

WYROK

z dnia 26 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **16 lutego 2015 r.** przez wykonawcę **T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Izbę Celną w Przemyślu w Przemyślu, ul. Sielecka 9, 37-700 Przemyśl**, przy udziale wykonawcy:

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

- 1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.**,
- 1.2. nakazuje zamawiającemu unieważnienie wezwania pismem z dnia 30 stycznia 2015 r. wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.** do przedstawienia uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie,
- 1.3. nakazuje udostępnienie Wykazu osób z dokumentacji oferty wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.** innym uczestnikom postępowania,
- 1.4. nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Izbę Celną w Przemyślu, ul. Sielecka 9, 37-700 Przemyśl,

1

-
- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Izby Celnej w Przemyślu, ul. Sielecka 9, 37-700 Przemyśl** na rzecz odwołującego **T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa** kwotę łączną **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), w tym tytułem zwrotu:
 - a) kosztów wpisu od odwołania - **15 000,00 zł**
 - b) kosztów zastępstwa przez pełnomocnika - **3 600,00 zł**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Przemyślu**.

Przewodniczący:

.....

2

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie, wykonanie, dostawa, przetestowanie, wdrożenie, gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania, rozwój i wsparcie utrzymania pilotażowej wersji systemu elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej wywozowej eBooking TRUCK” (Dz. Urz. UE 2014/S 241-424523 z 13.12.2014 r.), w dniu 16 lutego 2015 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 5 lutego 2015 r. o wyborze oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 17 lutego 2015 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom) w dniu 20 lutego 2015 r. złożył wykonawca wybrany Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., który wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie dotyczy zaniechania czynności nakazanych ustawą Prawo zamówień publicznych oraz czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

1. nieprawidłowej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania, ewentualnie zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów;
2. zaniechaniu odtajnienia zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykazu osób pomimo niezachowania wymogów formalnych dla skutecznego zastrzeżenia informacji w nim zawartych;
3. zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty przedłożonych przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.;

3

4. nieprawidłowej ocenie złożonych przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę oraz sprzecznej z SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Izbie Celnej w Przemysłu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp”, tj.:

- art. 8 ust. 3,
- art. 22 ust. 1,
- art. 26 ust. 3 w zw. z 24 ust. 2 pkt 4,
- art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odtajnienia Wykazu osób oraz wyjaśnień elementów mających wpływ na cenę oferty złożonych przez Pentacomp Systemy Informatyczne;
- 3) powtórzenia czynności badania złożonych ofert;
- 4) wykluczenia wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący powoływał się na swój interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył prawidłową ofertę sklasyfikowaną w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert na pozycji 2, a czynności zamawiającego polegające na nieprawidłowym badaniu ofert w tym postępowaniu uniemożliwiły odwołującemu uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę nie uzyskując zamówienia.

W ocenie odwołującego w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz przepisami prawa.

Zarzut I. Zaniechania odtajnienia Wykazu osób złożonego wraz z ofertą wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (dalej Pentacomp)

Wykonawca Pentacomp zgodnie z informacją zamieszczoną w Formularzu Oferty zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykaz osób. Zastrzeżenie to w ocenie odwołującego należy uznać za nieskuteczne wobec niedochowania obowiązków ustawowych takiego zastrzeżenia. Zgodnie bowiem ze znowelizowanym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest nie później niż w terminie składania ofert

4

zastrzec, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być udostępniane (2) oraz wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (1).

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, iż wobec niewykazania we właściwym terminie (tj. do upływu terminu składania ofert) podstaw do zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie osób jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, dokonane zastrzeżenie nie wywołuje skutków. Podkreślał, że nowelizacja ustawy Pzp obowiązująca od 19 października 2014 r. dokonała rozszerzenia przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując na konieczność wykazania w terminie składania ofert podstaw do dokonania zastrzeżenia. Niedochowanie tego wymogu powinno zatem skutkować obowiązkiem odtajnienia zastrzeżonych informacji. Niedochowanie należytej staranności przez wykonawcę dokonującego utajnienia nie może być sanowane na późniejszym etapie postępowania, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu.

Ponadto odwołujący podnosił, iż aby można było mówić o uprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 Uznk. Na zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie oferty wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym przypadku koniecznym jest ustalenie czy zastrzeżona informacja ma charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny. W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści ofert stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05, gdzie podniesiono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzeniem bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. (OSNC 2006/7-8/122, Biul. SN 2005/10/7, Wokanda 2005/12/6, Prok. i Pr.-wkł. 2006/4/58, M. Prawn. 2006/15/815).

5

Odwołujący przytoczył tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2009, sygn. KIO/UZP 338/09: „*zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.*” W prowadzonym postępowaniu zamawiający zaniechał zbadania Wykazu osób i oparł się jedynie na oświadczeniu wykonawcy - akceptując w sposób nieuprawniony zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które nie wypełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 Uznk. Przykładowo w wyroku z 7 czerwca 2011, sygn. KIO 1072/11 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „*przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie*

wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."

Odwolujący wskazywał, że Pentacomp w swoich wyjaśnieniach uzasadniał, iż powodem utajnienia Wykazu osób była okoliczność, iż zawiera on „dane osobowe personelu Wykonawcy wraz z informacjami o ich dotychczasowym doświadczeniu i kompetencjach (strona 2 wyjaśnień)". Odwołujący argumentował, iż to jakie doświadczenie posiadają określone osoby, w jakich realizacjach uczestniczyli jest sprawą tych osób, i to w ich dyspozycji pozostaje ta informacja a nie wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem KIO 2784/14 z dnia 12 stycznia 2015 r. „dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno też zaakceptować pogląd, że specjaliści wskazani w Wykazie nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalnym bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź to w pracy naukowej, publikacjach bądź w celu uzyskania kolejnych zleceń. Trudno więc uznać, że informacja o doświadczeniu zawodowym danego specjalisty jest informacją poufną, do której dostęp ma ograniczona i określona liczba osób."

Odwolujący podnosił również, iż nawet gdyby uznać, iż z uwagi na wyjątkowe okoliczności wykonania zamówienia przez wykonawcę Pentacomp (czemu zaprzeczał) można by rozważać możliwość zastrzeżenia Wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie sposób uznać, iż informacje zawarte w zastrzeżonym Wykazie stanowią taką tajemnicę w pełnym zakresie. Przytoczył stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w

6

wyroku z 6 grudnia 2010, sygn. KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10: „Zamawiający powinien odtajnić informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Można uczynić to fragmentarycznie zakreślając (w taki sposób, by nie ujawniać danych wrażliwych)". W konsekwencji, w ocenie odwołującego zakres informacji podanych przez wykonawcę nie może być utajniony w części odpowiadającej postawionym przez zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu. W tej części informacje zawarte w Wykazie osób, powinny być jawne, co najmniej w części odpowiadającej wymogom zamawiającego podanym w SIWZ. Istotnym jest również, że w obrocie publicznym wszelkie umowy zawierane z wykonawcami podlegają rygorowi dostępu do informacji publicznej. Informacja o osobach zaangażowanych w wykonywanie zamówienia stanowiła będzie treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca Pentacomp zatem nie jest uprawniony twierdzić, że taki Wykaz osób stanowi informacje zastrzeżone i poufne, i mocą własnego oświadczenia wyłączyć jawność umowy wynikającą z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. W ocenie odwołującego informacje podane w Wykazie przez wykonawcę nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk, i jako takie powinny być ujawnione w trybie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut II. Nieprawidłowej oceny wykonawcy Pentacomp w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego zgodnie z Sekcją III.2.3) pkt 1) ogłoszenia o zamówieniu

Zgodnie z zapisami Sekcji III.2.3) pkt 1) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału V pkt 5 SIWZ, wykonawca zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego o wartości minimum 1 000 000 PLN brutto, spełniającego co najmniej nw. warunki:

1. oparty na relacyjnej bazie danych o możliwym rocznym przyroście nie mniejszym niż 10 GB;
2. rozproszona geograficznie struktura organizacyjna klienta (minimum 5 lokalizacji);
3. scentralizowana architektura;
4. komunikacja oparta o wymianę komunikatów XML.

