawiera w tym zakresie zaoferowania innego rodzaju licencji skład orzekający Izby uznał zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia wykonawcy Atos z tego powodu, że przewidział w ofercie dwa warianty realizacji przedmiotu zamówienia za niezasadny.

Sprawa o sygn. akt KIO 1162/13

Zarzut zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia zastrzeżonych przez wykonawcę Atos jako niejawnych części oferty skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Pozostawienie zarzutu zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia zastrzeżonych przez wykonawcę Atos jako niejawnych części oferty bez ich merytorycznego rozpoznania jest wynikiem ustalenia przez skład orzekający Izby, że zarzut został zgłoszony po terminie.

Odwołujące się konsorcjum Asseco w dniu 21 stycznia 2013 r., tj. w dniu, w którym odbyło się otwarcie ofert złożyło do zamawiającego wniosek „o udostępnienie ofert konkurencji (...) wraz z wyrażeniem zgody na ich sfotografowanie lub jeśli to możliwe o przygotowanie kserokopii dokumentacji przetargowej”. Odpowiadając na ten wniosek, zamawiający, w piśmie z dnia 28 stycznia 2013 r. (przesłanym odwołującemu się faksem w tym samym dniu) „w zamian za umożliwienie wglądu i wykonanie kopii” zaproponował przesłanie na nośniku elektronicznym zeskanowanych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Taki sposób udostępnienia ofert został przez odwołujące się konsorcjum Asseco przyjęty – zaakceptowany w piśmie z dnia 28 stycznia 2013 r.

Na rozprawie odwołujące się konsorcjum Asseco wyjaśniło, że wskazując w treści odwołania, iż w dniu 1 lutego 2013 r. uzyskało wgląd do ofert, w tym oferty wykonawcy Atos, miało na myśli, iż w tym dniu otrzymało od zamawiającego, na nośniku elektronicznym, zeskanowane oferty, z tym że – w odniesieniu do oferty wykonawcy Atos – wyłącznie części jawne tej oferty.

W dniu 8 lutego 2013 r. odwołujące się konsorcjum Asseco zwróciło się do zamawiającego „o odtajnienie oferty firmy Atos IT Servises sp. z o.o. z jednoczesnym udostępnieniem odtajnionej części przedstawicielowi Wykonawcy w celu wglądu do tejże części, gdyż istnieje uzasadnione podejrzenie, że firma Atos IT services sp. z o.o. złożyła ofertę niezgodną z SIWZ”.

Pismo o takiej samej treści zostało ponownie przekazane zamawiającemu w dniu 22 kwietnia 2013 r.

Pisma te zamawiający pozostawił bez odpowiedzi.

Trafnie podnosił zamawiający, tak w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie, że procedura weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w ofertach wykonawców nie została uregulowana przepisami prawa, w szczególności ustawy Pzp. Zasadnie też zamawiający wskazywał (w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie) na brak obowiązku informowania wykonawców o wynikach weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia określonych informacji w ofertach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym na etapie informowania o wynikach postępowania (wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – art. 92 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp).

Wobec braku obowiązku informowania wykonawców o wynikach weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w ofertach wykonawców (braku obowiązku przesłania informacji o wynikach tej czynności – art. 182 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Pzp) przypomnieć należy, że zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie wnosi się (dla wartości szacunkowej jak przedmiotowe zamówienie) w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Porównanie treści Formularza ofertowego wykonawcy Atos, zawierającego spis załączonych do oferty dokumentów (zgodnie z budową Formularza ofertowego opracowanego przez zamawiającego i stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) oraz zawierającego wskazanie, na których stronach oferty zawarto informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(Formularza udostępnionego odwołującemu się konsorcjum Asseco w dniu 1 lutego 2013 r.) z udostępnionymi odwołującemu się konsorcjum Asseco również w dniu 1 lutego 2013 r. dokumentami składającymi się na jawną część oferty wykonawcy Atos dawało odwołującemu się konsorcjum Asseco wystarczające podstawy do stwierdzenia, że zamawiający uznał dokonane przez wykonawcę Atos zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie za prawidłowe.

Stanowisko zamawiającego co do nie udostępnienia innym wykonawcom zastrzeżonej części oferty wykonawcy Atos było konsekwentne i pozostało niezmiennie. Konsekwencja działań zamawiającego wyrażała się w udostępnieniu odwołującemu się konsorcjum Asseco jedynie jawnej części oferty wykonawcy Atos w dniu 1 lutego 2013 r., a następnie w nie udostępnieniu zastrzeżonych części oferty wykonawcy Atos w następstwie pism odwołującego się konsorcjum Asseco z dnia 8 lutego 2013 r. i 22 kwietnia 2013 r. Zaznaczenia przy tym wymaga, że okoliczność, że część oferty wykonawcy Atos została skutecznie zastrzeżona była odwołującemu się konsorcjum znana i wynika z samej treści ww. pism, w których wprost domaga się „odtajnienia oferty firmy Atos”.

