

Sygn. akt KIO 2875/12

**WYROK**

**z dnia 3 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Marek Koleśnikow**

**Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2013 r. przez Sygnity S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AMG.net S.A. w Łodzi, Bull Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Bull SAS w Les Clayes-sous-Bois (Francja) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Sygnity S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Sygnity S.A. w Warszawie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozwój Platformy Usług Elektronicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 stycznia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 021-032591.

3 grudnia 2013 r. zamawiający otrzymał *via fax* informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: AMG.net S.A. w Łodzi, Buli Polska sp. z o.o. w Warszawie, Bull SAS w Les Clayes-sous-Bois (Francja), dalej jako: „Konsorcjum AMG”.

13 grudnia 2013 r. Sygnity S.A. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowane zostały termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AMG, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

- art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez Konsorcjum AMG potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;

- art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez:

a. zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Konsorcjum AMG w trybie art. 90 ust, 1 Pzp, mimo iż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

b. zaniechanie ujawnienia treści Konceptji Rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego, przygotowanej przez Konsorcjum AMG, mimo iż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert w sposób niezgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do:

a. zawyżenia punktacji oferty Konsorcjum AMG w zakresie kryterium oceny ofert „Koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego”;

b. zaniżenia punktacji oferty Odwołującego w zakresie kryterium oceny ofert „Koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego”;

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;

3. odtajnienia Koncepcji Rozwoju NPI Konsorcjum AMG oraz wyjaśnień Konsorcjum AMG dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

4. ponownego przeliczenia i przyznania punktacji odwołującemu i Konsorcjum AMG tj. zmniejszenia punktacji Konsorcjum AMG w kryterium „Koncepcja Rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego” oraz przyznania Odwołującemu 30 pkt w podkryterium oceny, „Koncepcja rozwoju”;

5. odrzucenia oferty Konsorcjum AMG;

6. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

I. Uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum AMG odwołujący wskazał, że:

1. Przedmiotem zamówienia jest rozwój Nowego Portalu Informacyjnego (NPI) w ramach Platformy Usług Elektronicznych w zakresie prac programistycznych, instalacyjnych i wdrożeniowych oraz jego utrzymanie.

a. Zaproszenie do składania ofert dostało pięciu wykonawców, przy czym oferty złożyli trzej wykonawcy: odwołujący, Konsorcjum AMG oraz Hewlett - Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie (ofert nie złożyli: Asseco Poland S.A. w Rzeszowie oraz Comarch S.A. w Krakowie).

b. W Formularzu Cenowym wykonawcy zobowiązani byli podać:

- wartość punktów funkcyjnych (ilość punktów funkcyjnych przemnożona przez wartość jednego punktu funkcyjnego zł brutto);
- maksymalną wartość utrzymania.

c. Dwie wartości razem zsumowane składają się na cenę całej oferty. Z przyrównania ceny oferty Konsorcjum AMG (jak również wartości, o których mowa powyżej) do wartości szacunkowej zamówienia oraz do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców

ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jednoznacznie wynika, iż oferta Konsorcjum AMG zawiera cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów Pzp.

2. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 30 439 024, 39 zł. Zamawiający prawidłowo i realnie wycenił wartość przedmiotowego zamówienia, co również potwierdzają porównywalne w stosunku do ww. wartości, ceny ofert odwołującego - 26 450 199, 02 zł oraz Hewlett - Packard Polska sp. z o.o. - 30 773 049, 19 zł. Należy wskazać, że różnica ok. 4 000 000 zł pomiędzy ceną oferty odwołującego, a ceną Hewlett - Packard Polska sp. z o.o. wynika z faktu, że Sygnity posiada przewagę konkurencyjną w tym sensie, iż dostarczyła i wdrożyła NPI PUE dla ZUS oraz świadczy wobec NPI usługi utrzymania projektu, a zatem nie ponosi tzw. kosztów wejścia. Z przyrównania natomiast ceny oferty Konsorcjum AMG do wartości szacunkowej zamówienia wynika, że cena oferty Konsorcjum AMG jest niższa o 2/3 od tej wartości.

4. Punktem odniesienia dla rozstrzygnięcia, czy zaoferowana cena nie odstaje rażąco od poziomu cen rynkowych jest również przyrównanie badanej ceny do poziomu wyznaczonego przez ceny innych wykonawców oferowanego dla tego samego przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu, cena oferty Konsorcjum AMG - 10 460 106,46 zł, jest znacząco niższa od cen ofert pozostałych wykonawców: Sygnity oraz Hewlett - Packard Polska sp. z o.o.

5. Zamawiający określił w dokumentacji przetargowej, iż podstawą ustalania wielkości modyfikacji będzie wskazanie wartości (ceny) dla jednego punktu funkcyjnego (modyfikacje oprogramowania będą rozliczne za pomocą punktów funkcyjnych (CFP), zgodnie z metodą COSMIC). W formularzu ofertowym wykonawcy zobowiązani byli podać średnią wartość dla 1 punktu funkcyjnego w odniesieniu do wszystkich obszarów oprogramowania. Za 6 500 punktów funkcyjnych Konsorcjum AMG zaoferowało cenę brutto w wysokości 6 519 500 zł (Tabela I Formularza), a za maksymalną wartość utrzymania wskazało cenę 3 940 606,46 zł (Tabela II Formularza). Dla porównania: w ww. pozycjach odwołujący zaoferował ceny odpowiednio: 16 485 690,00 zł i 9 964 509,02 zł, a Hewlett - Packard Polska sp. z o.o.: 19 180 005,00 zł i 11 593 044,19 zł.

a. Z analizy formularza ofertowego wynika, że Konsorcjum AMG nie doszacowało wartości punktu funkcyjnego. Konsorcjum AMG wyceniło wartość 1 punktu funkcyjnego na 1 003, 00 zł (podczas gdy pozostali wykonawcy zaoferowali ceny: 2 536, 26 zł i 2 950, 77 zł).

b. W cenie zaproponowanej przez Konsorcjum AMG niemożliwe jest prawidłowe wykonanie i dostarczenie zamawiającemu Modyfikacji NPI (wraz z kodami źródłowymi i dokumentacją wykonawcy), udzielenie gwarancji jakości i świadczenie usług gwarancji w

okresie gwarancyjnym, przeniesienie autorskich praw majątkowych do Modyfikacji, Kodów Źródłowych i Dokumentacji Wykonawcy, udzielenie licencji na Oprogramowanie osób trzecich oraz przeprowadzenie instruktaży w zakresie wprowadzanych zmian.

c. W konsekwencji zastosowania przez Konsorcjum AMG tak niskiej wartości dla 1 punktu funkcyjnego, należy uznać, że obliczona na podstawie tej stawki cena za utrzymanie systemu informatycznego, tj. 3 940 606,46 zł (za prawie 4 lata świadczenia usługi) jest całkowicie oderwana od rzeczywistości rynku IT.

6. Powyższe pokazuje, iż ceny zaoferowane przez Konsorcjum AMG są nieekwiwalentne i nieadekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Trudno uwierzyć, iż za zaoferowaną cenę Konsorcjum AMG w okresie 47 miesięcy lub do wyczerpania puli 6 500 punktów funkcyjnych będzie w stanie przeprowadzić modyfikację NPI, rozbudować szyny ESB, przeprowadzić instruktaż w zakresie wprowadzanych zmian w oprogramowaniu oraz utrzymać cały system informatyczny, zapewniając nieprzerwane, bezawaryjne działanie systemu, a jednocześnie osiągnąć z realizacji przedmiotu zamówienia zysk.