Wykonawca Pentacomp celem spełnienia ww. opisanego warunku wiedzy i doświadczenia wykazał się wykonaniem dwóch usług dla Ministerstwa Finansów, tj.:

- 1) usługą dotyczącą Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów

W ocenie odwołującego żadna z ww. usług nie może zostać wykazana jako spełniająca warunek Sekcji III.2.3) pkt 1) ogłoszenia z następujących względów:

1. w odniesieniu do usługi dotyczącej EMCS PL odwołujący podał, iż:

a) okres zaprojektowania, wykonania i wdrożenia ww. systemu miał miejsce wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W okresie ostatnich trzech lat miejsce miały jedynie modyfikacje tego systemu, które jednak nie spełniają wymogu zaprojektowania, wykonania i wdrożenia systemu, bowiem dotyczyły systemu istniejącego, a zakres rzeczowy modyfikacji nie pozwala na uznanie, iż w ich wyniku doszło do powstania nowego systemu;

b) system EMCS PL nie spełnia wymogu systemu o rozproszonej geograficznie strukturze, bowiem jest systemem zainstalowanym (wdrożonym) jedynie w Łbie Celnej w Łodzi, a opis warunku wymagał by był to systemem o rozproszonej strukturze, przez którą zamawiający rozumiał zainstalowanie co najmniej w 5 lokalizacjach.

2. w odniesieniu do usługi dotyczącej NCTS 2 odwołujący zarzucał, że do upływu terminu składania ofert (22 stycznia 2015 r.) system nie został wdrożony, a jego wdrożenie dopiero będzie miało miejsce, na co wskazuje oficjalny komunikat Ministerstwa Finansów zamieszczony na stronie internetowej: "pilotowe uruchomienie systemu - system będzie działał równoległe z dotychczasowym systemem NCTS (NCTS 2 - tranzyty międzynarodowe, NCTS - tranzyty krajowe) - od 20 kwietnia do 31 maja 2015 r.; usługa udostępniona produkcyjnie - 1 czerwca 2015r."

(<http://www.mf.gov.pl/documents/764034/12733480/Systemy+informatyczne+wdra%C5%BCane+w+2015+r.+w+ramach+programu+eC%C5%82o.ppt>);

„Ministerstwo Finansów uprzejmie informuje, że uruchomienie produkcyjne systemu zostaje przesunięte na pierwszy kwartał roku 2015. Dodatkowo informujemy, że w 2014 r. nie planujemy także prowadzenia działań związanych z ograniczonym terytorialnie pilotażem systemu NCTS2." (http://www.finance.mf.gov.pl/systemy-informatyczne/ncts/komunikaty/-/asset_publisher/d3oA/content/komunikat-z-dnia-29-10-2014-r-o-zmianach-w-planowanym-harmonogramie-wdrozenia-systemu-ncts2)

Odwołujący argumentował, że opis warunku sposób jednoznaczny wskazywał, iż system, którego wykonaniem wykonawca zobowiązany był się wykazać, musiał zostać wdrożony. Mając na uwadze powyższe okoliczności, zamawiający zobowiązany był uznać, iż wykonawca Pentacomp nie wykazał spełnienia postawionego warunku wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji winien był wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Odwołujący wskazywał, że wobec zajścia w stosunku do oferty wykonawcy Pentacomp przesłanek do jej odrzucenia, zamawiający mógł odstąpić od wezwania ww.

wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykazu usług o doświadczenie spełniające postawione przez siebie wymagania, jednak z ostrożności procesowej podtrzymał zarzut zaniechania dokonania również tej czynności.

Zarzut III. Zaniechania odtajnienia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - złożonych przez wykonawcę Pentacomp

Odwołujący wskazywał na zaniechanie odtajnienia złożonych wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę Pentacomp, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Treść notatki służbowej z dnia 4 lutego 2015 r. zdaniem odwołującego wskazuje, iż ww. wyjaśnienia nie mogły zawierać informacji mających dla wykonawcy Pentacomp wartość gospodarczą, jak również co do których zostały podjęte działania wobec nieujawnienia ich do publicznej wiadomości, bowiem koncentrowały się wokół doświadczenia tego wykonawcy zdobytego podczas realizacji projektów informatycznych dla Ministerstwa Finansów. Ministerstwo Finansów jest podmiotem, do którego zastosowanie mają przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej, co oznacza, iż zobowiązane jest do udzielania informacji o prowadzonej działalności. Tym samym, okoliczności realizacji określonych projektów przez Pentacomp nie może stanowić informacji nieujawnionej do wiadomości publicznej, jak również takiej, która charakteryzuje się pewną

wartością gospodarczą rozumianą jako dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić). Wobec niespełnienia wymogów ustawowych warunkujących możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach, zamawiający zobowiązany był je odtajnić, czego zaniechał naruszając przepisy prawa.

Zarzut IV. Nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Pentacomp w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oraz niezgodności z SIWZ. Odwołujący wyjaśniał, że w postępowaniu złożono 6 poniżej wymienionych ofert:

1. O&S Computer Soft Sp. z o.o. ul. Żwirki i Wigury 8-12 58-301 Wałbrzych: cena brutto

3.382.500,00; do budżetu zamawiającego 98%; do średniej ceny ofert 166,70%

2. Atende S.A. ul. Ostrobramska 86 04-1163 Warszawa cena brutto

do 2.478.700,92; do budżetu zamawiającego 117,24%;

średniej ceny ofert

122,16%

3. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. ul. Kasprzaka 3 85- 0321 Bydgoszcz; cena brutto

2.189.000,00; do budżetu zamawiającego 103,53%; do średniej ceny ofert 107,88%

4. Comarch Polska S.A. Al. Jana Pawła II 39a 31-864 Kraków; cena brutto

1.787.160,90; do budżetu zamawiającego 84,53%; do średniej ceny ofert 88,08%

9

5. T4B Sp. z o.o. Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15 04-036 Warszawa cena brutto

1.389.900,00; do budżetu zamawiającego 65,74%; do średniej ceny ofert 68,50%

6. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. ul. Lektykarska 29 01-687 Warszawa; cena

46,68% brutto 947.100,00; do budżetu

zamawiającego 44,80%; do średniej ceny ofert

Budżet zamawiającego: 2.114.286,00 -100,00%

Średnia arytmetyczna wszystkich ofert: 2 029 060,30 - 95,97%

Odwołujący podnosił, że mając na uwadze dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał wykonawcę Pentacomp oraz odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty. Wyjaśnienia takie każdy z ww. wykonawców złożył w określonym terminie.

Odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Pentacomp z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, umożliwiono mu jedynie zapoznanie się z notatką komisji przetargowej z dnia 4 lutego 2015 r. dokumentującą ocenę przedłożonych przez Pentacomp wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, iż analiza tego dokumentu potwierdziła jego domniemania, co do nieprawidłowego skalkulowania ceny oferty Pentacomp, jak również uznał to za dowód błędnej oceny przedłożonych wyjaśnień przez komisję przetargową.

Odwołujący zwracał uwagę, iż po nowelizacji ustawy Pzp, to na odwołującym spoczywa dowód wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie odwołującego wysokość ceny złożonej oferty wykonawcy Pentacomp świadczy o braku rzetelnej kalkulacji wszystkich elementów mających wpływ na realizację zamówienia w każdym etapie (zaprojektowanie i wdrożenie/wsparcie utrzymania/rozwój) jego wykonywania, a prawidłowa i analityczna ocena przedłożonych wyjaśnień powinna utwierdzić zamawiającego w przekonaniu, iż cena oferty nie pozwoli na należyte wykonanie zamówienia w kształcie wynikającym z SIWZ.

Za znaczący odwołujący poczytał fakt, iż pozostali wykonawcy (tj. poza Pentacomp i odwołującym) ubiegający się o udzielenie zamówienia skalkulowali swoje oferty na poziomie wyższym niż odwołujący, w sposób rozważny i uczciwy wyceniając całość i złożoność zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Wykonawcy ci, podobnie jak Pentacomp, nie znajdują się w szczególnej sytuacji pozostającej w adekwatnym związku przyczynowym z warunkami realizacji zamówienia uprawniającej do skalkulowania ceny oferty na tak niskim poziomie jak uczynił to odwołujący. A tylko istnienie takich okoliczności umożliwiło wykazanie oszczędności związanych z realizacją tego zamówienia.

