Sygn. akt: KIO 1242/15

WYROK
z dnia 25 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fima Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UAB „FIMA" w Wilnie** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawską Kolej Dojazdową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim**
przy udziale wykonawców:

A. **WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach,**
B. **Comp Spółka Akcyjna w Warszawie,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fima Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UAB „FIMA" w Wilnie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fima Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UAB „FIMA" w Wilnie** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fima Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UAB „FIMA" w Wilnie** na rzecz **Warszawskiej Kolei Dojazdowej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim** kwotę **3 600 zł 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 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 1242/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Warszawska Kolej Dojazdowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie Systemu Informacji Pasażerskiej i Monitoringu na stacjach i przystankach osobowych WKD w oparciu o technologię światłowodową.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 12 czerwca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Fima Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UAB „FIMA" w Wilnie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego, tj.
a. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy COMP S.A. z siedzibą w Warszawie;

b. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach;
c. zaniechania odtajnienia wyjaśnień COMP z dnia 18 maja 2015 r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
d. zaniechania odtajnienia wyjaśnień WASKO z dnia 15 maja 2015 r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
e. wyboru jako najkorzystniejszej oferty COMP, która powinna zostać odrzucona;
f. zaniechania wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej;

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie przepisów:

a. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COMP, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona;
b. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COMP, pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona;
c. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COMP, która zawiera błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty;

d. art. 7 ust. w zw.z art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty COMP, której treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zawiera rażąco niską cenę oraz błąd w obliczeniu ceny;
e. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie przez poprawienie w ofercie COMP omyłki, podczas gdy omyłka ta nie podlega poprawie;
f. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie między zamawiającym a COMP negocjacji oferty, w wyniku których zamawiający dokonał zmian w treści oferty COMP;
g. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy COMP dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że utajnione wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
h. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona;
i. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona;
j. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty WASKO, której treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę;
k. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy WASKO dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo, że utajnione wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
a. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;
b. odtajnienie wyjaśnień wykonawcy COMP z dnia 18 maja 2015 r.;
c. odtajnienie wyjaśnień wykonawcy WĄSKO z dnia 15 maja 2015 r.;
d. odrzucenie oferty COMP;

e. odrzucenie oferty WASKO;
f. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
g. dokonanie wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej.

Odwołujący oświadczyli, iż posiadają interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożyli w postępowaniu ofertę, która nie podlegała odrzuceniu i która została zakwalifikowana na trzecim miejscu spośród złożonych i nieodrzuconych ofert według przyjętego przez zamawiającego kryterium. Wartość oferty odwołujących nie przewyższała także kwoty, jaką zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący wnieśli o

odrzucenie ofert dwóch wykonawców, których oferty zostały zakwalifikowane w rankingu ofert przed ofertą odwołujących, tj. na miejscu pierwszym oraz drugim, co oznacza, że uwzględnienie odwołania umożliwi wybór oferty odwołujących jak najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia ofert COMP i WASKO odwołujący podnieśli, że w dniu 8 czerwca 2015 r. uzyskali od zamawiającego wgląd do akt postępowania, w tym do korespondencji zawierającej wezwania wystosowanie przez zamawiającego do wykonawców o wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów. Zamawiający odmówił jednak odwołującym wglądu w wyjaśnienia wykonawców COMP i WĄSKO dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, uniemożliwiając tym samym weryfikację przez odwołujących ofert ww. wykonawców w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oraz spełniania przez zaoferowane rozwiązania wymogów SIWZ. Odwołujący wskazali, że posiadają uzasadnione wątpliwości czy rozwiązania zaoferowane przez wykonawców spełniają wymogi SIWZ a ujawnienie wyjaśnień wykonawców COMP oraz WASKO pozwoliłoby na wskazanie przez odwołujących konkretnych dowodów.