7. znaczna dysproporcja między ceną Konsorcjum AMG a cenami pozostałych wykonawców wskazuje wyraźnie na nierynkowość i nierzeczywistość zaoferowanej ceny. Ponad 60% niższa cena wymagałaby zaistnienia szczególnych okoliczności pozwalających Konsorcjum AMG nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia, ale również zapewnienie pewnego poziomu zysku.

8. Odwołujący wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu cena Konsorcjum AMG jest ceną rażąco niską, bowiem po uwzględnieniu szeregu obiektywnych i koniecznych do poniesienia przez tego wykonawcę kosztów, ich poziom przewyższa zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę. Odwołujący zaznacza, iż nie może być uznane za wystarczające ogólnikowe powoływanie się na posiadane doświadczenie i dotychczas dokonane inwestycje, gdyż w ramach niniejszego zamówienia, konieczne jest uwzględnienie pewnego znacznego poziomu nakładów wspólnego wszystkim wykonawcom.

9. Wycena oferty musi uwzględniać co najmniej poniżej wyszczególnione, obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz niezbędne do poniesienia przez wykonawcę koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, których brak wskazania w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny powinien stanowić podstawę do odrzucenia oferty, o czym szerzej w pkt III odwołania:

a. Koszty ponoszone w początkowym etapie umowy (tzw. koszty wejścia):

- Zapoznanie się z istniejącym systemem przez zespół projektowy:
- dokumentacja analityczna (2386 stron),
- dokumentacja projektowa (1457 stron),
- dokumentacja użytkownika,

- kody źródłowe (ponad 1 mln linii kodu, które po wydrukowaniu zajęłyby 16 667 stron), co stanowi realny i znaczny koszt, tj. ok. 2 - 3 miesiące pracy zespołu realizacyjnego.
  - Integracja systemu obsługi incydentów wykonawcy z systemem obsługi incydentów Zamawiającego - HP Service manager (art. 5 ust. 2 pkt 10 Umowy);
  - Nabycie i utrzymanie w okresie realizacji Umowy we własnej infrastrukturze dwóch środowisk (deweloperskie i weryfikacji kodów źródłowych) (art.5 ust. 2 pkt 8-9 Umowy). W tym celu wykonawca musi zakupić infrastrukturę sprzętową oraz wszystkie licencje, których zamawiający nie udziela w ramach oprogramowania dedykowanego. Wykonawca zatem powinien zapewnić następujące elementy środowiska:
    - infrastrukturę sprzętową (serwery, sprzęt sieciowy, środowiska backupowe, itp.);
    - utrzymywanie łącza internetowego dla tego celu (jak również dla celów integracji z systemem zgłoszeń zamawiającego);
    - wykupienie licencji na oprogramowanie standardowe (COTS) dla następujących produktów: system operacyjny RedHat Enterprise Linux Server (portal), system operacyjny Microsoft Windows Server 2008 (na potrzeby technicznej bazy danych szyny ESB), bazę danych EnterpriseDB Postgres Plus Advanced Server (portal), bazę danych Microsoft SQL Server Std 2008 (baza techniczna szyny danych ESB), bazę danych IBM Informix (testowa wersja repliki), szyna danych WebMethods SoftwareAG, serwery aplikacyjne: RedHat JBoss Enterprise Application Platform, Wirtualny Doradca: Stanusch Technologies. Chatterbot, syntezator mowy: IvoSoftware, komponenty do podpisu elektronicznego: KIR SZAFIR .
  - Zgodnie z Umową (art. 5 ust. 5) „Wszelkie koszty związane z wykonaniem obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy i Zleceń ponosi Wykonawca i nie otrzyma z tego tytułu wynagrodzenia innego niż określone w udzielonych Wykonawcy Zleceniach”.
- b. Zakup stacji roboczych (komputerów) oraz licencji dla projektantów i programistów specyficznych do realizacji zmian w oprogramowaniu NPI
- licencje developerskie dla szyny danych WebMethods SoftwareAG;
  - Adobe Flex Builder (do budowy formularzy);
  - komponenty developerskie do podpisu elektronicznego: KIR SZAFIR;
  - Enterprise Architect (narzędzie CASE).
- c. Gwarancja oraz rękojmia po zakończeniu realizacji Umowy w okresie 6 miesięcy, przy zachowaniu identycznych warunków SLA jak w okresie świadczenia serwisu modyfikacji przypisanych Wykonawcy zgodnie z Macierzą odpowiedzialności;
- d. Koszty związane z przekazaniem usług nowemu wykonawcy w okresie ostatnich 3 miesięcy świadczenia umowy - opisane w zał. 11 do Umowy;
- e. Czynniki wpływające na większy koszt realizacji przedmiotowej umowy w stosunku do większości innych umów:

- Mnogość realizowanych zadań dodatkowych, w tym rozbudowane procedury, polityki i uregulowania wewnętrzne ZUS, które należy stosować w tym projekcie, szczegółowo opisane w:

- Załączniku 3 do SIWZ - Metodyka ZUS wersja 5.02;
- Załączniku 8 do SIWZ - Utrzymanie NPI;
- Polityce bezpieczeństwa danych osobowych przetwarzanych w ZUS z załącznikami;
- Polityce bezpieczeństwa informacji w ZUS;
- Procedurze ochrony danych osobowych;
- Załączniku nr 4 do Umowy - Procedury projektowe;
- Załączniku nr 9 do Umowy - Zakres oraz poziom świadczenia Usług serwisowych;
- Załączniku nr 10 do Umowy - Zakres oraz poziom usług utrzymania elementów NPI w powiązaniu z Usługami IT.

Mnogość zastosowanych rozwiązań technologicznych bardzo ściśle ze sobą współpracujących i wymagających bardzo różnych kompetencji technologicznych i informatycznych:

- Systemy operacyjne: Windows Server 2008, RedHat Enterprise Linux Server (portal),
- Bazy danych EnterpriseDB Postgres Plus Advanced Server (portal), Microsoft SQL Server Std 2008 (baza techniczna szyny danych ESB), Baza danych IBM Informix (replika KSI),
- Szyna danych WebMethods SoftwareAG,
- Serwer aplikacyjne: RedHat JBoss Enterprise Application Platform,
- Wirtualny Doradca: Stanusch Technologies - Chatterbot,
- Syntezator mowy: IvoSoftware,
- Zastosowanie bezpiecznego podpisu elektronicznego oraz podpisywania profilu ePUAP w tym komponenty do podpisu elektronicznego: KIR SZAFIR,

Specjalistyczna wiedza w zakresie ubezpieczeń społecznych, w szczególności w zakresie zasad rozliczania płatników składek na ubezpieczenia społeczne, niezbędna aby przygotowywać projekty zmian w aplikacji zlecane przez Zamawiającego (dostępna w przepisach prawa, orzecznictwie, ogólnodostępnych materiałach, szkoleniach z obsługi programu płatnika i innych źródłach);

Bardzo restrykcyjne warunki realizacji umowy SLA (Service Level Agreement), np.: Centrum serwisowe Wykonawcy dostępne 24 godziny na dobę 365 dni w roku, potwierdzenie telefoniczne przyjęcia incydentu - do 30 minut (konieczność zapewnienia dyżurów 24/7), rozwiązanie incydentu krytycznego - do 24 godzin;