10

Zarzut IV.1. Odnosząc się w pierwszej kolejności do oceny wyjaśnień dokonanej przez komisję przetargową, z której odwołujący wywodził treść samych wyjaśnień - zwracał uwagę

na błędną ocenę sytuacji wykonawcy Pentacomp w niej zaprezentowaną:

a) znajomość środowiska Centrum Przetwarzania Danych MF w związku z realizacją systemów informatycznych w ramach programu e-Cło w opinii odwołującego nie stanowi przewagi konkurencyjnej wobec innych ofert. Zwracał uwagę, iż przedmiot zamówienia nie wykazuje punktów styczności z systemami wchodzącymi w skład programu e-Cło realizowanymi przez Pentacomp. Okoliczność pozostaje zatem obojętna z punktu widzenia realizacji zamówienia.

b) posiadanie przez wykonawcę Pentacomp jakoby gotowych rozwiązań informatycznych, które mogą być wykorzystane w realizacji zamówienia, uznał odwołujący za mało prawdopodobne. Wdrożenie systemu eBooking TRUCK jest wdrożeniem pilotażowym, a co z tego wynika, nie było nigdzie jeszcze wykorzystane. O ile wykonawca Pentacomp w swych wyjaśnieniach nie powołał się na realizację projektów zagranicznych zakresem rzeczowym odpowiadających zamówieniu, jego twierdzenia w tym zakresie uznał odwołujący za gołosłowne. Doświadczenie zdobyte w ramach realizacji systemów wchodzących w e-Cło nie odpowiada rzeczowo temu, co stanowiło będzie przedmiot zrealizowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwracał uwagę, iż przedmiotem zamówienia jest system elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej wywozowej a więc projekt bardziej transportowy/logistyczny niż związany z polityką fiskalną.

Odwołujący wskazywał na swoją przewagę konkurencyjną, gdyż jest twórcą systemów SKR oraz SOC-T, z którymi należy nie tylko dokonać integracji w ramach realizacji niniejszego zamówienia, ale należy wprost wykonać zmiany w istniejących już i użytkowanych od lat aplikacjach, które są krytyczne dla sprawnej i szybkiej odprawy m.in. na największym przejściu granicznym w Polsce (Koroszczyń). Znajomość tych systemów przekłada się na mniejszą ilość osobodni pracy programistów tworzących eBooking TRUCK, którzy nie będą musieli zapoznawać się z dokumentacją opisującą wdrożone systemy. Odwołujący wyjaśniał, że w odróżnieniu od centralnych systemów w ramach programu e-Cło takich jak EMCS czy NCTS2, system lokalny SOCT powstawał na przestrzeni ponad 10 lat jako realizacja zamówień wielu podmiotów. Stąd też dokumentacja systemu jest rozproszona i zamawiający nie jest w posiadaniu całości dokumentacji, co zapisał wyraźnie w odpowiedziach na pytania potencjalnych wykonawców.

c) odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego o uznaniu wyjaśnień Pentacomp za zasadne z uwagi na świadczenie usług wsparcia utrzymania systemów w ramach e-Cło. Zdaniem odwołującego komisja przetargowa nie uzyskała pewności, iż

11

świadczenie innych usług może rzeczywiście wpłynąć na obniżenie kosztów utrzymania systemu eBooking TRUCK, o czym świadczy posłużenie się zwrotem „może mieć wpływ”. Odwołujący zwracał uwagę, iż wykonawca składający wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wykazać, że zachodzą okoliczności uprawniające go do określonego skalkulowania ceny.

Z treści notatki zamawiającego odwołujący wnioskował, że takiego wykazania wykonawca Pentacomp nie dostarczył. A tym samym uznał, że ten element wyjaśnień należało ocenić raczej negatywnie jako niepotwierdzający możliwości uzyskania rzekomych oszczędności. Niezależnie od powyższego, odwołujący stwierdził, iż sposób realizacji usług wsparcia systemów w ramach e-Cło diametralnie różni się od sposobu realizacji tych usług dla systemu eBooking TRUCK, który wymagał będzie świadczenia znacznej części tych usług w pięciu wskazanych przez zamawiającego lokalizacjach. Usługa wsparcia systemów e-Cło przez wykonawcę Pentacomp realizowana jest w Izbie Celnej w Łodzi. Tym samym, nie wpływa w ocenie odwołującego na możliwość znaczącego zmniejszenia takich kosztów w projekcie, który nie jest realizowany w Izbie Celnej w Łodzi.

Odwołujący przedstawił zestawienie wszystkich inwestycji w, ramach których powstawał system SOCT w ramach ZAGOs CAIFS II. W ramach wszystkich w sumie projektów powstało także ok. 4500 stron jawnej dokumentacji powykonawczej, z którą wykonawcy będą musieli się zapoznać. Ponadto powstała duża część dokumentacji niejawnej.

Zarzut IV.2. Niezależnie od powyższej argumentacji odwołujący zwracał uwagę na następujące okoliczności, które uprawdopodobniają złożenie przez wykonawcę Pentacomp oferty z rażąco niską ceną:

(1) Wykonawca Pentacomp złożył ofertę z ceną 947 100,00 zł (770 000,00 zł netto).

Zgodnie z wzorem umowy, wykonawca otrzyma 70% wynagrodzenia za wykonanie i wdrożenie systemu eBooking TRUCK co daje kwotę 539 000,00 zł netto; 20% wynagrodzenia za świadczenie usług wsparcia utrzymania systemu w okresie 24 miesięcy po dokonaniu odbioru systemu, co daje kwotę 154 000,00 zł netto; 10 % wynagrodzenie za wykonanie usług rozwoju systemu w wymiarze 100 osobodni, co daje kwotę 77 000,00 zł netto. Zaznaczał, że usługi rozwoju są zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, w kosztach związanych z ich świadczeniem wykonawca nie powinien ukryć innych kosztów związanych z realizacją pozostałego zakresu zamówienia, bowiem w przypadku nie skorzystania z nich przez zamawiającego, projekt nie zbilansowałby się. Z powyższego wywiódł, iż założone przez wykonawcę Pentacomp koszty związane z realizacją zamówienia wynosiły w sumie 693 000,00 zł, w tym 154 000,00 zł związane było z okresem wsparcia utrzymania systemu.

12

Dodatkowo w powyższej kwocie wykonawca Pentacomp zobowiązany był uwzględnić koszty związane z koniecznością wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie ok. 10 000,00 zł, co powoduje, że do dyspozycji pozostała mu kwota 529 000,00 oraz 154 000,00 zł na okres utrzymania systemu.

(2) Zakres rzeczowy zamówienia można podzielić na dwa moduły, tj. sprzętowy oraz programistyczny. Koszty związane z zakupem niezbędnego sprzętu koniecznego do prawidłowego uruchomienia usługi wraz z jego zainstalowaniem odwołujący oszacował na poziomie 140 000,00 - 190 000,00 zł netto. Mając na uwadze, iż wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu są znaczącymi podmiotami na rynku usług informatycznych można przyjąć, iż ceny nabycia wymaganego sprzętu i oprogramowania jakie mogli uzyskać od vendorów były zbliżone. Dodatkowo zaznaczał, iż zamawiający bardzo precyzyjnie określił parametry sprzętu, który należy dostarczyć, co powoduje, że nie jest możliwym zrealizowanie zamówienia przy zastosowaniu urządzeń i oprogramowania znacząco różniącego się, co mogłoby przełożyć się na różnice w jego cenie. Przyjmując nawet najniższą wartość tej części zamówienia na poziomie 140 000,00 zł netto, otrzymał kwotę 389 000,00 zł jako zagregowaną na część programistyczną.

(3) Część programistyczna zamówienia obejmuje usługi:

- analityków, inżynierów, programistów związane z zaprojektowaniem i wdrożeniem systemu eBooking TRUCK;
- związane z opracowaniem dokumentacji systemu;
- związane z przeprowadzeniem testów produkcyjnych systemu;
- szkoleniowe.