Ustosunkowanie się zamawiającego do żądań odwołującego się konsorcjum Asseco o odtajnienie zastrzeżonej części oferty wykonawcy Atos nastąpiło, poprzez utrzymanie, po wniesieniu pism z dnia 8 lutego 2013 r. i 22 kwietnia 2013 r., konsekwentnie prezentowanego przez zamawiającego od dnia 1 lutego 2013 r. stanowiska o pozostawieniu jawną jedynie tej części oferty wykonawcy Atos, która nie została zastrzeżona, co w okolicznościach niniejszej sprawy skład orzekający Izby uznał za wystarczające.

W ocenie składu orzekającego Izby należy przyjąć, że prowadzenie przez zamawiającego czynności wyjaśniających odnośnie do zastrzeżonych przez odwołujące się konsorcjum Asseco w jego ofercie informacji w dniu 22 marca 2013 r. i założenie, że w tym samym czasie takie czynności zamawiający prowadził wobec wykonawcy Atos pozostaje bez znaczenia, biorąc pod uwagę, że stanowisko zamawiającego nie zmieniło się także po dniu 22 marca 2013 r., czemu zamawiający dał wyraz, pozostawiając pismo odwołującego się konsorcjum Asseco z dnia 22 kwietnia 2013 r. bez odpowiedzi, tj. bez rozszerzenia zakresu uprzednio udostępnionych części oferty wykonawcy Atos.

Przyjmując nawet, że termin na złożenie odwołania na zaniechanie czynności ujawnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez wykonawcę Atos jako niejawnych części oferty rozpoczął bieg nie w dniu 1 lutego 2013 r., ale w dniu 22 kwietnia 2013 r., to zarzut został zgłoszony z naruszeniem 10-cio dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co stanowi przeszkodę w jego rozpoznaniu przez skład orzekający Izby.

Zarzuty: zaniechania udostępnienia treści pism kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy Atos, jak i zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia wyjaśnień składanych przez wykonawcę Atos częściowo zasługują na uwzględnienie.

Na podstawie treści pism z dnia: 22 lutego 2013 r., 13 marca 2013 r. oraz 22 marca 2013 r. kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy Atos oraz treści odpowiedzi udzielonych przez wykonawcę Atos na te pisma, tj. odpowiedzi z dnia 28 lutego 2013 r., 18 marca 2013 r. oraz 25 marca 2013 r., a także na podstawie zastrzeżonych przez wykonawcę Atos jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w części niejawnej oferty tego wykonawcy skład orzekający Izby ustalił, że tak pisma zamawiającego, jak i odpowiedzi wykonawcy Atos posługiwały się informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica wykonawcy Atos, zawartymi w części niejawnej oferty (*Opis dostarczanych produktów wraz z certyfikatami, Wykaz zamówień, polisa*) z pewnymi wyjątkami, o których dalej.

W ocenie składu orzekającego Izby konsekwencją skutecznego, nie podlegającego już podważeniu zastrzeżenia przez wykonawcę Atos w części swojej oferty informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut zaniechania przez zamawiającego odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez wykonawcę ATOS IT Services Sp. z o.o. jako niejawnych części oferty został zgłoszony po terminie, o czym było mowa powyżej) jest ochrona tych informacji niezależnie od tego, że informacje te pojawiają się w innych, późniejszych niż sama oferta dokumentach, tj. w szczególności ochrona tych informacji w treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Jak słusznie podniósł zamawiający w treści odwołania „przedmiotem ochrony jest przecież ta sama informacja”.

Dopuszczenie do kwestionowania skuteczności zastrzeżenia informacji z tego względu, że informacje te mogą pojawiać się w różnych pismach, dokumentach z różnych, czasem dość odległych dat oznaczałoby w istocie – odpowiednio do prowadzonego przez zamawiającego badania oferty z wykorzystaniem narzędzi wskazanych w ustawie, tj. w szczególności wzywania do składania wyjaśnień tak co do oświadczeń, jak i dokumentów (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wzywania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) czy składania wyjaśnień co do treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) – każdorazowe przywracanie terminu na wniesienie odwołania na czynność weryfikacji przez zamawiającego zasadności dokonanej przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro – rozpoznając zarzut wcześniejszy – skład orzekający Izby uznał, że odwołujące się konsorcjum Asseco uchybiło terminowi na

podnoszenie zarzutów co do weryfikacji przez zamawiającego zasadności dokonanego przez wykonawcę Atos zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w następstwie czego zastrzeżenie wykonawcy Atos w tym zakresie jest skuteczne, to w dalszej kolejności uznać należy, że informacje te podlegają ochronie, w tym w toku całego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby podziela prezentowane już w orzecznictwie Izby stanowisko, iż dokumenty, które odnoszą się bezpośrednio do chronionej tajemnicy (chronionej informacji) powinny pozostawać utajnione, w przeciwnym bowiem razie ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa miałaby jedynie charakter iluzoryczny (por. wyrok z dnia 6 czerwca 2012 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1002/12, KIO 1006/12, 1008/12 i 1018/12).