- Audyty prac realizowanych przez wykonawcę przeprowadzane przez zamawiającego lub podmiot upoważniony przez zamawiającego opisane szczegółowo w art. 5 ust. 6-8 Umowy. Audyty takie w sposób znaczący mogą obciążać zespół projektowy Wykonawcy;
- Koszt współpracy z innymi wykonawcami w zakresie zespolenia rozwiązań zintegrowanych z NPI. Systemy, z którymi integruje się aktualnie NPI:
  - system Kierowania Ruchem funkcjonujący w oddziałach i jednostkach terenowych ZUS,
  - replikator (baza danych KSI),
  - COT - Centrum Obsługi Telefonicznej ZUS,
  - System Obiegu Dokumentów - EPWD,
  - System weryfikacji oraz przyjmowania dokumentów zgłoszeniowych i rozliczeniowych od płatników składek - EWD,
  - System komorniczy firmy Currenda,
  - Systemy bankowe PKO,
  - Elektroniczna Platforma Usług administracji Publicznej EPUAP,
  - Podpis Elektroniczny (weryfikacja podpisu),
  - ZUS'omaty - samoobsługowe urządzenia do składania dokumentów.
- Wielkość przetwarzania danych:
  - liczba użytkowników: ponad 360 tys;
  - liczba jednoczesnych sesji: ok 6000;
  - wielkość operacyjnej bazy danych PUE: 280 GB;
  - liczba dotychczas przesłanych dokumentów: ok 2,2 mln;
  - aktualna liczba miesięcznie przesłanych dokumentów: ponad 200 tys;
  - liczba usług na korporacyjnej szynie danych ESB: 1357;
  - przyrost miesięczny użytkowników: ok 25 tys.
- f. Prawidłowa kalkulacja wartości dla 1 punktu funkcyjnego
  - Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu specyficznie zmodyfikował i rozszerzył metodę punktów funkcyjnych w przedmiotowym postępowaniu: (§ 2 ust. 1 Zał. nr 8 do Umowy) podstawą dla obliczania złożoności oprogramowania zmienianego lub wytwarzanego w ramach Modyfikacji jest Metoda Cosmic w wersji 1.0.1 wraz z modyfikacjami i rozszerzeniami opisanymi w niniejszym dokumencie".  
Celem metody COSMIC jest dostarczenie standardowej metody pomiaru rozmiaru funkcjonalnego oprogramowania z dziedzin funkcjonalnych powszechnie znanych jako „aplikacje biznesowe” (lub systemy zarządzania informacją, ang. MIS) i oprogramowanie czasu rzeczywistego. Metoda służy tylko i wyłącznie wymiarowaniu oprogramowania, nie służy jednak do wyceny wartości i kosztów wytworzenia oprogramowania, które są

uzależnione od warunków specyficznych dla danego projektu i zakresu prac jaki należy zrealizować w ramach wytworzenia oprogramowania. Innymi słowy nie jest to narzędzie do kosztorysowania.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej zmodyfikował ją natomiast w następujący sposób: lista czynności składających się na 1 punkt funkcyjny: Zamawiający w SIWZ zdefiniował, udział czynności (tj. prac) jakie wchodzi w skład punktu funkcyjnego według następujących kryteriów: Opracowanie Uzgodnienia Projektowego, Analitycznego Opisu Modyfikacji (AOM) wraz z Wymiarowaniem Pełnym i Ujednoczeniem Dokumentacji Analitycznej - 35%; opracowanie Planu Testów Akceptacyjnych - 5%; opracowanie Dokumentacji Użytkownika - 3%; opracowanie Dokumentacji Administratora - 2%; opracowanie Dokumentacji Technicznej i Powykonawczej Dokumentacji Technicznej - 15%; wytworzenie oprogramowania wraz z kompletem testów wewnętrznych, testów międzymodułowych i testów akceptacyjnych, pakietem instalacyjnym i Kodami Źródłowymi - 40% (składowe te zostały przez Zamawiającego określone w celu pomniejszenia kosztu wykonania zamówionej zmiany, gdy jedna z powyższych składowych nie zostanie zamówiona w zleconej przez Zamawiającego Modyfikacji);

Zakres prac, które należy wykonać jest jednak znacznie szerszy niż zdefiniowany przez Zamawiającego, z uwzględnieniem prac, które muszą zostać zawsze wykonane i powinny zostać również uwzględnione w koszcie punktu funkcyjnego: Zarządzanie projektem, Opracowania Analitycznego Opisu Modyfikacji, Opracowanie dokumentacji technicznej, Wytworzenie oprogramowania, testy funkcjonalne i testy międzymodułowe, plan testów akceptacyjnych, przygotowanie danych do testów akceptacyjnych, wsparcie testów akceptacyjnych, wytworzenia pakietu instalacyjnego, opracowanie dokumentacji administratora, opracowanie dokumentacji użytkownika, przygotowanie pakietu kodów źródłowych, prace optymalizacyjne do 10% zakresu modułu, diagnoza i obsługa incydentów w okresie gwarancji.

Zgodnie z art. 12 ust. 4 Umowy stawka za osobogodzinę pracy personelu wykonawcy stanowi 1/30 ceny 1 punktu funkcyjnego.

Zamawiający rozszerzył metodę COSMIC (zgodnie z praktyką stosowania COSMIC) o zakres dla prac, które nie są możliwe do zwymiarowania (np. szkolenia). Jeden punkt funkcyjny to 30 roboczogodzin. Prace które nie są możliwe do zwymiarowane punktami funkcyjnymi będą rozliczane za rzeczywisty przepracowany czas (zamówione godziny) przy założeniu, że jedna godzina to cena równa 1/30 ceny punktu funkcyjnego. Biorąc pod uwagę wysokość zarobków specjalistów w branży IT oraz liczbę osób niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, nie jest możliwe wykonanie projektu za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum AMG.

Powyżej opisane czynniki powinny stanowić podstawę do kalkulacji ceny oferty. Biorąc pod uwagę powyższe, Konsorcjum AMG nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Cena oferty Konsorcjum AMG w porównaniu do tak skomplikowanego, złożonego oraz rozległego przedsięwzięcia jest niewiarygodna i nierealistyczna. Można z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, że wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji swojej ceny wszystkich elementów, w tym również ryzyk związanych z realizacją zamówienia a które mają bezpośredni wpływ na jej wysokość.

10. Złożenie przez Konsorcjum Amg oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

11. Złożenie przez Konsorcjum AMG oferty, w której zaoferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

II. Zarzut dotyczący zastrzeżenia w ofercie Konsorcjum AMG jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz Koncepcji Rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego odwołujący uzasadniał w następujący sposób:

1. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum AMG oraz Koncepcji Rozwoju NPI uniemożliwia Odwołującemu pełną weryfikację rzetelności kalkulacji ceny oferty tego wykonawcy oraz prawidłowości ilości przyznanych punktów w kryterium Koncepcji Rozwoju NPI. Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia oraz Koncepcja nie zawierają żadnych elementów mogących zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji . Nieprawdopodobne jest, iż przy tak szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz przy tak szczegółowo opisanych w dokumentacji przetargowej elementach wyceny dla 1 punktu funkcyjnego, wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz oferowane rozwiązanie zawierają elementy podlegające utajnieniu.

a. Odniesienie się do elementów podlegających wycenie, a wskazanych w dokumentacji przetargowej nie może spełniać przesłanki do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ elementy te są dostępne dla każdego wykonawcy i każdy wykonawca dokonywał ich wyceny. Należy wskazać, iż zamawiający zostawił niewielki w tym zakresie margines dowolności dla wykonawcy. Zakładając nawet, iż Konsorcjum AMG dodatkowo odniosło się

w wyjaśnieniach np. do informacji które posiadają wartość gospodarczą, to zamawiający powinien był pozostawić wyjaśnienia utajnione jedynie w tej części, a w pozostałym zakresie (odnoszącym się do elementów dokumentacji przetargowej, które są znane wszystkim wykonawcom), uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne.

b. Koncepcja Rozwoju NPI ma przypisaną wartość 60% w kryteriach oceny ofert określonych w Rozdziale VII SIWZ. Akceptacja utajnienia tego dokumentu przez zamawiającego powoduje niemożność obiektywnego i przekonującego sprawdzenia, czy zamawiający prawidłowo przyznał liczbę punktów. Oferta w zakresie, w jakim będzie badana w ramach kryteriów oceny ofert powinna być jawna dla wszystkich wykonawców, ponieważ stanowi przedmiot badania i oceny ofert.