Odwołujący wnieśli w szczególności o nakazanie ujawnienia tych elementów wyjaśnień COMP i WASKO, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. O ile bowiem faktycznie informacje dotyczące cen zakupu konkretnych produktów i wysokości upustów uzyskanych przez tych wykonawców mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, o tyle same nazwy oferowanych produktów z pewnością za taką tajemnicę nie mogą być uznane. Wynika to po pierwsze z faktu, iż szczegółowość wymagań zamawiającego wskazuje, że zaoferowane mogą być bardzo konkretne produkty dostępne powszechnie na rynku i wybór jednego z nich nie stanowi żadnego unikalnego know - how wykonawcy, a po drugie z faktu, iż zamawiane urządzenia (w szczególności wyświetlacze) będą publicznie dostępne na peronach stacji i przystankach osobowych, więc jest oczywiste, że każdy wykonawca składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi równocześnie zaakceptować fakt, iż

informacja o tym, jakie urządzenia zaoferował, nie może mieć waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu rażąco niska cena oferty COMP odwołujący wskazali, że oferta COMP zawiera rażąco niską cenę i wykonawca ten nie jest w stanie wykonać za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z opisanymi przez zamawiającego wymogami. Oferta ta stanowi zaledwie 65% budżetu zamawiającego, który wynosił 10.785.384,47 zł brutto. Co więcej, z obliczeń odwołujących wynika, że w cenie zaoferowanej przez COMP nie jest możliwe dostarczenie wszystkich elementów i wykonanie wszystkich usług, które zgodnie z SIWZ składają się na przedmiot zamówienia. Powyższe potwierdzają wyszczególnione w formularzu cenowym („Załącznik nr 1A do SIWZ") w ofercie COMP przykładowe pozycje:
- jednostkowa cena dostawy i montażu kamer to zaledwie 100 zł netto, podczas gdy w innych ofertach ceny ww. pozycji wahają się od 1.700 zł do 5.000 zł (w ofercie odwołujących, która jest również poniżej budżetu zamawiającego cena ta wynosi 1.763,63 zł netto);
- ręczne stawianie słupów stalowych o masie do 250 kg w gruncie kat. I-III - słup wsporczy WKD- SW zaoferowane zostało przez COMP za cenę 1050 zł netto, natomiast w innych ofertach oraz na rynku ceny wahają się od 3.000 zł do 15.400 zł (w ofercie odwołujących cena ta wynosi 3.027,60 netto).

Odwołujący podnieśli, że zamawiający biorąc pod uwagę zarówno cenę oferty jako całości jak i poszczególne pozycje wymienione w formularzu cenowym powinien stwierdzić, ze zachodzą przesłanki uznania ceny oferty za rażąco niską. Zaoferowana przez COMP jednostkowa cena dostawy i montażu kamer tj. 100 zł w porównaniu do średniej ceny ze wszystkich ofert (3.973,97 zł) jest prawie 40 razy niższa. Także biorąc pod uwagę medianę ww. pozycji wynoszącą 1.935,80 zł widać ogromną różnicę (cena zaoferowanej przez COMP dostawy i montażu jest aż 19 razy niższa od mediany). Odwołujący, biorąc pod uwagę powyższe oraz znajomość rynku wskazali, że nie jest możliwa realizacja ww. pozycji za cenę 100 zł.

Odwołujący stwierdzili, że - analizując sporządzoną przez COMP wycenę ręcznego stawiania słupów stalowych o masie do 250 kg w gruncie kat. I-III - słup wsporczy WKD -SW - nie jest możliwe wykonanie wyżej wskazanej pozycji za cenę zaoferowaną przez COMP.

Odwołujący wskazali, że pomimo, że zaoferowana cena ma charakter ryczałtowy, to zamawiający winien jest zbadać także poszczególne pozycje oferty w celu oceny, czy cena

oferty jest rażąco niska. W tym zakresie powołali się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1271/14.