Skład orzekający Izby ustalił jednak, że nie wszystkie informacje zawarte w pismach w ramach prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Atos korespondencji odnosiły się bezpośrednio – wykorzystywały informacje skutecznie zastrzeżone. Skład orzekający Izby ustalił, że pismo zamawiającego z dnia 13 marca 2013 r. skierowane do wykonawcy ATOS dotyczyło częściowo informacji, która nie znalazła się w ofercie wykonawcy i jako taka nie mogła tam być zastrzeżona, tj. uzasadnienie zastosowanej przez tego wykonawcę stawki podatku VAT. Tak też odpowiedź wykonawcy ATOS na to pismo z dnia 18 marca 2013 r. dotyczyła częściowo zastosowanej przez tego wykonawcę stawki podatku VAT. Skład orzekający Izby ustalił nadto, że w części odnoszącej się do zastosowanej stawki podatku VAT tak ww. pismo zamawiającego, jak i ww. odpowiedź wykonawcy nie zawierają informacji, które stanowić mogą tajemnice przedsiębiorstwa - nie odnoszą się one ani bezpośrednio – nie wykorzystują informacji skutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Atos, ani nie zagrażają – choćby pośrednio – ujawnieniu treści informacji chronionych. Są to bowiem informacje wskazujące jedynie na obowiązujące przepisy prawa, przywołujące poglądy doktryny, orzeczenia sądów, interpretacje podatkowe, czy wreszcie interpretacje własne samego wykonawcy.

W tym zakresie w ocenie składu orzekającego Izby zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust. 1, 8 ust. 3 oraz 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby nie nakazał zamawiającemu odtajnienia tych informacji, uznając że naruszenie to nie miało i nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów obu odwołań zmierzających do odrzucenia oferty wykonawcy ATOS.

Zarzuty: zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę oraz zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Atos do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie zasługują na uwzględnienie.

Wyłącznym powodem odrzucenia oferty wykonawcy Atos są, wedle stanowiska odwołującego się konsorcjum Asseco, różnice pomiędzy ceną zawartą w ofercie wykonawcy Atos, (na poziomie 92,5 mln zł) a cenami ofertowymi pozostałych trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (ceny te kształtują się na poziomie od 121,7 mln zł przez 133,4 do 154 mln zł). Jak bowiem odwołujące się konsorcjum Asseco stwierdziło w odwołaniu: „Już samo porównanie cen złożonych ofert wskazuje, że cena oferty ATOS 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”.

Odwołujące się konsorcjum Asseco poczyniło nadto w odwołaniu uwagę, iż „w przypadku ATOS 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 informatyczne świadczą swoje usługi w oparciu o te same, stosowane na całym świecie metodyki (np. Prince2), oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenia oraz stosują te same rozwiązania techniczne”.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do poczynionej przez odwołujące się konsorcjum Asseco uwagi, skład orzekający wskazuje, że przyjęciu założenia o podobieństwie co do stosowanych metodyk, poziomu wynagrodzeń, czy rozwiązań technicznych, które – jak należy rozumieć – skutkować powinno bardzo zbliżonym poziomem cen ofertowych (skoro brak czynników różnicujących poziom cen), przeczą różnice cenowe pomiędzy kolejnymi ofertami, sięgające od prawie 12 do ponad 20 mln zł (różnica pomiędzy ceną ofertową wykonawcy Atos a drugą w kolejności ceną ofertową odwołującego się konsorcjum Asseco sięga 29 mln zł).

Odnosząc się natomiast do argumentu opartego na porównaniu ceny ofertowej wykonawcy Atos do cen ofertowych pozostałych wykonawców skład orzekający Izby przypomina, że ustawa Pzp nie wskazuje ustawowo określonego procentowego poziomu na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy ma się do czynienia z rażąco niską ceną. Izba wielokrotnie już prezentowała stanowisko, że nie można, co przeczyłoby zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmować

automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/8 – „Fratelli Constatzo”).

Przypomnienia także wymaga, że fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wykazać powinien podmiot, który jej wystąpienie podnosi – w tym przypadku odwołujące się konsorcjum Asseco.

Stąd też odrzucenie oferty wykonawcy Atos z tego tylko powodu, że cena ofertowa tego wykonawcy odbiega od średniej cen złożonych w tym postępowaniu o – jak wskazało odwołujące się konsorcjum - ponad 30 mln zł, tj. około 26% nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Odwołaniem konsorcjum Asseco objęto także zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Atos do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, argumentując w odwołaniu, że „Przy różnicy w cenach poszczególnych wykonawców, jak wskazano powyżej (...), brak zastosowania procedury określonej w art. 90 PZP stanowi oczywiste naruszenie prawa”.