\* Zamawiający w SIWZ (rozdział IV, pkt II. 1) określił szczegółowe warunki i wytyczne do Koncepcji rozwoju NPI, które odnoszą się do aktualnie istniejącego systemu (w tym środowiska adekwatnego do środowiska PUE NPI), celów jakie mają zostać osiągnięte i dokładnych zadań, które mają zostać przedstawione w Koncepcji. Zamawiający zdefiniował zatem zakres, jaki należy przedstawić w Koncepcji Rozwoju NPI (brak elementów, które nie byłyby znane).

- Konsorcjum AMG w swoich wyjaśnieniach tajemnicy wskazuje, że będzie realizowało rozwój NPI w oparciu o własny model technologiczny i organizacyjny, stworzony w ramach Koncepcji.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy rozwoju i utrzymania istniejącego już rozwiązania, zbudowanego na konkretnej technologii. Zamawiający wymaga od wykonawców kompetencji w zakresie tych właśnie technologii.

- Zamawiający narzucił własny model organizacyjny do realizacji zadań przewidzianych w Umowie, szczegółowo opisany w projekcie Umowy wraz z załącznikami. Zatem propozycja zastosowania własnej technologii przez Konsorcjum AMG oraz własnego modelu organizacyjnego opisana w koncepcji z całą pewnością stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego (jeżeli zaoferowano własną technologię, to przedmiot oferty jest niezgodny z zamówieniem i oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art, 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

- Można zatem założyć, że zamawiający niezasadnie przyznał dużą liczbę punktów za Koncepcję rozwoju NPI Konsorcjum AMG albo wyjaśnienia są niezgodne z rzeczywistością, a zatem nie ma jakiegokolwiek podstawy do utajnienia tego dokumentu.

- Jeżeli Konsorcjum AMG opisało koncepcję, a oprócz niej własny model organizacyjny (cyt. „Konsorcjum w koncepcji opisuje TAKŻE własny model organizacyjny”), to należy koncepcję odtajnić, a ewentualnie pozostawić jako zastrzeżony tylko model organizacyjny tego wykonawcy o ile zostały spełnione przesłanki ustawowe.

2. Zamawiający uznał przy tym zasadność zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień oraz Koncepcji Rozwoju NPI, co wskazuje, iż zamawiający:

a. uznał w sposób nieprawidłowy zasadność zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa całej ich treści, z dużym prawdopodobieństwem również w zakresie, w którym nie obejmują one informacji mogących zostać uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa. W orzecznictwie KIO utrwalony został pogląd uznający, iż zastrzeżeniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, a nie dokument jako całość, również w zakresie, w którym jego treść nie wypełnia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności, brak podstaw do zaniechania ujawnienia złożonych przez wykonawcę wyjaśnień uzasadniających zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (o ile takie zostały złożone) odnośnie rażąco niskiej ceny.

b. nie dokonał poprawnie weryfikacji zasadności uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum AMG. Brak okoliczności wskazujących na to, iż zamawiający wzywał Konsorcjum AMG do uzasadnienia, w jaki sposób każda z zastrzeżonych przez niego informacji spełnia poszczególne przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub też, że Konsorcjum AMG takie wyjaśnienia w ogóle złożyło (w zakresie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny). Wykonawca, na którym wobec ogólnej zasady jawności postępowania, spoczywa ciężar wykazania, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest zobowiązany wykazać, jaki charakter mają zastrzegane przez niego informacje, na czym polega ich wartość gospodarcza oraz czy nie są lub nie były ujawnione do publicznej wiadomości i w jaki sposób objęte są ochroną.

c. Wobec powyższego, zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia jawności informacji przedstawianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż wszystkie takie informacje są z zasady jawne, o ile wykonawca nie udowodni, iż spełniają one wszystkie przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.

3. Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca po prostu nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo Sądów i KIO., m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, 300/13.

II. Zarzut dotyczący uznania przez Zamawiającego, iż złożone przez Konsorcjum AMG wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

1. Jakkolwiek wyjaśnienia ceny przedstawione przez Konsorcjum AMG zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (i nie zostały udostępnione odwołującemu) to

biorąc pod uwagę specyfikę rynku informatycznego i wskazane powyżej czynniki kosztowe należy z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, iż wyjaśnienia Konsorcjum AMG nie wskazują obiektywnych przesłanek, które umożliwiły zaoferowanie tak niskiej ceny za realizację zamówienia. Wyjaśnienia ceny nie powinny wskazywać okoliczności, które są wspólne dla wszystkich wykonawców działających na danym rynku, lecz powinny wskazywać takie okoliczności, które to właśnie tylko temu podmiotowi umożliwiły zaoferowanie tak niskiej ceny. Odwołujący wnosi o odtajnienie wyjaśnień lub ewentualnie - z uwagi na to, iż odwołujący nie mógł się zapoznać z treścią wyjaśnień Konsorcjum AMG, odwołujący wnosi o weryfikację tych wyjaśnień przez Krajową Izbę Odwoławczą.

2. Wprawdzie wezwanie z dnia 10 października 2013 r. do udzielenia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny nie wskazuje elementów oferty, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego, co jest dopuszczalne i nie zwalnia wykonawcy od udzielenia wyczerpującej odpowiedzi w przedmiotowym zakresie. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien szczegółowo odnieść się do zakresu przedmiotu zamówienia oraz wyceny poszczególnych jego elementów. W szczególności powinien wykazać, że uwzględnił wszystkie koszty i czynniki wpływające na cenę całej oferty, a które zostały opisane w pkt 1.8 niniejszego odwołania. Konsorcjum powinno również wykazać, że jego wycena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, oraz że zakłada osiągnięcie zysku.

3. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż nie jest wystarczające samo oświadczenie wykonawcy, iż uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty oraz zysk, ale konieczne jest przedstawienie okoliczności, które umożliwiły wykonawcy zaoferowanie ceny na znacząco niższym poziomie niż ceny rynkowe. Konsorcjum AMG powinno w wyjaśnieniach wskazać nie tylko uwzględnione przez tego wykonawcę koszty związane z oferowanym świadczeniem i poziom zysku, ale również czynniki, które umożliwiły mu obniżenie kosztów, szczególnie jeśli oszczędności dotyczą tych kosztów, które w związku z wymaganiami, które Zamawiający postawił w obecnym postępowaniu, ponoszone muszą być na porównywalnym poziomie przez wszystkich przedsiębiorców działających na danym rynku.