Z ostrożności odwołujący podnieśli także, że zaoferowanie określonych produktów lub prac po cenach niższych, niż koszty nabycia tych produktów lub wykonania prac, stanowi - nawet w wypadku, gdy dotyczy to niektórych produktów, a nie całego przedmiotu zamówienia - czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc oferta COMP powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu niezgodność treści oferty COMP z treścią SIWZ odwołujący podnieśli, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 35 z dnia 20 listopada 2014 r. stwierdził, że w pozycji D-2 Załącznika nr la do SIWZ wykonawcy powinni wycenić koszty zaprojektowania oraz wykonania systemu kontroli dostępu do pomieszczeń serwerowni. Brak wyceny ww. elementów powoduje niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na pytanie nr 35 z dnia 20 listopada 2014 r. „Pomieszczenie serwerowni powinno być zabezpieczone przed dostępem osób nieupoważnionych. Prosimy Zamawiającego o sprecyzowanie, jakiego rodzaju zabezpieczenia ma zainstalować Wykonawca oraz czy Zamawiający wymaga zainstalowania systemu kontroli dostępu do pomieszczeń serwerowni?: Zamawiający udzielił odpowiedzi: W Rozdziale IV, Część E (str. 11) OPZ oraz w Rozdziale V, Część D (str. 24) OPZ zawarty jest opis funkcjonalny serwerowni dla Podsystemów SIPiM. Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek zaprojektowania i dostarczenia elementów wskazanych w Rozdziale IV, Część E, ust 4-5 (str. 11) OPZ. Koszty tych elementów należy wyspecyfikować w Załączniku nr 1A do SIWZ (Formularz cenowy), w poz. D-2 (pozostałe). Rodzaj zastosowanych zabezpieczeń zaproponuje Wykonawca. Zamawiający zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV, Część E, ust. 4 wymaga wyposażenia serwerowni w system kontroli dostępu, o którym mowa w odpowiedzi na Pytanie nr 12. Zamawiający w dniu 15 maja 2015 r. wezwał COMP do wyjaśnień czy wykonawca uwzględnił w Formularzu cenowym koszty elementów serwerowni wskazane w Rozdziale IV, Część E, ust. 4-5 OPZ oraz w której pozycji Formularza cenowego zostały one zawarte.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w przytoczonej powyżej odpowiedzi na pytanie nr 35 wyraźnie wskazał w którym miejscu należy wycenić koszty wyposażenia serwerowni w system kontroli dostępu, zatem brak wypełnienia przez wykonawcę ww. pozycji oznacza niezgodność oferty z treścią SIWZ. Odwołujący nie widzą uzasadnienia dla stanowiska zamawiającego, w którym w oderwaniu od wcześniejszych zastrzeżeń, zamawiający daje wykonawcy dowolność w wypełnieniu formularza cenowego w powyższym zakresie i nie odrzuca oferty ewidentnie niezgodnej z przytoczonym powyżej wymaganiem. W odpowiedzi z dnia 19 maja 2015 r. na wezwanie do wyjaśnień COMP stwierdził, że ww. koszty

zakwalifikował jako ogólne koszty wdrożenia i uruchomienia Podsystemu WKD-S1P. Treść oferty COMP nie odpowiadała zatem treści SIWZ, co potwierdził sam wykonawca w wyjaśnieniach, w których wskazał inny niż narzucony przez zamawiającego sposób wypełnienia formularza cenowego i to nie ze względów formalnych, lecz merytorycznych - Zamawiający wyraźnie żądał bowiem wyodrębnienia kosztów wyposażenia serwerowni w system kontroli dostępu. Co istotne, brak wskazania tej pozycji w formularzu oznacza nie tylko brak jego wyceny, ale także brak informacji o tym, że w ofercie COMP w ogóle zostały uwzględnione urządzenia i prace w ramach wyposażenia serwerowni w system kontroli dostępu. Późniejsze wyjaśnienia COMP o zakwalifikowaniu tej pozycji w ramach ogólnych kosztów wdrożenia nie są wiarygodne, a przede wszystkim nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oferty o wymaganą przez zamawiającego pozycję, która pierwotnie nie została w ofercie uwzględniona.

Odwołujący podnieśli, że niezgodność oferty COMP z SIWZ przejawia się również w tym, że COMP w ofercie w „Załączniku nr 1 do SIWZ" w pozycji 7 wykreślił podpunkt c, co stanowi oświadczenie, ze wykonawca ten nie będzie powoływać się na zasoby podwykonawców na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, a

następnie, w sprzeczności w treścią wyżej przywołanego oświadczenia, COMP posłużył się zasobami innych podmiotów w trybie art. 26 ust 2b w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem, wykazane przez COMP doświadczenie, referencje oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia nie powinny być brane przez zamawiającego pod uwagę podczas oceny oferty COMP, co skutkuje tym, że oferta COMP nie spełnia wymagań SIWZ. Skoro COMP nie zamierza korzystać z tych podmiotów jako podwykonawców, to nie jest w szczególności możliwe posłużenie się przez tego wykonawcę ich wiedzą i doświadczeniem.