Na rozprawie odwołujące się konsorcjum Asseco podniosło, że „gdy różnica w cenach jest tak duża jak w przedmiotowym stanie faktycznym, uprawnienie zamawiającego do rozpoczęcia procedury wyjaśnienia rażącego bądź nie charakteru ceny przeradza się w jego obowiązek”.

W ocenie składu orzekającego Izby podjęcie przez zamawiającego czynności wyjaśniających, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do ceny ofertowej wykonawcy Atos nie było w rozpoznawanym stanie faktycznym uzasadnione. Nie uzasadniała tego przede wszystkim wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego na poziomie 76,3 mln zł (netto), powiększona o wartość podatku VAT wg stawki 23% (nawet dla całego przedmiotu zamówienia), tj. na poziomie 93,8 mln zł, do której cena ofertowa wykonawcy Atos jest najbardziej zbliżona spośród wszystkich cen ofertowych w tym postępowaniu. Wartość szacunkowa zamówienia nie była kwestionowana w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także przedmiotowego postępowania odwoławczego, zatem sięgnięcie do innych mierników oceny ceny ofertowej wykonawcy Atos, tj. w szczególności porównania do cen ofertowych innych wykonawców nie jest konieczne. Nie negując jednak i w takiej sytuacji możliwości dokonania analiz porównawczych ceny ofertowej wykonawcy Atos do cen ofertowych innych wykonawców skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że sięgnięcie po ten dodatkowy

miernik również nie prowadzi do wniosku o konieczności zastosowania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że średnia cen ofertowych w tym postępowaniu wynosi: z pominięciem ceny ofertowej wykonawcy Atos - 136,4 mln zł, z uwzględnieniem ceny ofertowej wykonawcy Atos – 125,4 mln zł, zaś bez uwzględnienia ceny ofertowej oferty wykonawcy wykluczonego, który zaoferował cenę najwyższą – 115,9 mln zł. W ocenie składu orzekającego Izby poziom zaoferowanych cen (od 92,5 mln zł, przez 121,7 i 133,4 do 154 mln zł) oraz wskazane powyżej średnie tych cen, a także oszacowana przez zamawiającego wartości zamówienia, pozwalają uznać, że przedmiot tego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poddaje się różnym kalkulacjom. Przyjęcie w takiej sytuacji, (dodatkowo gdy cena ofertowa tego wykonawcy odbiega od średniej cen złożonych w tym postępowaniu o około 26%), że cena ofertowa wykonawcy Atos wymaga wyjaśnień pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej nie jest uzasadnione.

Podkreślenia wymaga, że odwołujący w przedmiotowej sprawie, poza kwestionowaniem ceny ofertowej wykonawcy Atos jako znacznie odbiegającej od innych cen ofertowych w niniejszym postępowaniu, nie przedstawił żadnych dowodów, ani argumentacji celem wykazania, że cena wskazanego wykonawcy jest nierealistyczna.

Stąd też skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Atos do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że zaoferował oprogramowanie bazodanowe, które nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujące się konsorcjum Asseco wskazało w odwołaniu, że „Zgodnie z wymogami Wykonawca powinien dostarczyć oprogramowanie bazodanowe w wersji Enterprise Edition, a dokładnie (...): MS SQL Server 2012 Enterprise Edition firmy Microsoft (producent)”, na potwierdzenie czego przedstawiło oświadczenie Action S.A. z dnia 10 stycznia 2013 r. – autoryzowanego dystrybutora oprogramowania Microsoft (zgodnie z oświadczeniem odwołującego się konsorcjum Asseco złożonym na rozprawie). Nie kwestionował tego ani zamawiający, ani przystępujący wykonawca Atos.

Skład orzekający Izby, na podstawie informacji skutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Atos jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych na str. 351 oferty pkt 8.1.7. „Baza danych w oparciu o 10.9 Serwer relacyjnej bazy danych”, ustalił, że wykonawca zaoferował oprogramowanie bazodanowe uznane przez odwołujące się konsorcjum Asseco

jako spełniające wymagania SIWZ.

Stąd też skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Atos z tego powodu, że zaoferował oprogramowanie bazodanowe, które nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie.