Termin realizacji tej części zamówienia to 41 tygodni od podpisania umowy, w tym:

- analiza i opracowanie projektu systemu do 15 tygodni od podpisania umowy (ok. 75 dni, połowa czerwca br. przy założeniu, że rozpoczęcie wykonywania będzie możliwe od marca br.);
- dostawa, instalacja i uruchomienie systemu eBooking TRUCK, przeprowadzenie szkoleń oraz testów akceptacyjnych do 30 tygodni od podpisania umowy, ale nie później niż do 31 sierpnia 2015 r. (ok. 12 tygodni co daje 60 dni);
- sporządzenie dokumentacji do 41 tygodni od podpisania umowy (ok. 11 tygodni, tj. 55 dni), w sumie 190 dni od podpisania umowy.

Przy zaplanowanej na ten etap realizacji umowy kwocie 389 000,00 zł, daje to do dyspozycji wykonawcy kwotę 2 047,37 zł netto/dzień. Odwołujący uznał, iż jest to kwota, która nie pozwala na pokrycie kosztów związanych z należyłą realizacją zamówienia uwzględniającą wszelkie okoliczności mające wpływ na jego realizację. Same już tylko

13

koszty pracy zespołu informatycznego o kwalifikacjach odpowiednich do prawidłowego zrealizowania zamówienia są znacząco wyższe. Rynkowa cena pracy informatyka z odpowiednim doświadczeniem to koszt nie niższy niż 800-900 zł (dziennie), co świadczyłoby, iż wykonawca Pentacomp przeznaczył do realizacji zamówienia średnio 2,4 osoby. Przy takim zaangażowaniu czasowym osób realizujących zamówienie nie jest możliwym jego prawidłowe wykonanie.

Odwołujący podnosił, że koszty osobowe są największymi kosztami obciążającymi I i II etap realizacji zamówienia, ale nie jedynymi. Dodatkowe koszty to:

a) koszty związane z delegacjami osób do poszczególnych lokalizacji, w których zamówienie będzie realizowane (5 lokalizacji). W tym kontekście przypomniał, że zamawiający wielokrotnie w udzielanych wyjaśnieniach treści SIWZ wskazywał, iż dokumentacja systemów źródłowych zostanie udostępniona wykonawcy po podpisaniu umowy. Mając na uwadze, iż znacząca część tej dokumentacji opatrzona jest klauzulą zastrzeżone lub poufne, nie jest możliwe zapoznanie się z nią w inny sposób jak w miejscu jej przechowywania (5 lokalizacji), co wiąże się z zaangażowaniem odpowiedniej liczby osób posiadających odpowiednią wiedzę i kwalifikacje. Czas potrzebny na zanalizowanie tej dokumentacji przekłada się na określoną wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych. Mając na uwadze cenę oferty Pentacomp odwołujący zarzucał, iż wykonawca ten nie doszacował kosztów związanych z tym etapem realizacji zamówienia. Delegacje dotyczyły będą również *stricto* czynności wdrożeniowych oraz testowych.

b) Koszty szkoleń. W ramach realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany będzie do przeszkolenia 4 grup osób z kręgów zamawiającego. Mając na uwadze, warunki przeprowadzenia szkoleń szczegółowo opisane w SIWZ (liczebność grup, standardy lokalizacji, pomoce, itp.) koszty z tym związane oscylują w granicach 8.000 zł. Z powyższego według odwołującego wynika, że oferta złożona przez wykonawcę Pentacomp nie zawiera wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, a zatem powinna podlegać odrzuceniu. Jeżeli dodatkowo kalkulację oferty tego wykonawcy skoryguje się o koszty związane z wykonywaniem zamówienia przy udziale podwykonawcy, za którego ponosi się odpowiedzialność *versus* zamawiający, odniósł wrażenie, że popełniono błąd przy jej kalkulacji.

Zarzut IV.3. odwołujący podtrzymał twierdzenia, że zaproponowanie przez wykonawcę Pentacomp ceny za realizację zamówienia na poziomie 947 100,00 zł wskazuje na nieobjęcie nią wszystkich elementów kalkulacyjnych wymaganych w SIWZ, co stanowi podstawę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ.

14

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, korespondencji stron, z zastrzeżonych wyjaśnień odwołującego.

Ponadto Izba dopuściła dowód wnioskowany przez zamawiającego z zapytania do Izby Celnej w Łodzi, która była zamawiającym w zakresie systemu informatycznego kontroli tranzytu NCTS 2, tj. pisma z dnia 18 lutego 2015 r. dotyczące terminu i zakresu wykonania tej usługi przez Pentacomp i udzielonej odpowiedzi, w której Zastępca Dyrektora Izby Celnej w Łodzi podał, że firma Pentacomp z siedzibą w Warszawie wykonała terminowo i należycie pierwszy etap zamówienia, którego przedmiotem było zaprojektowanie, zbudowanie, dostawa, instalacja, konfiguracja, uruchomienie, testowanie i wdrożenie systemu NCTS 2. Dowód ten zaprzeczenia tezą odwołującego, że system NCTS 2 nie został przez Pentacomp wdrożony.

Dowody z wydruków ze stron internetowych, zgłoszone przez odwołującego, tj.:

1. wydruk ze stron internetowych Ministerstwa Finansów dotyczący projektu eCŁo z 24 lutego 2015 r., aktualizacja z lipca 2014 r., gdzie stwierdza się, że system ECTS PL realizowany był w dwóch etapach – pierwszy do stycznia 2011 r., drugi do stycznia 2012r.
2. wydruk ze stron internetowych Ministerstwa Finansów - komunikat z 29 października 2014 r. dotyczący systemu NCTS 2, dowód zgłaszany na okoliczność, że system ten nie został wdrożony, ponieważ nie został uruchomiony produkcyjnie, a zdaniem odwołującego, uruchomienie produkcyjne jest ostatnim etapem wdrożenia systemu informatycznego,
3. dotyczący oferty cenowej na komponenty fizyczne systemu, które w ocenie odwołującego są konieczne do zainstalowania.
4. z maila od osoby prywatnej do st. asp. P. R. - kierownika projektu NCTS 2, że zaplanowano uruchomienie produkcyjne tego systemu na 1 czerwca 2015 r. - na okoliczność, że nie nastąpiło wdrożenie tego systemu w ramach umowy z Pentacomp do upływu terminu składania ofert.

Powyższe dowody zgłoszone przez odwołującego były zbędne, gdyż okoliczność, iż nie nastąpiło uruchomienie produkcyjne systemu NCTS 2 była niesporna między stronami i

uczestnikiem postępowania. Istotna do ustalenia pozostawała kwestia wdrożenia systemu NCTS 2, dla stwierdzenia spełnienia wymagań minimalnych wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania jednej usługi przez Pentacomp. Bez znaczenia pozostawały zatem etapy realizacji systemu system ECTS PL.

15

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Zaprojektowanie, wykonanie, dostawa, przetestowanie, wdrożenie, gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania, rozwój i wsparcie utrzymania pilotażowej wersji systemu elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej wywozowej eBooking TRUCK”.

W zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego zgodnie z Sekcją III.2.3) pkt 1) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału V pkt 5 SIWZ wykonawca zobowiązany był wykazać, jak niżej. Warunek, o którym mowa w ppkt 1.1.2 niniejszego rozdziału SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jednej usługi, polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego o wartości minimum 1 000 000 zł brutto (słownie: jeden milion złotych), spełniającego co najmniej nw. warunki:

- 1.1. opartego na relacyjnej bazie danych o możliwym rocznym przyroście nie mniejszym niż 10 GB;
 - 1.2. o rozproszonej geograficznie strukturze organizacyjnej klienta (minimum 5 lokalizacji);
 - 1.3. o scentralizowanej architekturze;
 - 1.4. z komunikacją opartą o wymianę komunikatów XML.
2. Zamawiający uzna za spełniony warunek, o którym mowa w ppkt 1.1.2 niniejszego rozdziału SIWZ, jeżeli Wykonawca zrealizował jedną łączną usługę, spełniającą wszystkie elementy warunku 5.

Rozdział VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, które mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

1. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy są zobowiązani dołączyć do oferty następujące dokumenty, między innymi:

- 1.1. Oświadczenie Wykonawcy, o którym mowa w art. 44 Ustawy Pzp, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (Załącznik nr 3 do SIWZ).
- 1.2. Wykaz wykonanych usług, określonych w Rozdziale V ust. 5 w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców,

16

oraz załączeniem dowodu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (Załącznik nr 4 do SIWZ).