W zakresie zarzutu niedopuszczalnego prowadzenia negocjacji z COMP, i niedopuszczalnego dokonania przez Zamawiającego zmian w treści oferty COMP oraz błędu w obliczeniu ceny odwołujący podnieśli, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 15 grudnia 2014 r. wskazał, które pozycje dotyczące stacji, na których nastąpi integracja z już istniejącymi kamerami video monitoringu wykonawca zobowiązany jest uzupełnić poprzez wpisanie wartości „0": „Pozycje związane z integracją istniejących kamer video monitoringu na wskazanych przez wykonawcę obiektach: Komorów, Podkowa Leśna Główna, Grodzisk Mazowiecki Piaskowa oraz Milanówek Grudów, wymienione w Załączniku nr 1a do SIWZ (Formularz cenowy) w stosunku do załącznika nr 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (Wymagania Techniczne) stanowią omyłkę pisarską i w tym przypadku Wykonawca nie jest zobowiązany do ich uwzględnienia wpisując w kolumnie C wartość „0"

(zero). Pozycje te są następujące: nr 408,409, i 410 dla stacji „Komorów"; nr 565, 566, i 567 dla stacji „Podkowa Leśna Główna"; nr 655, 656 i 657 dla przystanku osobowego „Milanówek Grudów" oraz nr 770, 771 i 772 dla przystanku osobowego „Grodzisk Mazowiecki Piaskowa."

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, wskazując, które konkretnie pozycje mają być wypełnione w powyższy sposób, nie pozostawił wykonawcy w tej kwestii dowolności. Zatem wypełnienie w inny sposób wymienionych pozycji oznacza niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 201S r. wezwał COMP do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie formularza cenowego złożonego na stronach 5-48 oferty z uwagi na uzupełnienie przez COMP pozycji w sposób sprzeczny z wytycznymi zamawiającego. Zamawiający wezwał COMP do wyjaśnień w jaki sposób i w jakim trybie wykonawca zamierza wykorzystać uzupełnione pozycje formularza cenowego przy realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca w piśmie z dnia 24 lutego 2015 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego stwierdził, że omyłkowo uzupełnił pozycje, których wartość powinna wynosić „0" a następnie omyłkowo zsumował wszystkie wartości i podał wyższą wartość ryczałtową oferty. COMP wskazał na konieczność poprawienia przez zamawiającego omyłki w określony przez siebie sposób.

Odwołujący stwierdzili, że inny wykonawca - SPRINT S.A. w Bydgoszczy - również wadliwie wypełniając te same pozycje, po wezwaniu przez zamawiającego do wyjaśnień w piśmie z dnia 24 lutego 2015 r. wskazał, że omyłkowo wypełnił ww. pozycje, jednocześnie oświadczając, że omyłka te nie ma wpływu na cenę ryczałtową oferty.

W ocenie odwołującego zamawiający poprawiając oferty zgodnie z instrukcjami wykonawców naruszył art. 87 ust. 1 ustawy, który za niedopuszczalne uznaje prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zamawiający w ofercie COMP dokonał poprawy omyłki poprzez zmianę ceny oferty, natomiast w ofercie SPRINT S.A. nie dokonał takiej zmiany. Odwołujący wskazali, że zamawiający nie był zobligowany do dokonania poprawy omyłki a oferta COMP jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ jej zakres jest inny, niż ten, który określił zamawiający. Z wpisania do formularza cenowego pozycji, które powinny być wypełnione jako „0" może wynikać, że COMP nie zamierzał dokonać integracji z już istniejącymi kamerami video monitoringu, lecz zamierzał wykonać prace, które wycenił, co jednoznacznie przesądza o tym, że jego oferta była niezgodna z SIWZ także dlatego, że obejmuje inny zakres prac, niż wymagany przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego zamawiający nie mógł także dokonać poprawy ceny oferty, ponieważ obliczenie ceny ryczałtowej na podstawie niewłaściwie przyjętej podstawy

wypełnia przesłanki błędu w obliczeniu ceny, skutkującego odrzuceniem oferty. Odwołujący powołali się na wyrok KIO z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 990/13 oraz wyrok KIO z dnia 21 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2182/10.