Sprawa o sygn. akt KIO 1170/13

Zarzuty: zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum Asseco z tego powodu, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowania szaf teleinformatycznych oraz zarzut bezprawnego wezwania przez zamawiającego konsorcjum Asseco do uzupełnienia dokumentu, poprzez wskazanie modelu i producenta oferowanych szaf teleinformatycznych zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że:

1. zgodnie z rozdziałem IX pkt 3 ppkt 1 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawcy mieli załączyć do ofert *Opis dostarczanych produktów (opis oferowanego sprzętu)* wg atrybutów: a) nazwa produktu, b) typ, c) model, d) producent oraz e) oferowane parametry techniczne każdego komponentu (zgodnie z OPZ),
2. zamawiający, pismem z dnia 22 lutego 2013 r, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał konsorcjum Asseco w szczególności do uzupełnienia „dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy, usługi wymagań określonych przez zamawiającego, poprzez (...) wskazanie modelu i producenta dla oferowanych szaf teleinformatycznych”,
3. odpowiadając na to wezwanie konsorcjum Asseco w piśmie z dnia 1 marca 2013 r. zawierającym informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazało model i producenta.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego się konsorcjum WASKO, iż wskazanie tego, co jest oferowane, w tym przypadku jakie szafy teleinformatyczne (zidentyfikowane poprzez podanie nazwy, typu, modelu i producenta) są oferowane jest obowiązkiem wykonawcy i stanowi treść oferty. Wskazać należy, że opis dostarczanych produktów (szaf teleinformatycznych) może być zweryfikowany przez zamawiającego pod

kątem spełnienia postawionych odnośnie do danego produktu (sprzętu) wymagań o tyle, o ile w ogóle wiadomym jest, jaki produkt jest oferowany. W żadnym razie faktu tego nie zmienia niewielki, co podnosił zamawiający na rozprawie, udział w cenie całkowitej ceny szaf teleinformatycznych (żadne wartości nie zostały zresztą przez zamawiającego podane). Oferta konsorcjum Asseco nie może być w tym zakresie poprawiona, ponieważ zamawiający nie narzucał (ponieważ nie mógł – art. 29 ustawy Pzp), jakie szafy, którego producenta mają zostać zaoferowane. Treść oferty konsorcjum Asseco nie identyfikowała oferowanych szaf teleinformatycznych, poprzez wskazanie modelu i nazwy producenta. Zamawiający nie wskazywał też, że możliwa była ich identyfikacja na podstawie innych danych oferty odnoszących się do opisu szaf teleinformatycznych.

Stąd też skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezprawnie wezwał konsorcjum Asseco do uzupełnienia opisu dostarczanych produktów, poprzez uzupełnienie modelu i nazwy oferowanych szaf teleinformatycznych, a w konsekwencji bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania konsorcjum Asseco, pismem z dnia 1 marca 2013 r., do uzupełnienia dokumentu Opis dostarczanych produktów w zakresie modelu i nazwy producenta, a także nakazał zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty konsorcjum Asseco i w jej wyniku odrzucenie oferty tego konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie konsorcjum WASKO, ponieważ stwierdzone naruszenie przepisów art. 26 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 2 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca Atos, którego oferta została wybrana może bowiem uchylić się od zawarcia umowy, co oznaczałoby, że zamawiający będzie mógł wybrać ofertę konsorcjum WASKO (a nie ofertę konsorcjum Asseco - oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona) – art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzuty: zaniechania przez zamawiającego wykluczenia konsorcjum Asseco z tego powodu, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania konsorcjum Asseco do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie przez to konsorcjum posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej częściowo zasługują na uwzględnienie.

Odwołujące się konsorcjum WASKO zakwestionowało w odwołaniu wykazanie przez konsorcjum Asseco spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wynikającym z pkt. II.2, IV.2 oraz IV.4 Wykazu zrealizowanych zamówień oraz w zakresie dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

Na rozprawie odwołujące się konsorcjum WASKO złożyło oświadczenie, iż wycofuje zarzut nie wykazania przez konsorcjum Asseco spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wynikającym z pkt. II.2 Wykazu wykonanych zamówień, stąd, kierując się przepisem art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, nie mogąc jednak umorzyć postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem w sprawie o sygn. akt KIO 1170/13 – ze względu na inne zgłoszone w tym odwołaniu zarzuty, zarzut w tej części (pkt II.2 Wykazu) skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Odnosnie do kwestionowanego terminu zakończenia wdrożenia wskazanego w pkt. IV.2 Wykazu wykonanych zamówień konsorcjum Asseco (tj. zakończenia wdrożenia wcześniej niż 3 lata przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert) skład orzekający Izby ustalił:

1. punkt IV.2 Wykazu wykonanych zamówień dotyczył wykazania przez wykonawcę legitymowania się wiedzą i doświadczeniem, polegającym na zrealizowaniu co najmniej czterech dostaw obejmujących wdrożenie systemu obiegu dokumentów na łączną kwotę brutto nie mniejszą niż 5 mln zł przy czym zamawiający opisał także wymagania dodatkowe dla wdrożeń, które składać się miały na te dostawy (rozdział VIII pkt 2 lit. d SIWZ),
2. w pkt. IV. 2 Wykazu wykonanych zamówień konsorcjum Asseco wskazało wdrożenie Kompleksowego Systemu Informatycznego w ZUS, podając także, że było ono realizowane w okresie od października 1997 do października 2010 roku,
3. na potwierdzenie należytego wykonania Kompleksowego Systemu