W rozdziale V SIWZ punkt 7 zamawiający podał, że wykonawca powinien dysponować osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, w tym 1) kierownikiem projektu, 2) specjalistą do spraw jakości, 3) analitykiem, 4) architektem systemu, 5) inżynierem systemów informatycznych, 6) specjalistą do spraw SOA. Uwaga: jedna osoba może pełnić nie więcej niż 2 funkcje w zespole, za wyjątkiem kierownika projektu, której nie wolno łączyć z żadną inną.

Rozdział VI punkt 12 SIWZ. Zamawiający dokona oceny spełniania przez Wykonawców warunków określonych w SIWZ metodą „spełnia” lub „nie spełnia” na podstawie oświadczeń i dokumentów określonych w Rozdziale VI SIWZ. Niespełnienie któregośkolwiek z warunków spowoduje wykluczenie Wykonawcy z postępowania.

Wykonawca Pentacomp celem spełnienia ww. opisanego warunku wiedzy i doświadczenia wykazał się wykonaniem dwóch usług dla Ministerstwa Finansów, tj.:

- 1) usługą dotyczącą Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wytrobów Akcyzowych (EMCS PL) oraz

2) usługą dotyczącą Systemu Kontroli Tranzytu NCTS 2.

Według wzoru Załącznika nr 4 do SIWZ wykonawca Pentacomp opisał zakres tych usług oraz termin ich wykonania, w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego.

W referencjach z dnia 13 maja 2014 r. Ministerstwo Finansów potwierdziło, że wykonawca Pentacomp w okresie od 11.05.2010 r. do 13.02.2014 r. należycie zrealizował i wdrożył System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (EMCS PL) w zakresie I i II cyklu rozwojowego, zrealizował modyfikacje systemu (...)

Wykonawca Pentacomp przedłożył protokół odbioru końcowego Systemu Kontroli Tranzytu NCTS 2 z dnia 1.12.2014 r. potwierdzony przez Ministerstwo Finansów Izbę Celną w Łodzi, potwierdzający należyte wykonania umowy.

Rozdział X SIWZ punkt 10. Części oferty zastrzeżone przez Wykonawcę, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 tekst jedn. z późn. zm.), powinny być zawarte w ofercie w sposób umożliwiający Zamawiającemu udostępnienie jawnych elementów oferty innym uczestnikom postępowania. Zastrzeżenie Wykonawcy nie może dotyczyć informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak też dotyczyć nazwy Wykonawcy (firmy), jego adresu, oraz ceny. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa powinny zostać umieszczone w ofercie w osobnym opakowaniu (kopercie) zatytułowanej „Informacje objęte tajemnicą

17

przedsiębiorstwa” w sposób umożliwiający Zamawiającemu udostępnienie jawnych elementów oferty innym uczestnikom postępowania.

Przystępujący Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w dokumentach oferty zastrzegł w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie.

Uzasadnienia dla powodów utajnienia tego dokumentu i uznania, że zawiera on tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 tekst jedn. z późn. zm.) w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - wykonawca w dokumentach oferty nie przedstawił.

Rozdział XII. Opis sposobu obliczania ceny

Cena oferty brutto musi być kwotą ryczałtową obejmującą wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności koszty wykonania przedmiotu zamówienia (zaprojektowanie, dostawę, wdrożenie, wykonanie, przetestowanie, gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania, rozwój i wsparcie utrzymania), przeniesienie prawa własności dostarczonej Platformy sprzętowej warstwy lokalnej, dokonania odbiorów, wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych, udzielenia licencji, opłat celnych i podatków, w tym podatku od towarów i usług (VAT) oraz podatku akcyzowego.

Cena oferty brutto (100%) obejmuje:

Zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, przetestowanie, wdrożenie pilotażowej wersji systemu elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej wywozowej eBooking TRUCK oraz wykonanie Usług Szkoleniowych, a także Usług Gwarancyjnych świadczonych przez okres 24 miesięcy od dnia dokonania przez Zamawiającego Odbioru Etapu II bez zastrzeżeń.

Świadczenie Usług Rozwoju systemu eBooking TRUCK przez okres 24 miesięcy, licząc od dnia dokonania przez Zamawiającego Odbioru Etapu II bez zastrzeżeń, w pracochłonności 100 osobodni wraz wymaganą gwarancją.

Świadczenie Usług Wsparcia Utrzymania przez okres 24 miesięcy, licząc od dnia dokonania przez Zamawiającego Odbioru Etapu II bez zastrzeżeń, wraz z wymaganą gwarancją.

Poszczególne części wynagrodzenia należne Wykonawcy za wykonanie poszczególnych prac oraz świadczenie usług opisanych w OPZ oraz IPU zostaną obliczone po wyborze Wykonawcy, z którym zawarta będzie umowa o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie Ceny oferty brutto zaoferowanej przez Wykonawcę, według następujących zasad: Wykonawca otrzyma 70 % Ceny oferty brutto za należyte wykonanie prac, o których mowa w ust. 2 pkt 2.1 powyżej (zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, przetestowanie, wdrożenie,

18

przeprowadzenie szkoleń i gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania pilotażowej wersji

systemu eBooking TRUCK).

Wykonawca otrzyma 20 % Ceny oferty brutto za należyte wykonanie całości prac, o których mowa w ust. 2 pkt 2.3 powyżej (świadczenie Usług Wsparcia Utrzymania systemu eBooking TRUCK przez okres 24 miesięcy).

Wykonawca otrzyma 10 % Ceny oferty brutto za należyte wykonanie całości prac, o których mowa w ust. 2 pkt 2.2 powyżej w maksymalnym zakresie, tj. wymiarze 100 osobodni (świadczenie Usług Rozwoju systemu eBooking TRUCK przez okres 24 miesięcy w pracochłonności 100 osobodni).

Szczegółowy sposób rozliczeń, w tym podstawy dokonywania płatności jest określony w IPU stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ.

Rozdział XIII. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert

Kryteriami oceny oferty są cena i architektura systemu.

Cena (C) – waga kryterium 90 punktów.

Architektura systemu (A) – waga kryterium 10 punktów, przy czym:

10 punktów otrzyma Wykonawca, który zaproponuje rozwiązanie niewymagające instalowania dodatkowych baz danych poza warstwą centralną systemu eBT umiejscowioną w CPD MF.

Wykonawca, który zaproponuje rozwiązanie wymagające instalacji dodatkowych baz danych poza warstwą centralną systemu eBT umiejscowioną w CPD MF nie otrzyma punktów za to kryterium.

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, której suma liczb punktów przyznanych za poszczególne kryteria będzie najwyższa.

Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w niniejszej specyfikacji i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o kryteria wyboru.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 22 stycznia 2015 r.

Oferty złożyli między innymi:

1. T4B Sp. z o.o. Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15 04-036 Warszawa cena brutto

1.389.900,00; do budżetu zamawiającego 65,74%; do średniej ceny ofert 68,50%

2. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. ul. Lektykarska 29 01-687 Warszawa; cena

46,68% brutto 947.100,00; do budżetu

zamawiającego 44,80%; do średniej ceny ofert

19

Budżet zamawiającego: 2.114.286,00 -100,00%

Średnia arytmetyczna wszystkich ofert: 2 029 060,30 - 95,97%

Pismem z dnia 30 stycznia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. do przedstawienia uzasadnienia do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 tekst jedn. z późn. zm.) Wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie.

Wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w odpowiedzi z dnia 3 lutego 2015 r. przedstawił takie uzasadnienie, w którym uzasadniał, że wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 Uznk w odniesieniu do zastrzeżonego Wykazu osób zostały spełnione.

Pismami z dnia 23 stycznia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców:

1. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.

2. Odwołującego T4B Sp. z o.o.

- do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

„W związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym na zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, przetestowanie, wdrożenie, gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania, rozwój i wsparcie utrzymania pilotażowej wersji systemu elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej wywozowej eBooking TRUCK, mając na względzie, iż cena oferty jest niższa o 30 % od wartości zamówienia oraz 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, przez co wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający - Izba Celna w Przemyśle, zwraca się o udzielenie wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W przypadku nie złożenia wyjaśnień w powyższym

zakresie, na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Państwa oferta podlegać będzie odrzuceniu.”