W zakresie zarzutu rażąco niska cena oferty WASKO odwołujący stwierdzili, że oferta WASKO zawiera rażąco niską cenę, na co wskazują między innymi ceny wyświetlaczy zaoferowanych przez WASKO. Odwołujący wskazali, że:

• cena wyświetlaczy zaoferowanych przez wykonawcę COMP jest o 206% wyższa od ceny wyświetlaczy zaoferowanych przez WASKO (oferta znajdująca się na pierwszym miejscu w rankingu);

• cena wyświetlaczy zaoferowanych przez odwołujących jest o 310% wyższa od ceny wyświetlaczy zaoferowanych przez WASKO (oferta znajdująca się na 3 miejscu w rankingu);

• cena wyświetlaczy zaoferowanych przez Konsorcjum ATEM - Polska Sp. z o.o., Trapeze Finland Oy i Przedsiębiorstwo Wdrożeniowo - Handlowe „BRABORK - Laboratorium" Sp. z o.o. jest o 198% wyższa od ceny wyświetlaczy zaoferowanych przez WASKO (oferta znajdująca się na 4. miejscu w rankingu);

• cena wyświetlaczy zaoferowanych przez TRIAS AVI Sp. z o.o. jest o 236% wyższa od ceny zaoferowanej przez WASKO (oferta znajdująca się na 5. miejscu w rankingu).

Odwołujący wskazali, że zaniżona cena wyświetlaczy wskazuje na to, że oferta WASKO jest rażąco niska. Stwierdzili, że rażąco niską cenę należy badać także przy ofertach których cena ma charakter ryczałtowy. Odwołujący, biorąc pod uwagę własne wyliczenia oraz analizy, które wykonali w celu przygotowania własnej oferty, stwierdzili, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę zaoferowaną przez WASKO. Zamawiający dokonał precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, na podstawie którego można stwierdzić, że nie jest możliwe jego wykonanie za cenę oferty WASKO, czego potwierdzenie stanowi również fakt, że cena oferty WASKO stanowi zaledwie 67% budżetu zamawiającego.

Odwołujący podnieśli z ostrożności, że zaoferowanie określonych produktów lub prac po cenach niższych, niż koszty nabycia tych produktów lub wykonania prac, stanowi - nawet w wypadku, gdy dotyczy to niektórych produktów, a nie całego przedmiotu zamówienia - czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, a więc oferta WASKO powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp..

Odwołujący pomimo, że nie uzyskali wglądu w wyjaśnienia WASKO z dnia 15 maja 2015 r. dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazali, ze istnieje uzasadnione przypuszczenie, że zaoferowane przez WASKO wyświetlacze nie spełniają określonych przez zamawiającego wymogów. Odtajnienie wyjaśnień WASKO pozwoli odwołującym na wskazanie w jakim zakresie oferta nie spełnia wymogu oraz które pozycje zostały zaoferowane za cenę niższą niż cena wytworzenia lub świadczenia.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty WASKO z treścią SIWZ - wyświetlacze odwołujący podnieśli, że z uwagi na stosunkowo niewielki rynek wyświetlaczy o wysokiej jasności, ograniczony w zasadzie do zastosowań jako reklamy elektryczne (Digital Signage) i systemy dynamicznej informacji pasażerskiej (PIDS), wyświetlacze tego rodzaju bez obudowy kosztują więcej niż kompletna tablica zaproponowana przez WASKO. Zamawiający zamieścił w SIWZ wymóg posiadania przez wyświetlacze konkretnie zdefiniowanych, wysokich parametrów w zakresie pracy ciągłej. Typowe monitory do zastosowań Digital Signage o standardowych parametrach jasności np. NEC MultiSync® X552S przystosowane przez producenta do pracy w trybie ciągłym 24/7/365 zwykle kosztują nawet 2-3 krotnie więcej niż ich odpowiedniki przystosowane do warunków domowych, osiągając ceny powyżej 10.000 zł za sam monitor. Zamawiający wymagał dodatkowo wysokiego współczynnika szczelności obudowy i zamkniętego, wymuszonego obiegu powietrza w jej wnętrzu. Opracowanie konstrukcji obudów tablic spełniających zapisy SIWZ w tym zakresie wymaga od wykonawcy dużego doświadczenia w budowie wyświetlaczy systemu informacji pasażerskiej (SIP) oraz szeregu testów z wykorzystaniem prototypów.