Informatycznego w ZUS konsorcjum Asseco załączyło do oferty Referencję Nr 303 z dnia 29 października 2010 r. wystawioną przez ZUS Departament Zamówień Publicznych, w której wskazano m.in., że czynności polegające na zaprojektowaniu, wytworzeniu i zapewnieniu wsparcia technicznego Kompleksowego Systemu Informatycznego były wykonywane w ramach kilku umów, tj. umowy zawartej w dniu 10 października 1997 r., 7 umów uzupełniających do tej umowy, zawartych w latach 2001-2008 oraz 7 kolejnych umów zawartych w latach 2001-2008 na łączną wartość ponad 50 mln zł.

Podstawą kwestionowania przez odwołujące się konsorcjum WASKO terminu zakończenia wdrożenia realizowanego dla ZUS było zawarcie wielu umów uzupełniających do umowy (do umowy „wdrożenia podstawowego”), których zakończenie nie może być uznane za termin zakończenia realizacji „podstawowego wdrożenia”.

W ocenie składu orzekający Izby brzmienie opisu oceny spełniania warunku, wskazane w rozdziale VIII pkt 2 lit. d SIWZ nie stoi na przeszkodzie, aby uznać, że realizacja Kompleksowego Systemu Informatycznego dla ZUS w ramach wielu umów nie jest jedną z czterech dostaw obejmujących wdrożenie systemu obiegu dokumentów, ponieważ w opisie tym zamawiający nie zawarł wymogu/ograniczenia, iżby każda z tych dostaw musiała być realizowana w wyniku zawarcia jednej umowy. Dlatego też skład orzekający Izby uznał, że Kompleksowy System Informatyczny dla ZUS, którego realizacja na podstawie wielu umów, zakończyła się w październiku 2010 roku spełnia wymóg co do wykazania dostawy – świadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, tj. przed dniem 21 stycznia 2013 r.

Oдноśnie do kwestionowanego zakończenia wymaganego zakresu prac (asysty technicznej) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert (pkt IV.4 Wykazu wykonanych zamówień konsorcjum Asseco) skład orzekający Izby ustalił:

1. punkt IV.4 Wykazu wykonanych zamówień dotyczył wykazania przez wykonawcę legitymowania się wiedzą i doświadczeniem, polegającym na zrealizowaniu co najmniej czterech dostaw obejmujących wdrożenie systemu obiegu dokumentów na łączną kwotę brutto nie mniejszą niż 5 mln zł przy czym zamawiający opisał także wymagania dodatkowe dla wdrożeń, które składać się miały na te dostawy - jedno wdrożenie miało obejmować co najmniej 30 jednostek wraz ze świadczeniem 3 letniej asysty technicznej (rozdział VIII pkt 2 lit. d SIWZ),
2. w pkt. IV. 4 Wykazu wykonanych zamówień konsorcjum Asseco wskazało wdrożenie systemu obiegu dokumentów dla Związku Miast i Gmin Dorzecza

Parsęty, podając także, że było ono realizowane w okresie od 19 grudnia 2007 do 30 maja 2011 roku i obejmowało świadczenie asysty technicznej rozumianej jako wsparcie co najmniej administratora systemu w sposób zdalny lub na miejscu w lokalizacjach klienta,

3. na potwierdzenie należytego wykonania ww. wdrożenia konsorcjum Asseco załączyło do oferty *Protokół odbioru pogwarancyjnego do umowy nr ZDP.IV.341-04/07 z dnia 19 grudnia 2007 roku wraz z Aneksem nr 1 z dnia 04 lutego 2008 roku, Aneksem nr 2 z dnia 21 kwietnia 2008 roku oraz porozumieniem z dnia 21 grudnia wraz z Aneksem nr 1;*
4. w ww. protokole stwierdzono wykonanie na dzień 18 maja 2011 r. wszelkich prac, zgodnie z SIWZ, Umową nr ZDP.IV.341-04/07, Aneksem nr 1 z dnia 4 lutego 2008 r., Aneksem nr 2 z dnia 21 kwietnia 2008 r. oraz Porozumieniem z dnia 21 grudnia 2009 r. wraz z Aneksem nr 1, w okresie gwarancyjnym w szczególności usunięcia wszystkich usterek, wad i awarii sprzętu i oprogramowania wchodzących w zakres dostaw i usług,
5. na rozprawie odwołujące się konsorcjum WASKO złożyło kserokopię ww. umowy nr ZDP.IV.341-04/07, zwracając szczególną uwagę na postanowienia pkt. 6.3: „strony uzgadniają, że po upływie okresu gwarancji (...) Wykonawca będzie świadczył na rzecz Zamawiającego usługi asysty technicznej dotyczące oprogramowania”,
6. na rozprawie odwołujące się konsorcjum WASKO złożyło także kserokopię odpowiedzi z dnia 13 września 2007 r. udzielonych firmie Winuel S.A. w toku postępowania na *Usługi projektowania i wdrażania oprogramowania oraz dostawę sprzętu komputerowego – Wrota Parsęty – usługi i infrastruktura społeczeństwa informacyjnego na terenie Dorzecza Parsęty. Przetarg IV.*, zwracając szczególną uwagę na odpowiedź na pytanie nr 8: „Zamawiający wymaga, aby po upływie okresu gwarancji, Wykonawca świadczył na rzecz Zamawiającego usługi asysty technicznej dotyczące Oprogramowania, Oprogramowania Standardowego i Sprzętu Komputerowego na podstawie odrębnej umowy, obejmujące udzielanie telefonicznych konsultacji, usuwanie zaistniałych wad lub awarii”,
7. na rozprawie odwołujące się konsorcjum WASKO złożyło nadto kserokopię *Końcowego Protokołu odbioru Do Umowy nr ZDP.IV.341-04/07 z dnia 19 grudnia 2007 roku wraz z Aneksem nr 1 z dnia 04 lutego 2008 roku oraz Aneksem nr 2 z dnia 21 kwietnia 2008 roku – Protokołu z dnia*