4. Projekt NPI PUE jest unikalnym rozwiązaniem zarówno pod względem technicznym/technologicznym, jak również merytorycznym. Na jego skomplikowanie i unikalność wpływa połączenie wielu elementów wykorzystywanych zazwyczaj pojedynczo w projektach, kompleksowe podejście do obsługi internetowej klientów ZUS jak również uwzględnienie pełnego zakresu działalności zamawiającego. Należy wymienić tutaj takie elementy systemu jak Wirtualny Doradca, możliwość zdalnej rezerwacji wizyty, mechanizmy powiadomień i informowania o zdarzeniach, możliwość elektronicznej komunikacji z ZUS, elektroniczne formularze, dostęp do danych zapisanych na indywidualnych kontach a także aplikacja

ePłatnik, umożliwiającą rozliczanie płatników składek z ZUS, która dostępna jest za pośrednictwem przeglądarki internetowej.

a. Równie ważnym aspektem jest integracja w ramach jednego projektu z wieloma zewnętrznymi podmiotami i systemami, takimi jak systemy dziedzinowe ZUS (Replika KSI ZUS, EWD, EPWD), pozostałymi składowymi PUE (Centrum Obsługi Telefonicznej, System Kierowania AA-Ruchem, Urzędomy), ePuap, centrami certyfikacji, bankami internetowymi, jak również systemami zewnętrznymi innych instytucji (przykładowo systemami komorników).

b. System został zaprojektowany w architekturze SOA (z wykorzystaniem korporacyjnej szyny danych ESB) w celu możliwości integracji z wieloma interesariuszami projektu. Architektura systemu uwzględnia również wysoki poziom bezpieczeństwa (dostęp do indywidualnych danych) oraz niezawodności poprzez zastosowanie rozwiązań klastrów wysoko wydajnościowych oraz zapewnienie mechanizmów failover i balansowania obciążeniem,

c. Projekt ten to nie tylko unikalne i wyrafinowane rozwiązania architektoniczne i wykorzystane technologie, ale również wiedza ekspercka chociażby w postaci metod i technik sztucznej inteligencji zawartej w Wirtualnym Doradcy ZUS, ale przede wszystkim jest to wiedza merytoryczna z całego zakresu funkcjonowania ZUS.

d. Aktualny zespół realizacyjny projektu składa się z kilkudziesięciu interdyscyplinarnych specjalistów począwszy od wykwalifikowanych programistów (bazodanowych, aplikacyjnych, usług korporacyjnej szyny danych ESB), projektantów, analityków, grafików, testerów, ale również inżynierów systemowych, inżynierów sieciowych, specjalistów od metod i technik sztucznej inteligencji, trenerów, szkoleniowców jak również specjalistów od wdrożenia.

5. Jeśli zatem Konsorcjum AMG w swoich wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny powołuje się na realizację podobnych projektów, należy zwrócić uwagę na fakt, że projekt PUE to nie tylko połączenie wielu skomplikowanych elementów technologicznych (co już stanowi o jego unikalności i skomplikowaniu), ale również wiedza dziedzinowa i merytoryczna na temat działalności ZUS - przykładowo, co najmniej 25% funkcjonalności Nowego Portalu Informacyjnego to aplikacja ePłatnik, realizująca skomplikowane algorytmy wyliczeniowe i walidacyjne dla dokumentów ubezpieczeniowych i rozliczeniowych (w tym min. reguły dla ponad 1500 różnych kodów tytułów ubezpieczeń oraz dla ponad 1300 świadczeń przerw dla powyższych kodów tytułów ubezpieczeń). Aplikacja ePłatnik jest unikalna w skali kraju i świata, a jej specyfika wynika z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, która określa zakres funkcjonowania ZUS, słowem nie ma podobnych projektów a NPI jest unikalne.

6. Wykonawca nie mógłby zatem twierdzić, że zrealizował podobny projekt dla podobnej instytucji (tak jak to może mieć miejsce np. w systemach bankowości elektronicznej). Projekt

ten jest unikalny i jedyny w swoim rodzaju. Do oszacowania kosztów jego realizacji nie jest możliwe bazowanie na doświadczeniach z innych projektów. Koszty te powinny być dopasowane do wymagań i specyfiki zamawiającego oraz tego konkretnego zamówienia. Powinny one również uwzględniać zarówno wielkość systemu, a także zakres usług dodatkowych, w tym dopasowanie się do wymogów metodyk obowiązujących w ZUS (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz zgodność z procedurami obowiązującymi u zamawiającego (załącznik nr 5 do SIWZ).

a. Nawet stosowanie metody punktów funkcyjnych COSMIC zamawiający zaadoptował do swoich warunków: § 2 ust. 1 zał. 8 do Umowy stanowi, iż podstawą dla obliczania złożoności oprogramowania zmienianego lub wytwarzanego w ramach Modyfikacji jest Metoda Cosmic w wersji 1.0.1 wraz z modyfikacjami i rozszerzeniami opisanymi w niniejszym dokumencie. Tym samym metoda Cosmic stosowana w innych projektach nie może być w żaden sposób porównywana do metody stosowanej w niniejszym zastosowaniu.

b. Na potwierdzenie faktu unikalności i skali projektu można przytoczyć przykładowe miary:

- dla kilku formularzy: WZO-PL 01 (8940 linii kodu źródłowego), ZUS Z-3a (8048 linii kodu źródłowego), E-207 PL (7396 linii kodu). Wymienione wartości to tylko liczba linii kod źródłowego formularzy dla logiki i walidacji poszczególnych formularzy bez kodu źródłowego bibliotek. Biorąc pod uwagę wszystkie formularze zrealizowane w ramach projektu PUE daje to ponad 300 tysięcy linii kodu źródłowego tylko i wyłącznie dla logiki i walidacji poprawności wprowadzanych danych (uwzględniając specyfikę funkcjonowania ZUS);
- dla bazy danych: aktualna wielkość bazy danych to 280 GB danych dla ponad 360 tys użytkowników (założeniem Zamawiającego wpisanym w SIWZ jest uzyskanie ponad miliona użytkowników w trakcie realizacji Umowy);
- dla liczby przetworzonych już dokumentów: ponad 2,2 min (średnio 50-60 tys dokumentów tygodniowo);
- wielkość systemu w liczbie linii kodu źródłowego: ponad milion linii kodu źródłowego;
- liczba usług (zarówno zewnętrznych jak i wewnętrznych) zrealizowanych na korporacyjnej szynie danych ESB: 1357;
- unikalność i innowacyjność rozwiązana PUE została również potwierdzona nagrodami, które otrzymał ZUS za wdrożenie Platformy Usług Elektronicznych. Są to m.in.:
  - Wektory 2012: Za uruchomienie Platformy Usług Elektronicznych i udowodnienie, że administracja publiczna może wprowadzać nowoczesne narzędzia przyjazne zarówno obywatelom, jak i przedsiębiorcom;
  - nagroda SoftwareAG (światowego lidera w zakresie doskonalenia procesów biznesowych, integracji systemów i zarządzania danymi w oparciu o architekturę opartą na



usługach i technologię BigData) dla Innowacyjnych Klientów i Partnerów. Firma Software AG Polska doceniła innowacyjność Zakładu w zakresie stosowanych rozwiązań informatycznych, jak i społeczny charakter przedsięwzięcia, jakim jest Platforma Usług Elektronicznych ZUS. PUE została uznana za najbardziej innowacyjny i nowatorski projekt w obszarze administracji publicznej z wykorzystaniem tzw. szyny usług, czyli swego rodzaju informatycznej magistrali odpowiedzialnej za transmisję danych. (<http://www.zus.gov.pl>;

- Lider Informatyki - takim tytułem eksperci branży IT określają Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Prestiżowy miesięcznik Computerworld docenił Zakład za wdrożoną Platformę Usług Elektronicznych, dającą obywatelom szeroki dostęp do e-usług.

Platforma Usług Elektronicznych prezentowana również była na międzynarodowych targach nowych technologii CeBIT w Hanowerze.

Całkowicie błędne byłoby zatem zastosowanie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny analogii do cen zaoferowanych w innych postępowaniach, np. poprzez wskazanie postępowania, w którym skalkulowano cenę oferty w oparciu o inne założenia niż rozliczanie za pomocą punktów funkcyjnych w metodzie COSMIC.

IV, Zarzut nieprawidłowego przyznania przez zamawiającego punktów za Koncepcję Rozwoju NPI.

1. Wprawdzie odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji, czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu Konsorcjum AMG punktów za Koncepcję Rozwoju NPI, jednakże należy przyjąć, iż ZUS zbyt wysoko ocenił przedmiotowy dokument. Konsorcjum AMG dostało w sumie 42 pkt w tym kryterium.