Odwołujący oraz przystępujący takie wyjaśnienia w określonym terminie złożyli. Obaj wykonawcy zastrzegali, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia i protokołach komisji przetargowej z dnia 4 lutego podał takie uzasadnienie.

„W związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym na zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, przetestowanie, wdrożenie, gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania, rozwój i wsparcie utrzymania pilotażowej wersji systemu elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej

20

eBooking TRUCK Komisja przetargowa pismem z dnia 23.01.2015 r. wystąpiła do oferenta T4B Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stosowne wyjaśnienia T4B Sp. z o.o. złożyła pismem znak (...) w wyznaczonym terminie tj. do dnia 30.01.2015r.

Komisja przetargowa po dokonaniu analizy argumentacji zawartej w przedmiotowym dokumencie uznała, że wyjaśnienia w zakresie złożonej przez T4B Sp. z o.o. oferty cenowej, uznać należy za zasadne.

Za przyjęciem ww. wyjaśnień przemawia przede wszystkim fakt, że T4B Sp. z o.o. posiada doświadczenie w realizacji i utrzymaniu systemów informatycznych dla Służby Celnej oraz jest Wykonawcą systemów, które będą wymagały modyfikacji w ramach realizacji zamówienia, przez co posiada pełną wiedzę na temat budowy tych systemów.

W świetle powyższego, posiadana wiedza i doświadczenie, zdaniem komisji ma wpływ na wysokość oferowanej ceny. W konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę.”

„W związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym na zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, przetestowanie, wdrożenie, gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania, rozwój i wsparcie utrzymania pilotażowej wersji systemu elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej

eBooking TRUCK Komisja przetargowa pismem z dnia 23.01.2015 r. wystąpiła do oferenta Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stosowne wyjaśnienia Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. złożyła pismem znak (...) w wyznaczonym terminie tj. do dnia 30.01.2015 r.

Komisja przetargowa po dokonaniu analizy argumentacji zawartej w przedmiotowym dokumencie uznała, że wyjaśnienia w zakresie złożonej przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oferty cenowej, uznać należy za zasadne.

„Za przyjęciem ww. wyjaśnień przemawia przede wszystkim fakt, że Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. posiada doświadczenie w realizacji i utrzymaniu wielu systemów informatycznych w ramach programu e-Cło dla Ministerstwa Finansów. W kontekście realizowanego zamówienia ma to znaczenie, ponieważ doświadczenie Wykonawcy we wdrażaniu systemów w środowisku Centrum Przetwarzania Danych MF może zostać bezpośrednio wykorzystane przy realizacji systemu eBooking TRUCK. Ponadto Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w związku z realizacją ww. systemów w ramach programu e-Cło posiada już gotowe rozwiązania informatyczne, które mogą być wykorzystane w realizacji przedmiotowego zamówienia. Fakt, iż Wykonawca świadczy już usługę utrzymania

21

wytworzonych w ramach e-Cło systemów może mieć wpływ na obniżenie kosztów utrzymania systemu eBooking TRUCK.

W świetle powyższego, posiadana wiedza i doświadczenie, zdaniem komisji ma wpływ na wysokość oferowanej ceny. W konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę.”

Zamawiający w dniu 5 lutego 2015 r. powiadomił wykonawców o wynikach przetargu, w tym o wyborze oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., która otrzymała w ramach kryterium ceny 90 punktów, w ramach kryterium architektura systemu 10 punktów. Oferta odwołującego zajęła 2 miejsce - 61,33 w ramach kryterium ceny i architektura systemu 10 punktów.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta została oceniona jako druga w kolejności. Był zatem uprawniony, aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty wybranego konkurenta, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać go na poniesienie szkody.

Ad. Zarzut I. Izba zgodziła się jedynie z twierdzeniami odwołującego, że brak było podstaw do zachowania w poufności dokumentu Wykazu osób w ofercie Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Wykonawca ten wprawdzie oznaczył omawiany dokument, jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ale nie dochował dalszych warunków formalnych umożliwiających skuteczne zastrzeżenie takiej tajemnicy. Zgodnie bowiem z aktualnym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest nie później niż w terminie składania ofert zastrzec, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być udostępniane oraz wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w żaden sposób nie uzasadnił powodów, dla których uznawał, że Wykaz osób w jego ofercie może być traktowany jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec niewykazania we właściwym terminie (tj. do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 22 stycznia 2015 r.) podstaw do zachowania w poufności informacji zawartych w Wykazie osób, dokonane zastrzeżenie nie wywołało skutków prawnych. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest znać obowiązujące przepisy i do nich się stosować. Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązująca od 19 października 2014 r. dokonała rozszerzenia przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - wskazując na konieczność wykazania w terminie składania ofert podstaw do dokonania

zastrzeżenia. Niedochowanie tego wymogu powoduje, że zastrzeżona informacja podlega ujawnieniu. W interesie wykonawcy leżało zachowanie należytej staranności, aby wykazać spełnienie łącznych przesłanek statutowanych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp warunkujących poufność zastrzeżonych informacji.

Stwierdzony brak w zakresie nie wykazania, że utajniony Wykaz osób spełnia wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uzupełniony na późniejszym etapie postępowania, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający zapowiedział w SIWZ, że wezwie „Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI SIWZ lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w Rozdziale VI SIWZ zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający wezwie także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1 Ustawy Pzp.”

Uzasadnienie dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji w ofercie wykonawcy nie należy do kategorii dokumentów, które mogłyby podlegać uzupełnieniu w wyżej opisanym trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie z dnia 30 stycznia 2015 r. wykonawcy Pentacomp i przedstawione uzasadnienia z dnia 3 lutego 2015r. utajnienia Wykazu osób było bezprzedmiotowe.

Z powyższych względów zbędna była ocena, czy dane zawarte w Wykazie osób wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. mogły stanowić przedmiot ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w oparciu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 tekst jedn. z późn. zm.) w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Sam brak uzasadnienia przy złożeniu oferty dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w Wykazie osób wykonawcy Pentacomp przesądził o tym, że dokument ten winien podlegać udostępnieniu dla zainteresowanych uczestników przetargu.

Izba nie znalazła natomiast podstaw do uwzględnienia dalszych zarzutów odwołania.

Ad. Zarzut II. Nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Pentacomp w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia zgodnie z Sekcją III.2.3) pkt 1) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału V pkt 5 SIWZ ppkt 1.1.2 nie znalazł potwierdzenia.

Wykonawca Pentacomp celem spełnienia ww. opisanego warunku wiedzy i doświadczenia wykazał się wykonaniem dwóch usług dla Ministerstwa Finansów, tj.:

- 1) usługą dotyczącą Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (EMCS PL) oraz
- 2) usługą dotyczącą Systemu Kontroli Tranzytu NCTS 2.

W ocenie Izby wykonawca Pentacomp wykazał w treści załącznika nr 4 Wykazie usług referencyjnych, że wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego o wartości minimum 1 000 000 PLN brutto, spełniającego co najmniej nw. warunki:

1. opartego na relacyjnej bazie danych o możliwym rocznym przyroście nie mniejszym niż 10 GB.
2. z rozproszoną geograficznie strukturą organizacyjną klienta (minimum 5 lokalizacji),
3. z scentralizowaną architekturą,
4. z komunikacją opartą o wymianę komunikatów XML.

Wbrew stanowisku odwołującego, za taką minimum jedną usługę mogła przynajmniej zostać uznana dotycząca systemu NCTS 2.