23 czerwca 2008 r., w którym stwierdzono wykonanie na dzień 19 maja 2008 r., zgodnie z SIWZ, Umową nr ZDP.IV.341-04/07, Aneksem nr 1 z dnia 4 lutego 2008 r., Aneksem nr 2 z dnia 21 kwietnia 2008 r., wszelkich dostaw i usług stanowiących przedmiot ww. umowy wraz z ww. aneksem nr 1 i 2.

Na rozprawie odwołujące się konsorcjum WASKO argumentowało, że przedmiotem dostawy wskazanej w pkt. IV.4 Wykazu wykonanych zamówień powinna być asysta techniczna zakończona nie później niż 21 stycznia 2010 r., która jest świadczeniem odrębnym od świadczenia serwisu gwarancyjnego, który może nastąpić po realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał na rozprawie, że wedle jego wiedzy praktyka na rynku jest różna – w przypadku niektórych umów asysta jest „wliczana” w zakres zamówienia podstawowego.

Na podstawie powyższych ustaleń, tj. postanowienia pkt. 6.3. umowy oraz ww. odpowiedzi na pytanie nr 8, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że przedmiotem umowy nr ZDP.IV.341-04/07 nie było świadczenie asysty technicznej – ta miałaby być bowiem świadczona na podstawie odrębnej umowy.

Na podstawie ww. Protokołu z dnia 23 czerwca 2008 r. skład orzekający Izby uznał dalej, że stanowiące przedmiot umowy nr ZDP.IV.341-04/07 wdrożenie, wskazane w pkt. IV.4 Wykazu wykonanych zamówień konsorcjum Asseco, zostało zakończone w dniu 19 maja 2008 r., a zatem wcześniej niż trzy lata przed terminem składania ofert wyznaczonym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dzień 21 stycznia 2013 r.

Na rozprawie zamawiający podnosił, że badając spełnienie przez konsorcjum Asseco warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia opierał się na dokumentach, którymi dysponował, nie dysponował natomiast protokołem z dnia 23 czerwca 2008 r., nie mógł zatem „zrobić z niego użytku”.

W ocenie składu orzekającego Izby dokumenty złożone przez konsorcjum Asseco wraz z ofertą (Wykaz wykonanych zamówień oraz protokół z dnia 31 maja 2011 r.) na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt. IV.4 Wykazu nie dawały zamawiającemu podstaw do zanegowania wskazanego tam wdrożenia, a co najwyżej do zwrócenia się do konsorcjum Asseco o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tak aby zainteresowany wykonawca mógł wypowiedzieć się co do tych

wątpliwości i miał szansę je rozwiązać.

Odnosnie do zarzutu, iż na dzień złożenia oferty konsorcjum Asseco nie posiadało ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (konsorcjum WASKO nie kwestionowało samego zakresu i sumy gwarancyjnej polisy złożonej przez konsorcjum Asseco) skład orzekający Izby ustalił, że:

1. zgodnie z wymogiem zawartym w rozdziale IX pkt 1 ppkt 6 SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunków w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy mieli załączyć do Formularza ofertowego m.in. opłacona polisę, a w przypadku jej braku dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 30 mln zł,
2. zamawiający w rozdziale IX pkt 4 ppkt 2 podał, że uzna warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (rozdział VIII pkt 1 ppkt 4 SIWZ) za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 30 mln zł,
3. do oferty (Formularza ofertowego) konsorcjum Asseco została załączona Polisa Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej Nr 000-12-430-05891880 wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A. z okresem ubezpieczenia od 1 października 2012 r. do 30 września 2013 r. i sumą gwarancyjną 28,1 mln zł,
4. do oferty został także załączony aneks nr 1 z dnia 12 grudnia 2012 r. do ww. polisy podwyższający sumę gwarancyjną do kwoty 30 mln zł; pozostałe postanowienia umowy ubezpieczenia OC pozostały niezmienione,
5. do oferty zostały nadto załączone potwierdzenia opłacenia polisy przez Asseco Poland S.A. (jednego z członków konsorcjum, w polisie wskazanego jako „Ubezpieczający / Ubezpieczony), nie zostały natomiast dołączone potwierdzenia opłacenia polisy przez Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. (współubezpieczony) oraz przez Podkarpacki Fundusz Nieruchomości Sp. z o.o. (współubezpieczony); obaj współubezpieczeni zostali również – zgodnie z postanowieniami polisy – zobowiązani do opłacenia składek w ratach, w terminach w polisie wskazanych; do oferty załączone zostały potwierdzenia zapłaty przez ubezpieczonego Asseco Poland S.A. dwóch składek, tj. I raty składki przypisanej tej firmie do zapłaty w terminie do 11 października 2012 r.

w wysokości 2 tys. zł oraz składki wynikającej z podwyższenia sumy gwarancyjnej do kwoty 30 mln zł (aneks nr 1 z dnia 12 grudnia 2012 r.) przypisanej tej firmie do zapłaty w terminie do 20 grudnia 2012 r. w wysokości 7 tys. zł,

6. termin składania ofert został wyznaczony na dzień 21 stycznia 2013 r. (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN pkt 7),
7. zgodnie z *Klauzulą płatności składek* zawartą w ramach pkt. 8 polisy, tj. *Akceptowalne klauzule brokerskie*: „ochrona ubezpieczeniowa nie wygasa nawet w przypadku nie opłacenia składki w terminie, chyba że ubezpieczony nie opłacił składki w wyznaczonym przez ubezpieczyciela dodatkowym terminie”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w tym w szczególności zacytowane brzmienie *Klauzuli płatności składek* skład orzekający Izby uznał, że załączenie do oferty potwierdzenia zapłaty przez ubezpieczonego Asseco Poland S.A. dwóch składek, tj. I raty składki przypisanej tej firmie do zapłaty w terminie do 11 października 2012 r. w wysokości 2 tys. zł oraz składki wynikającej z podwyższenia sumy gwarancyjnej do kwoty 30 mln zł (aneks nr 1 z dnia 12 grudnia 2012 r.) przypisanej tej firmie do zapłaty w terminie do 20 grudnia 2012 r. w wysokości 7 tys. zł, przy zachowaniu pozostałych niezmiennych postanowień umowy ubezpieczenia OC (a zatem także co do *Klauzuli płatności składek*) oznacza, że konsorcjum Asseco wykazało, iż na dzień składania ofert posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 30 mln zł, tj. zgodnie z wymogiem i w sposób przewidziany w ww. postanowieniach SIWZ.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia konsorcjum Asseco z tego powodu, że złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujące się konsorcjum WASKO podstaw do wykluczenia konsorcjum Asseco z powodu złożenia nieprawdziwych informacji upatrywało w podaniu przez to konsorcjum nieprawdziwej daty zakończenia wdrożenia wskazanego w pkt IV.2 Wykazu wykonanych zamówień oraz w uznaniu przez zamawiającego wyjaśnień składanych przez konsorcjum Asseco odnośnie do tego punktu Wykazu.

Jak rozstrzygnął skład orzekający Izby Kompleksowy System Informatyczny dla ZUS (pkt IV.2 Wykazu) spełnia wymóg co do wykazania dostawy w okresie ostatnich trzech lat

przed upływem składania ofert. W następstwie tego skład orzekający Izby uznał, że konsorcjum Asseco nie złożyło w tym zakresie nieprawdziwych informacji.

Skład orzekający Izby rozstrzygnął także, że dokumenty złożone przez konsorcjum Asseco wraz z ofertą (Wykaz wykonanych zamówień oraz protokół z dnia 31 maja 2011 r.) na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt. IV.4 Wykazu nie dawały zamawiającemu podstaw do zanegowania wskazanego tam wdrożenia, a co najwyżej do zwrócenia się do konsorcjum Asseco o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tak aby zainteresowany wykonawca mógł wypowiedzieć się co tych wątpliwości i miał szansę je rozwiać. Ponieważ konsorcjum Asseco w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (poddanego ocenie Izby co do zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp), nie miało możliwości wypowiedzieć się co do złożonych przez siebie dokumentów, nie sposób także uznać, że złożyło nieprawdziwe informacje w zakresie terminu zakończenia wdrożenia dla Związku Miast i Gmin Dorzecza Parsęty.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, wydając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp orzeczenie łączne w sprawach o sygn. akt KIO 1162/13 i KIO 1170/13.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....