Połączenie wymogów odnośnie pracy ciągłej, wysokiej jasności, współczynnika szczelności obudowy i obiegi zamkniętego, wymuszonego powietrza czyli parametrów nieosiągalnych dla typowych domowych Smart TV, generuje dodatkowe koszty. Typowy model do zabudowy LG 47WX50MF-B o jasności 2000cd/m ^{2} przystosowany do pracy ciągłej

kosztuje zwykle powyżej 4.000 $. czyli również więcej niż cała tablica zaproponowana przez WASKO.

Odwołujący wskazali, że nie jest możliwe dostarczenie za cenę podaną przez WASKO wyświetlaczy spełniających wszystkie wymagania znajdujące się w SIWZ. Odwołujący w przypadku ujawnienia wyjaśnień WASKO z dnia 15 maja 2015 r., znając już konkretny model i rozwiązanie które zostało zaoferowane, będzie w stanie wskazać których konkretnie parametrów nie posiada wyświetlacz.

Nie znając treści wyjaśnień WASKO, odwołujący mogą pośrednio wykazać, że zaoferowane przez tego wykonawcę wyświetlacze nie spełniają wymagań SIWZ. W toku postępowania zamawiający odpowiadając na kolejne pytania wykonawców i stawiając kolejne wymagania, ograniczał krąg potencjalnych produktów z tego zakresu, które spełniały wymagania SIWZ. W związku z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami nie jest w szczególności możliwe dostarczenie tanich wyświetlaczy dostępnych na rynku z uwagi nie niespełnienie przez takie wyświetlacze wymagań opisanych w Załączniku nr 2 (OPZ), w rozdziale IV pkt L ppkt 6 lit. e, f, g, i, oraz n.

Odwołujący stwierdzili, że jeżeli Izba ustali, że w wyjaśnieniach WASKO wskazano którykolwiek z powyższych produktów, to nie spełnia on wymagań SIWZ wskazanych odpowiednio powyżej, a więc oferta WASKO powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty WASKO z treścią SIWZ - podwykonawcy odwołujący podnieśli, że WASKO wskazał (poprzez brak wykreślenia) w ofercie („Załącznik nr 1 do SIWZ") w punkcie 7b, że powierzy podwykonawcom m.in. wykonanie prac projektowych i budowlanych na przystankach. Zamawiający w wyjaśnieniach wykluczył możliwość powierzenia wykonania ww. prac podwykonawcom, narzucając obowiązek osobistego wykonania tych prac przez wykonawców. (Między innymi w odpowiedzi nr 4 z dnia 12 grudnia 2014 r.: Zamawiający nie wymaga, aby Wykonawca był producentem wskazanego sprzętu. Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania wskazanych części zamówienia dotyczy prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją).

Zakres tych prac, zgodnie wieloma wyjaśnieniami zamawiającego, został wykluczony i zamawiający zastrzegł ze musi on zostać wykonany osobiście przez wykonawcę. W zakres prac budowlanych na przystankach wchodzą również prace związane z rozmieszczeniem, montażem i instalacją systemu informacji pasażerskiej. W ocenie odwołujących oznacza to, że oferta WASKO jest wprost sprzeczna z wyraźnym wymaganiem zamawiającego, wykluczającym powierzenie części prac podwykonawcom, a więc powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołujących..