Odwołujący nie udowodnił, że do upływu terminu składania ofert (22 stycznia 2015 r.) system ten nie został wdrożony, a jego wdrożenie dopiero będzie miało miejsce. W zamówieniach na systemy informatyczne odróżnia się etapy wdrożenia systemu od jego produkcyjnego uruchomienia. Wykonawca dostarczający system informatyczny jest zobowiązany wdrożyć go w terminie umownym. Produkcyjne udostępnienie systemu dla jego użytkowników może zależeć natomiast od woli podmiotu zamawiającego dany system. Oficjalny komunikat Ministerstwa Finansów zamieszczony na stronie internetowej: "pilotowe uruchomienie systemu - system będzie działał równolegle z dotychczasowym systemem NCTS (NCTS 2 - tranzyty międzynarodowe, NCTS - tranzyty krajowe) - od 20 kwietnia do 31 maja 2015 r.; usługa udostępniona produkcyjnie - 1 czerwca 2015r." - traktuje zatem o uruchomieniu produkcyjnym Systemu Kontroli Tranzytu NCTS 2. Zamawiający - Ministerstwo Finansów Izba Celna w Łodzi wystawiło przystępującemu w dniu 1.12.2014 r. protokół odbioru końcowego prac zgodnie z zakresem oznaczonym w umowie. Dowód z zapytania do Izby Celnej w Łodzi, która była zamawiającym w zakresie systemu informatycznego kontroli tranzytu NCTS 2, dotyczącego terminu i zakresu wykonania tej usługi przez Pentacomp i udzielonej odpowiedzi z dnia tj. pisma z dnia 18 lutego 2015 r., w której Zastępca Dyrektora

Izby Celnej w Łodzi podał, że firma Pentacomp z siedzibą w Warszawie wykonała terminowo i należycie pierwszy etap zamówienia, którego przedmiotem było zaprojektowanie, zbudowanie, dostawa, instalacja, konfiguracja, uruchomienie, testowanie i wdrożenie systemu NCTS 2 zaprzecza tezom odwołującego, że system NCTS 2 nie został przez Pentacomp wdrożony. Protokół odbioru końcowego przedmiotowego systemu oraz wyjaśnienie Izby Celnej w Łodzi pozostają spójne i stanowią wiarygodne dowody wykazania przez wykonawcę Pentacomp spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba za wiarygodne uznała również wyjaśnienia przystępującego, że zamawiający nie uruchomił produkcyjnie omawianego systemu z uwagi na to, że nie są gotowe jeszcze inne rozwiązania w ramach projektu eCŁo, które zamawiający zamówił odrębnie od innych dostawców. W tym, np. system przyjmowania informacji od przedsiębiorców ECIP, system PDR - słownik, który gromadzi dane o przedsiębiorcach. Systemy te powinny się ze sobą komunikować dla ich pełnego wykorzystania, ale nie są one gotowe po stronie zamawiającego, stąd opóźnienia w uruchomieniu produkcyjnym systemu NCTS 2.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, odwołujący nie udowodnił, że zamawiający zobowiązany był uznać, iż wykonawca Pentacomp nie wykazał spełnienia postawionego warunku wiedzy i doświadczenia, i nie udowodnił, że system NCTS 2 nie został wdrożony, a w konsekwencji nie wykazał, że zamawiający winien był wykluczyć przystępującego z

postępowania z tej przyczyny.

Ad. Zarzut III. Bezprawnego zaniechania odtajnienia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez wykonawcę Pentacomp nie znalazł potwierdzenia.

Iżba miał na uwadze, że odwołujący również zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia w odniesieniu do elementów własnej oferty mających wpływ na wysokość ceny, co odbierało legitymację do domagania się ujawnienia informacji o tym samych charakterze w ofertach konkurentów. Znamienne było, że odwołujący tak samo powoływał się na swoje doświadczenie przy realizacji projektów informatycznych dla działalności podmiotów publicznych.

Zarzuty odwołującego koncentrowały się wokół tego, że wykonawca Pentacomp powoływał się na swoje doświadczenie i gotowe rozwiązania zastosowane w realizacji projektów informatycznych dla Ministerstwa Finansów. Bezsprzecznie Ministerstwo Finansów jest podmiotem, do którego zastosowanie mają przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej, co oznacza, iż zobowiązane jest do udzielania informacji o prowadzonej działalności, w tym do ujawniania cen zakupionych systemów informatycznych.

25

Nie przesądza to tym samym o konieczności udostępnienia sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa o realizację danego zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane i podał stosowne uzasadnienie. Art. 8 ust. 3 Pzp implementuje w tym zakresie dyrektywy UE z zakresu zamówień publicznych. Powinien być zatem interpretowany zgodnie z dyrektywami, a jeżeli one poddane zostały interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - to zgodnie z tą interpretacją (por. w tej mierze m.in. Sąd Najwyższy w uchwale z 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 41 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2008 r., III CZP 25/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 127). W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na zaufaniu między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami. Ci ostatni powinni mieć możliwość przedkładania zamawiającym wszelkich danych użytecznych w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść wykonawcom szkody (wyrok TS z 14 lutego 2008 r. C - 450/06, pkt 36). W reżimie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustalenia treści pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” dokonuje się zatem na gruncie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z art. 11 ust. 4 tej ustawy wynika, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą wystąpić łącznie następujące przesłanki:

- określony charakter informacji - informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,
- niejawnosc informacji - brak jej wcześniejszego ujawnienia do wiadomości publicznej, oraz podjęcie w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania poufności, a za takie uważa się w doktrynie w szczególności zastrzeżenie ich poufności zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp.

Według stanowiska Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów definicję tajemnicy przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko i z dużą ostrożnością, a ponadto należy stosować do niej wykładnię rozszerzającą. Z przepisu art. 11 ust. 4 Uznk wynika także, że każda informacja, która ma jakąkolwiek wartość gospodarczą może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile spełnione są dwie pozostałe przesłanki przewidziane w tym przepisie. W piśmiennictwie przeważa pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Co istotne, zgodnie z orzecznictwem sądowym, informacja wchodzi w zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona

26

tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta była zamawiającemu znana. Sama tajemnica nie traci swego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony

krąg osób.

Informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach kalkulacji ceny oferty wykonawcy Pentacomp zdaniem Izby spełniały wszystkie przesłanki wymagane dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. Przede wszystkim, informacje zawarte w ww. dokumentach miały charakter organizacyjny, handlowy przedsiębiorstwa oraz posiadały (i nadal posiadają) wartość gospodarczą. Zgodnie z wyrokiem Krajowej izby Odwoławczej z dnia 5 października 2012 r. o sygn. akt: KIO 1955/12; KIO 1956/12, KIO 1961/12 „wszelkie dane odnoszące się do kontaktów handlowych, jak również powiązań biznesowych podmiotu mogą zostać uznane jako inne informacje posiadające wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK.” Z kolei w orzecznictwie sądów antymonopolowych przesądzono, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dane obrazujące źródła zaopatrzenia i zbytu (por. postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r. XVII Amz 2/96, LEX 56437, postanowienie Sądu Antymonopolowego z 30 października 1996 r. XVII Amz 3/96, LEX 56452).

Wobec spełnienia wymogów ustawowych warunkujących możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Pentacomp, zamawiający nie był zobowiązany do ich odtajnienia, zatem nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów prawa.

Ad. Zarzut IV. Nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Pentacomp w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oraz z powodu niezgodności tej oferty z treścią SIWZ - nie znalazł potwierdzenia.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią: art. 90 ust. 1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,
 - 2) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
- 27

3) oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec odnotowanej różnicy cenowej między cenami omawianych ofert a szacunkową wartością zamówienia i średnią ceną złożonych ofert - zamawiający dopełnił obowiązków nałożonych art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i pismem z dnia 23 stycznia 2015 r. wezwał wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W ocenie Izby, utajnione wyjaśnienia wykonawcy Pentacomp z dnia 29 stycznia 2015 r. mają charakter konkretny, sprawdzalny i poparty okolicznościami, które są znane zamawiającemu działającemu w tym postępowaniu z upoważnienia Ministra Finansów - podmiotu na rzecz którego wykonawca Pentacomp świadczył wcześniejsze usługi. Przy czym wyjaśnienia te nie odbiegają zakresem od wyjaśnień złożonych przez odwołującego.

Z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy Pentacomp jawna notatka komisji przetargowej z dnia 4 lutego 2015 r. odnosiła do nich w sposób ogólny. Ocena zamawiającego w konfrontacji ze szczegółową treścią wyjaśnień nie

budzi zastrzeżeń Izby.