2. Nie jest możliwe, aby przy zaoferowaniu tak niskiej ceny oferty, Konsorcjum AMG opracowało koncepcję, której można przyznać 42 pkt zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Koncepcja Rozwoju została oceniona na 20 pkt (ok. 66% maksymalnej liczby punktów), natomiast jakość wykonania na 22 pkt (ok. 73% maksymalnej liczby punktów). W związku z tym, odwołujący wnosi o odtajnienie Koncepcji Konsorcjum AMG ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia tego żądania odwołującego - o weryfikację zasadności przyznania przez zamawiającego punktów w tym kryterium przez Krajową Izbę Odwoławczą.

3. Jednocześnie zamawiający zaniechał przyznania odwołującemu maksymalnej liczby punktów w podkryterium „Koncepcja rozwoju”. Odwołujący zapewnił:

a. liczbę opisanych funkcjonalności w sposób zapewniający wymagania określone w Rozdziale IV, podr. II ust. 1 oraz spełniających cel określony w pkt 1 opisie elementu 1 a) w liczbie 6;

- b. liczbę opisanych funkcjonalności w sposób zapewniający wymagania określone w Rozdziale IV, podr. II ust. 1 oraz spełniających cel określony w pkt 1) opisie elementu 1 b) w liczbie 6;
  - c. liczbę opisanych funkcjonalności w sposób zapewniający wymagania określone w Rozdziale IV, podr. II ust. 1 oraz spełniających cel określony w pkt 1) opisie elementu 1 c) w liczbie 4;
  - d. liczbę opisanych kreatorów w sposób spełniający wymagania określone w Rozdziale IV, podr. II ust. 1 oraz spełniających cel określony w pkt 1) w opisie elementu 2 w liczbie 4;
  - e. liczbę usług opisanych w sposób spełniający wymagania określone w Rozdziale IV, podr. II ust. 1 oraz spełniających cel określony w pkt 1 w opisie elementu 3 w liczbie 4;
- wobec czego, zgodnie z opisanymi w części VII pkt III. 1.2 a) SIWZ odwołujący powinien dostać 30 punktów, a nie jak uznał zamawiający - 24. Zamawiający wbrew ustalonym przez siebie kryteriom oceny ofert zaniżył punktację Koncepcji Rozwoju NPI przedstawioną przez odwołującego, a zatem dopuścił się rażącego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Konsorcjum AMG zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego zachowując termin ustawowy oraz wynikający z art. 185 ust. 2 Pzp obowiązek przekazania kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił również Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. – odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2865/13. Przystąpienie to zostało cofnięte przed otwarciem posiedzenia wraz z wycofaniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania. Jako wykonawca, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po uznanej za najkorzystniejszą ofertę przystępującego, posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, zaś zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy grożą mu poniesieniem szkody w postaci utraty możliwości wybrania jego oferty i korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki wymagane przez art. 179 ust. 1 Pzp zostały spełnione.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wartość przedmiotu zamówienia, ceny wskazane w złożonych ofertach oraz punktowa ocena ofert w kryterium „Koncepcja Rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego” zostały przywołane przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba przyjmuje te fakty za ustalenia własne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na podstawie danych historycznych z realizacji projektu NPI oraz planowanych zmian (Analiza pracochołności Punktu Funkcyjnego dla modyfikacji w systemie PUE NPI z 17 sierpnia 2012 r., wykonana przez 300 D&C Sp. z o.o. w Warszawie oraz załącznik nr 2 do wniosku o przeprowadzenie postępowania z 17 grudnia 2012 r. – kopie w aktach sprawy).

Zamawiający wystąpił do przystępującego - Konsorcjum AMG - o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę pismem z 10 października 2013 r. (w aktach sprawy). Izba uznała, że wątpliwości zamawiającego, co do ceny tej oferty były uzasadnione zarówno wobec różnicy w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, jak i cen pozostałych dwóch ofert złożonych w postępowaniu.

Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 14 października 2013 r. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (w aktach sprawy).

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę nie znalazł potwierdzenia, mimo że Izba nie podzieliła zasadniczej argumentacji zamawiającego.

Zamawiający pogląd o bezzasadności zarzutu opierał przede wszystkim na braku udowodnienia przez odwołującego, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska.

Stanowisko to oparte jest na podstawowej regule dotyczącej rozkładu ciężaru dowodu wyrażonej w art. 190 ust. 1 Pzp, w ślad za art. 6 k.c., zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym. W myśl powołanych przepisów, jeśli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX 230/10).

Zdaniem Izby pogląd ten nie może jednak znaleźć pełnego zastosowania w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie można pominąć, że udzielając zamawiającemu żądanych wyjaśnień, wykonawcy zobowiązani są do wskazania okoliczności o obiektywnym charakterze, których

katalog jest nieograniczony (*vide*: art. 90 ust. 2 Pzp). Jeśli wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to odwołujący w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska, powinien powołać dowody przeciwne do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a te nie są mu znane.

W tej sytuacji, obarczenie odwołującego wyłącznym ciężarem dowodu nakładałoby na wykonawcę obowiązek procesowy w zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem – jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty. Pogląd ten został wyrażony w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, 2221/13).

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego. Dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest zatem do zbadania, czy wyjaśnienia takie pozwalają na akceptację ceny oferty, zgodnie z kryteriami przykładowo wskazanymi w art. 90 ust. 2 Pzp. Izba rozważyła zatem, czy zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia udzielone przez przystępującego.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 czerwca 2006 roku, sygn. akt V Ca 459/06, wskazał, że „postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie”. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości, co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Z powodu zastrzeżenia wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum AMG pismem z 14 października 2013 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba może wyrazić uzasadnić rozstrzygnięcie zarzutu w sposób ogólny, szerzej odnosząc się jedynie do kwestii, które były podnoszone przez strony i przystępującego na jawnej rozprawie.

Izba ocenia, że w treści wyjaśnień powołane zostały czynniki pozwalające na racjonalizację i obniżenie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia - oszczędność metody wykonania zamówienia, przewidywane rozwiązania techniczne i organizacyjne. Przystępujący podał również kalkulację finansową. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego są możliwe do oceny z zastosowaniem obiektywnych kryteriów wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego realizują obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny

przez przystępującego oraz poważnego charakteru jego oferty. Wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego nie są ogólne i lakoniczne, wskazują wpływ powołanych okoliczności na wysokość zaoferowanej ceny.

Ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, zgodnego ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, że przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany technologicznie. Z informacji ze strony internetowej zamawiającego, które złożył odwołujący na rozprawie (w aktach sprawy), wynika jedynie, że Platforma Usług Elektronicznych ma doniosłe znaczenie społeczne i gospodarcze, a system ten ma znaczne rozmiary. Nie sposób natomiast doszukać się w nich informacji wskazujących na specyfikę, czy złożoność technologiczną systemu, która uniemożliwiałaby wykorzystanie przy wykonaniu przedmiotu zamówienia doświadczenia nabytego przez wykonawców przy projektach rodzajowo podobnych oraz powołanie się na uzyskane przy tej okazji know-how.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że doświadczenie przystępującego nabyte przy wykonaniu innych zamówień nie ma znaczenia dla przygotowania założeń i wycenienia oferty w badanym postępowaniu.

Wyniki postępowania przed Izbą nie pozwalają na ocenę, że wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego przy założeniu produktywności 16 roboczogodzin oraz kosztu wykonania i utrzymania jednego punktu funkcyjnego w wysokości 1.003 zł nie jest możliwe, co uzasadniałoby odrzucenie oferty przystępującego.