Zdaniem Izby zamawiający zasadnie przyjął, że:

1. doświadczenie, jakim wykazali się zarówno przystępujący jak i odwołujący w tworzeniu systemów informatycznych i ich wdrożeniu i utrzymaniu przekłada się na oszczędności kosztowe przynajmniej w zakresie związanym z tworzeniem systemu, głównie części programistycznej,
2. część wyceny sprzętowej dla odwołującego jak i przystępującego była zbliżona, mimo że i w tym zakresie mogą zostać przyjęte różne rozwiązania projektowe, głównie zatem liczyło się doświadczenie przy projektowaniu, tworzeniu i utrzymaniu systemu,

28

3. obaj wykonawcy mogli powoływać się na to, że będą wykorzystywać pewne rozwiązania „moduły” tych systemów, które wcześniej dla służb celnych opracowywali.

Ponadto, uprawniona było ocena zamawiającego, że przystępujący Pentacomp ma większe doświadczenie w zakresie systemów działających w warstwie centralnej gdyż wykonał systemy informatyczne dla służb celnych o zbliżonym charakterze jak system e-Booking TRUCK, natomiast odwołujący ma większe doświadczenie w zakresie systemów lokalnych, np. sterowania ruchem na przejściach granicznych. Obydwaj wykonawcy, jako realizujących systemy informatyczne dedykowane dla służb celnych mają rozeznanie w ich funkcjonowaniu, co ułatwia prace i pomniejsza koszty zapoznawania się z istniejącą infrastrukturą tych systemów.

Zamawiającemu z jego własnej działalności było wiadome, jakie projekty wcześniej w ramach eCło wykonywał Pentacomp, gdyż na bieżąco z tych systemów korzysta. Czyniło to wiarygodnym stanowisko zamawiającego, co do oceny kosztów prac i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez przystępującego za zaoferowaną cenę.

Znajomość środowiska Centrum Przetwarzania Danych MF w związku z realizacją systemów informatycznych w ramach programu e-Cło oraz posiadanie przez wykonawcę Pentacomp gotowych rozwiązań informatycznych, które mogą być wykorzystane w realizacji zamówienia, w opinii Izby może wpływać na mniejsze koszty kalkulowane przy obliczaniu ceny oferty. Mimo, że doświadczenie zdobyte w ramach realizacji systemów e-Cło nie odpowiada *stricto* rzeczowo temu, co stanowiło będzie przedmiot realizowanego przedmiotu zamówienia, to zastosowane rozwiązania techniczne mogą być zbieżne. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że skoro przedmiotem zamówienia jest system elektronicznej rezerwacji obsługi granicznej wywozowej, to tym samym jest to projekt bardziej transportowy/logistyczny niż związany z polityką fiskalną, na co odwołujący kładł nacisk. Chodzi bowiem o wcześniejszą rezerwację i dokumentację obsługi granicznej wywozowej, a więc podobnej do zgłoszeń celnych.

Zdaniem Izby dostawa systemu sterowania ruchem pojazdów na terenie oznaczonego drogowego przejścia granicznego nie daje odwołującemu znacznej przewagi konkurencyjnej, jako twórcy systemów np. SKR oraz SOC-T, gdyż jest to odmienny przedmiot zamówienia, mimo, że wymagający integracji w ramach realizacji niniejszego zamówienia.

Uznanie wyjaśnień Pentacomp za zasadne z uwagi na świadczenie usług wsparcia i utrzymania systemów w ramach e-Cło mogło zostać przyjęte przez zamawiającego, gdyż świadczenie innych równoległych usług może rzeczywiście wpłynąć na obniżenie kosztów utrzymania systemu eBooking TRUCK. W pełni wiarygodne były zatem wyjaśnienia

29

przystępującego, że wiedza i doświadczenie jakie nabył przy realizacji zbliżonych systemów informatycznych, gotowe rozwiązania techniczne w tym zakresie przekładają się na oszczędność kosztów przy realizacji usługi.

Wyjaśnienia przystępującego Pentacomp zawierają szczegółowe wyliczenie ceny oferty z wykazaniem zysku, potwierdzają zatem, że cena tej oferty bilansuje się z kosztami. Tym samym cena skalkulowana przez Pentacomp pozwala na skuteczną realizację zamówienia zaprojektowania, wytworzenia systemu eBooking TRUCK oraz utrzymania go na wymaganym poziomie dostępności, nie będąc jednocześnie ceną rażąco niską.

Odwołujący w przeciwieństwie do przystępującego, w swoich wyjaśnieniach nie ujawnił w kalkulacji kosztów kwoty zysku. Wykonawca może założyć dowolną marżę zysku,

zatem różnica cenowa między ofertą przystępującego a ofertą odwołującego może wynikać nie tyle z ponoszonych kosztów, co z marży zysku.

Powołany przez odwołującego sposób rozliczeń podany w SIWZ za etapy zamówienia, nie stanowi dowodu przeciwnego i nie uprawdopodobnia złożenia przez wykonawcę Pentacomp oferty z rażąco niską ceną. Wykonawca tego zamówienia ma zaprojektować system, dostarczyć go i wdrożyć i utrzymywać przez oznaczony w umowie czas. Od rozwiązań projektowych zastosowanych przez wykonawcę będzie zależało przynajmniej w pewnym stopniu, użycie infrastruktury sprzętowej i programowej oraz ich skonfigurowanie. Wymagania techniczne zamawiającego także w odniesieniu do koniecznej integracji Systemu e-Booking TRUCK z innymi systemami informatycznymi należy odczytywać w sposób funkcjonalny. Zrealizowany system informatyczny musi zapewniać wykonywanie zapotrzebowanych funkcji i współdziałać z dotychczas istniejącą infrastrukturą zamawiającego, przy zachowaniu neutralności i otwartości technologicznej zgodnie z art. 3 pkt 19 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 1114). Z tych względów bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, zamawiający nie byłby uprawniony, aby wymagać użycia oznaczonego co do tożsamości sprzętu, czy innych komponentów zamawianego systemu.

Zamawiający, oprócz funkcji Kierownika projektu, dopuścił kumulowanie w zespole wykonawcy dwóch funkcji przez jedną osobę, co przystępujący w przedstawianych założeniach kosztowych uwzględnił. Skoro przystępujący Pentacomp zaangażowany jest w inne prace dla administracji celnej, ma możliwość optymalizowania kosztów w tym zakresie. Stanowi to zatem obiektywne czynniki dostępne danemu wykonawcy w sposób zindywidualizowany. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wykazał czasochłonność (osobodni) niezbędną dla opracowania i wdrożenia elementów systemu i w związku z tym

30

wykazał jakie poniesie koszty wynagrodzeń, jednocześnie zapewniając sobie możliwość korzystania z usług podwykonawców.

Zamawiający zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy realizującemu przedmiotowe zamówienie zakresu koniecznej dokumentacji, a miejsca jej udostępnienia nie zostały w SIWZ oznaczone. Zarzuty odwołującego - co do znaczących kosztów zapoznania się z dokumentacją współpracujących systemów oparte były o jego własne założenia.

Koszty szkoleń, które według odwołującego oscylują w granicach 8.000 zł nie są znaczące.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, przystępujący Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., jako uczestnik postępowania wykazał zdaniem Izby, iż za zaoferowaną cenę oferty - brutto 947.100,00 - jest możliwe należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Twierdzenia, że oferta złożona przez wykonawcę Pentacomp nie zawiera wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia i wskazuje na nieobjęcie nią wszystkich elementów kalkulacyjnych wymaganych w SIWZ, co stanowi podstawę do odrzucenia tej oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z istotnymi postanowieniami SIWZ - w żaden sposób nie zostały przez odwołującego dowiedzione. Ciężar dowodu w powyższym zakresie obciążał odwołującego.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności zarzutów czynionych zamawiającemu naruszenia:

1. art. 22 ust. 1 Pzp, - art. 26 ust. 3 w zw. z 24 ust. 2 pkt 4 poprzez nieprawidłową ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania, ewentualnie zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, gdyż przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty przedłożonych przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., gdyż przesłanki zachowania tego dokumentu w poufności zostały wykazane;
3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę oraz sprzecznej z SIWZ, gdyż

nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Pentacomp ze wskazywanej przyczyny.

31

Postępowanie dowodowe potwierdziło natomiast zasadność zarzutów czynionych zamawiającemu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu Wykazu osób z oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 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) oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego stosownie do § 5 ust. 2 pkt 1 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

32

33