Opinia Pana dr Andrzeja N. oraz Pana dr hab. Tadeusza G. z Izby Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego złożona przez odwołującego (w aktach sprawy) nie potwierdza tezy o rażąco niskim charakterze oferty przystępującego.

Autorzy opinii stawiają sobie za cel ustalenie wartości godziwej jednego punktu funkcyjnego. Jakkolwiek pojęcie to definiują przez wskazanie, że jest to wartość minimalna, to nie można tracić z oczu, że celem stawianym sobie przez autorów jest również „podważenie zbyt drastycznego uproszczenia ocen wartości dla bardzo złożonych projektów IT”, co nie ma związku z zarzutami badanymi w tym postępowaniu.

Ocena ta jest uzasadniona na gruncie założeń metodologicznych przyjętych przez autorów. Opinia w wielu miejscach krytykuje opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego, zarzuca pominięcie elementów opisu, kwestionuje zastosowanie metodologii COSMIC.

Kwestionowanie postanowień specyfikacji byłoby zasadne w terminie licznym od przekazania SIWZ odwołującemu, obecnie działanie takie jest spóźnione i nie może doprowadzić do zakwestionowania ceny złożonej już oferty. Cena ta dotyczy przecież

realizacji wymagań zamawiającego opisanych w specyfikacji, a nie takich które przypuszczalnie powinny być tam opisane.

Dodatkowo dostrzec trzeba, że – co było podniesione na rozprawie - przystępujący przewidział w cenie oferty kwotę przeznaczoną na „doposażenie” systemu i ryzyko. Twierdzenia odwołującego, że kwota ta winna wynosić minimum 500.000 zł pozostały gołosłowne.

Opinia rzeczoznawców oparta jest nadto na nieuzasadnionym przez odwołującego założeniu, że niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia jest zespół liczący 31-32 etatów, prawie trzykrotnie większy, niż 12 osób niezbędnych do wykonania zamówienia wskazanych przez zamawiającego w pkt III.2.3).3 ogłoszenia o zamówieniu (kopia w aktach sprawy).

Odwołujący nie uzasadnił swego twierdzenia o podobieństwie systemu KSI do systemu, którego rozwój i utrzymanie stanowi przedmiot badanego postępowania. Z braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uznała więc, że zespół 12 osób pozwoli na wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością i koszt pracy takiego zespołu w związku z wykonaniem zamówienia powinien być ujęty w cenie oferty.

Dokumenty wskazujące na wysokość zarobków w branży informatycznej oraz w grupie Bull złożone przez odwołującego (w aktach sprawy) nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów. Zestawienie stawek w grupie Bull pozostaje natomiast w zgodzie z tezą przystępującego, że zarobki w AMG.net, która będzie wykonywać zamówienie, przy doraźnym wsparciu konsorcjantów, spadają.

Odpowiedzi z łódzkiego i warszawskiego urzędu pracy złożone przez odwołującego (pisma z 9 i 12 grudnia 2013 r. - w aktach sprawy) nie dowodzą zaniżenia kosztów wynagrodzenia osób niezbędnych do wykonania zamówienia przez przystępującego. Pisma te potwierdzają wyłącznie, że w rejestrach tych urzędów nie figurują osoby, o kwalifikacjach wymaganych przez zamawiającego oraz, że urzędy nie posiadają ofert dla takich osób.

Izba nie zgadza się też z tezą odwołującego, że na wykonanie jednego punktu funkcyjnego niezbędnych jest 30 roboczogodzin. Założenie takie nie zostało zawarte w SIWZ.

W art. 4 ust. 4 pkt 3 oraz art. 12 ust. 4 wzoru umowy (w aktach sprawy) zamawiający stwierdził, że dla obliczenia stawki za osobogodzinę przyjmuje się 1/30 ceny punktu funkcyjnego. Zamawiający ograniczył więc jedynie podstawę kalkulacyjną wartości godziny pracy, nie przesądził zaś ich liczby godzin niezbędnych do wykonania punktu funkcyjnego.

Teza, że do obliczenia ceny jednego punktu funkcyjnego należy przyjąć 30 roboczogodzin nie znajduje uzasadnienia na gruncie wiadomości publicznie dostępnych w repozytorium International Software Benchmarking Standards Group (ISBSG) na stronie <http://isbgs.org> oraz złożonej przez przystępującego opinii dr hab. Barbary C.-C. (w aktach sprawy).

Izba zaliczyła tę opinię w poczet materiału dowodowego. Opinia stanowi wzmocnienie argumentacji zawartej w wyjaśnieniach przystępującego z 14 października 2013 r., nie zaś dowód, który winien być złożony przy tych wyjaśnieniach pod rygorem utraty prawa do jego powołania (por.: wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09).

Opinii nie dezawuuje zawarte w niej twierdzenie, że autorka nie zna kontekstu postępowania przetargowego, skoro z treści opinii jasno wynika, że wymagania zamawiającego opisane w SIWZ zostały uwzględnione przy formułowaniu wniosków.

Izba uznała, że tezy zawarte w opinii stanowią - zgodnie z intencją autorki - obiektywną analizę i ocenę merytoryczną możliwości wykonania przedmiotu zamówienia według metodologii COSMIC za cenę wskazaną przez przystępującego. Istotne jest przy tym, że dr hab. Barbara C.-C. analizuje łącznie cenę 1 punktu funkcyjnego oraz cenę jego utrzymania (przypis 3 str. 5 opinii) zatem opinia odnosi się do ceny całej oferty przystępującego.

Dane powszechnie dostępne, w tym w repozytorium ISBSG, dotyczące metodologii COSMIC, stanowią w ocenie Izby miarodajne podstawy do badania ceny oferty przystępującego. Wynika z nich, że produktywność przyjęta dla jednego punktu funkcyjnego w wielkości 16 roboczogodzin plasuje się w większości przypadków w dolnych granicach kwalifikacji uzależnionych od rozmiaru sprzętu, generacji wykorzystywanego języka oprogramowania, platformy sprzętowej oraz trybu przetwarzania.

Izba uznała, że dane wynikające z repozytorium ISBGS i wyprowadzane w nich wnioski zawarte w opinii dr hab. Barbary C.-C. są użyteczne dla rozstrzygnięcia sporu, mimo wskazywanej przez odwołującego zmian wprowadzonych przez zamawiającego w metodzie COSMIC na potrzeby postępowania.

Modyfikacja dokonana przez zamawiającego na potrzeby postępowania polega, zgodnie z § 3 ust. 4 Załącznika Nr 8 do wzoru umowy (w aktach sprawy) na przypisaniu współczynnika dopasowania dla każdej z kategorii oprogramowania.

Izba uwzględniła wnioski dr hab. Barbary C.-C., zgodnie z którymi duże projekty zmiany aplikacji biznesowych (powyżej 1000 punktów funkcyjnych) powinny być traktowane jak projekty ich wytworzenia, których produktywność jest wyższa (inaczej w opinii stanowiącej podstawę oszacowania wartości przedmiotu zamówienia). Przy uwzględnieniu korzyści skali (której zaistnienie jest ustaleniem przeczącym wcześniejszym tezom), czyli wzrostu produktywności wraz ze wzrostem rozmiaru aplikacji, pociągającym za sobą spadek kosztów jednostkowych, pracochłonność jednostkowa na poziomie 16 roboczogodzin nie jest zaniżona

Izba uwzględniła twierdzenie zawarte w opinii, że koszt jednostkowy brutto rozwoju oprogramowania na poziomie 1000 zł nie może być uznany za koszt rażąco zaniżony.

Założenia leżące u podstaw tej tezy nie zostały zakwestionowane w postępowaniu odwoławczym. Izba uznała zatem, że koszt jednostkowy brutto rozwoju oprogramowania maleje wraz z wzrostem oprogramowania.

Skoro, zdaniem autorki opinii, przy powiązaniu przewidywanej przez przystępującego pracochłonności jednostkowej z kosztami jednostkowymi uzyskuje się koszt pracy projektanta na wysokim, jak na polskie warunki poziomie 11.250 zł, to brak jest podstaw do przyjęcia, że koszty te nie mogą zostać obniżone. Zestawienie tego wniosku z danymi dotyczącymi wynagrodzenia w AMG.net zawartymi w dokumencie złożonym przez odwołującego prowadzi do przekonania, że nie może ostać się twierdzenie odwołującego, że cena oferty przystępującego nie pozwoli na pokrycie również innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia.

Wskazywany przez odwołującego okres 2-3 miesięcy niezbędny do analizy danych, w czasie którego należy ponieść koszt wynagrodzenia pracowników, nie znajduje wsparcia w postanowieniach wzoru umowy. Zamawiający oczekuje bowiem osiągnięcia gotowości przez zespół realizujący umowę w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy.

Przywołane przez odwołującego ceny ofert złożonych przez przystępującego w innych postępowaniach (kopie ofert w aktach sprawy) nie mogą dowodzić ceny rażąco niskiej w badanym postępowaniu.

Można natomiast postawić ostrożną tezę, że w tych postępowaniach przystępujący oczekiwał zysku na znacząco wyższym poziomie.

Izba uznała, że przyjmując wyjaśnienia przystępującego i nie odrzucając złożonej przez niego oferty zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że złożenie przez przystępującego oferty z ceną rażąco niską stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazane ceny rażąco niskiej może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, jednak musi zaistnieć *sui generis* kwalifikowana postać tej ceny. W przypadku art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest to cena poniżej kosztów wskazana w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Skoro cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska, to zachowaniu przystępującego nie można przypisać znamion czynu nieuczciwej konkurencji.



Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie znalazł potwierdzenia.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo uznał Koncepcję Rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego oraz wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę oferty za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego .

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp informacje o takim charakterze nie mogą być ujawniane, co jest odstępstwem od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp.

Definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiący, że pod tym pojęciem rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wymienione przesłanki winny być spełnione łącznie i statuują wyjątek od kardynalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Podlegają zatem interpretacji ścisłej, a ciężar wykazania ich zaistnienia spoczywa na tym, kto się na nie powołuje. W postępowaniu odwoławczym zobowiązanymi do wykazania zaistnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są wykonawca, który dokonał zastrzeżenia, oraz zamawiający, jeśli uznał zastrzeżenie za zgodne z prawem.

Izba zważyła, że zamawiający zbadał zasadność zastrzeżenia informacji (*vide*: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, a następnie dokonał ich prawidłowej oceny (pisma zamawiającego i przystępującego w aktach sprawy).

Wyjaśnienia udzielone przez przystępującego odnoszą się do wszystkich przesłanek wymaganych art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

To, że Koncepcja nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz, że podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności nie jest sporne między stronami. Istotą sporu jest zaistnienie pozostałych przesłanek wymaganych art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nietrafnie twierdzi odwołujący, że wyjaśnienia dotyczące Koncepcji dyskwalifikuje to, że nie odwołują się one do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Po pierwsze: zważyć należy, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wartość gospodarcza informacji jest jedną z przesłanek uzasadniających dokonanie zastrzeżenia i nie stanowi *conditio sine qua non* możliwości uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z brzmienia tego przepisu wynika natomiast, że wystarczające

jest, aby zastrzeżona informacja stanowiła informację techniczną lub technologiczną lub organizacyjną przedsiębiorstwa. Wymienione przesłanki dla skuteczności zastrzeżenia są prawnie równowarte wartości gospodarczej informacji.

Po drugie: wykonawca wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień nie jest zobowiązany do wskazania, że informacja zastrzeżona ma wartość gospodarczą przez użycie takiego sformułowania w treści wyjaśnienia. Istotne jest jedynie to, by wyjaśnienia pozwalały na uznanie, że natura zastrzeżonych informacji odpowiada art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, że Koncepcja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, gdyż zawiera ona informacje technologiczne oraz organizacyjne. W ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. (sygn. I CKN 304/00, Lex 45342) Izba uznała, że informacje zawarte przez przystępującego w Koncepcji mają charakter technologiczny, gdyż dotyczą sposobów realizacji zamówienia i metody działania.

Po trzecie: Koncepcja odwołuje się też do informacji organizacyjnych przystępującego, które z kolei mają dla niego wartość gospodarczą – handlową.

Sąd Najwyższy w powołanym orzeczeniu stwierdził, że informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wywiódł ponadto, że podstawą do decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu.

Nawiązując do tego poglądu Izba stwierdza, że zasadność dokonania zastrzeżenia Koncepcji w całości potwierdza fakt, że pozostali dwaj wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia – odwołujący i Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. również zastrzegli swoje koncepcje. Izba uznała, że Koncepcja Rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego stanowiąca rezultat indywidualnego know-how wykonawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle zwyczajów i praktyki branży informatycznej.

Konsekwencją uznania, że zastrzeżenie Koncepcji odpowiada prawu, jest uznanie prawidłowości zastrzeżenia przez przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień elementów treści oferty mających wpływ na jej cenę z 14 października 2013 r.

W wyjaśnieniach tych przystępujący podał w istocie informacje organizacyjne i technologiczne swojego przedsiębiorstwa, wskazał przyczyny, które umożliwiły mu ustalenie ceny wykonania zaproponowanej przez niego Koncepcji. Wyjaśnienia ceny oferty są immanentnie związane z Koncepcją.

Skoro zatem Koncepcja nie podlega udostępnieniu, to również wiązane z nią wyjaśnienia winny podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa (*arg. a maiori ad minus*).

Reasumując, uznanie przez zamawiającego zastrzeżenia przez przystępującego Koncepcji oraz informacji zawartych w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej cenę jako tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiada prawu. Zamawiający nie naruszył art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut przyznania przystępującemu zbyt dużej liczby punktów w kryterium Koncepcji.

Ocena Koncepcji przystępującego znajduje się w aktach postępowania. Odwołujący nie odwołuje się do ustaleń i ocen zamawiającego poczynionych w trakcie badania i oceny oferty przystępującego. Utrzymuje jedynie, że - z uwagi na rażąco nisko cenę tej oferty - nie jest możliwe wykonanie w ramach tej ceny takiej Koncepcji, która mogłaby uzyskać ocenę punktową przyznaną przez zamawiającego.

Oceniając zawisły spór Izba uznała, że skoro cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska, to pogląd o niskiej jakości oferowanego świadczenia budowany wyłącznie na kontestowaniu ceny nie może odnieść zakładanego skutku.

Nie potwierdził się również zarzut wadliwej oceny oferty odwołującego – przyznania odwołującemu zbyt małej liczby punktów w kryterium „Koncepcja”.

Dostrzec trzeba, że zgodnie z informacją o wynikach postępowania (w aktach sprawy) oferta odwołującego otrzymała najwyższą ocenę w tym kryterium (54 pkt), zatem uwzględniając sposób oceny ofert wskazany w Rozdziale III. ust. 1 pkt 2 SIWZ, odwołujący w istocie otrzymał maksymalną liczbę punktów możliwą do uzyskania w tym kryterium (60 pkt). Zarzut odwołania jest zatem bezprzedmiotowy, gdyż nawet jeśli odwołujący otrzyma 6 dodatkowych „małych punktów” w jednym z podkryteriów, ocena złożonej przez niego oferty i tak nie ulegnie zmianie.

Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Skoro żaden z zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia, to zamawiający nie naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....