W uzasadnieniu zamawiający odniósł się do treści zawartych w pkt 1.3 odwołania, a mianowicie do wskazania, iż „Zamawiający odmówił (...) odwołującemu wglądu w wyjaśnienia wykonawców COMP i WASKO dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, uniemożliwiając tym samym, weryfikację przez Odwołującego ofert ww.

wykonawców w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oraz spełniania przez zaoferowane rozwiązania- wymogów SIWZ". Biorąc pod uwagę zacytowaną powyżej treść, odwołujący wprost przyznali, iż nie mieli możliwości weryfikacji oferty COMP S.A. i WASKO SA. w aspekcie rażąco niskiej ceny oraz zgodności z siwz. Skoro zatem odwołujący nie mieli możliwości przeanalizowania ww. ofert w zakresie rażąco niskiej ceny, to pojawia się pytanie, na jakiej podstawie sformułowali w odwołaniu zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty wykonawcy WASKO S.A. oraz COMP S.A i czy rzeczywiście mamy tutaj do czynienia ze skutecznie postawionym zarzutem.

Odnosząc się do problematyki konstruowania zarzutów, zamawiający podniósł, iż zarzut powinien być „wypełniony treścią". Oznacza to, iż dla skutecznego postawienia zarzutów nie jest wystarczające samo przywołanie przepisu, który miałby potencjalnie zostać naruszony przez zamawiającego. Koniecznym i niezbędnym jest bowiem sprecyzowanie

okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Na powyższe wskazuje przepis art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż odwołanie powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Potwierdza to także brzmienie przepisu § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2010r. Nr 48, poz. 280) odwołujące się w pkt. 6 do przedstawienia zarzutów oraz w pkt. 8 do wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ocenie zamawiającego co najmniej wątpliwą jest możliwość skutecznego postawienia zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny bez odwołania się do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia te stanowią bowiem niezbędny element do oceny zaoferowanej ceny pod kątem tego, czy nie jest ona ceną rażąco niską.

Podobnie w zakresie zgodności urządzeń zaoferowanych przez wykonawcę COMP S.A. oraz WASKO S.A. z wymaganiami siwz, odwołujący wskazali, iż mają w tym zakresie „uzasadnione wątpliwości". W ocenie zamawiającego kategoria uzasadnionych wątpliwości również nie jest wystarczająca dla skutecznego postawienia zarzutu. Zgodnie ze SJP PWN wątpliwość to niepewność co do prawdziwości jakichś słów, słuszności rozstrzygnięć, postępowania itp. Tymczasem ustawodawca odnosząc się do konstrukcji odwołania, zarzutów, traktuje o okolicznościach faktycznych i prawnych, o dowodach. Okoliczność to wszystko to, co towarzyszy jakiejś sytuacji lub zdarzeniu, a zatem okoliczność to fakt, kategoria obiektywna, w którą nie wpisuje się termin wątpliwość, nawet z kwantyfikatorem uzasadniona. Zarzuty odwołania powinny mieścić się w sferze faktów, a nie domysłów, przypuszczeń i wątpliwości, czego odwołujący zdają się nie dostrzegać.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawców COMP SA i WASKO SA dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący we wniesionym odwołaniu wskazali na zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie należy podkreślić, iż zasada jawności postępowania nie ma charakteru absolutnego - ustawodawca dopuścił od niej określone wyjątki, mające na celu ochronę innych, równie ważnych, o ile nie ważniejszych, wartości. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 19 października 2014r.) - 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w przepisie art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. nazwy (firma), adresu wykonawcy a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario,* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Tym samym ustawa Pzp wprost dopuszcza ograniczenia w dostępie do informacji związanych z postępowaniem.

Zamawiający podkreślił,, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę COMP S.A. oraz przez wykonawcę WASKO S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a konsekwencji zostały skutecznie utajnione w postępowaniu. Jednoznacznie przesądza o tym treść samych wyjaśnień.

Odnosząc się do żądania odwołujących dotyczącego ujawnienia tych elementów wyjaśnień WASKO S.A. i COMP S.A., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający stwierdził, iż złożone przez ww. wykonawców wyjaśnienia wskazują na szereg okoliczności, które miały wpływ na kalkulację ceny oraz przedstawiają, w jaki konkretnie sposób pozwoliły one na kalkulację ceny ofertowej na takim, a nie innym poziomie. Wyjaśnienia te mają charakter tekstu ciągłego, stanowią integralną całość - chociażby z tego względu nie jest możliwym wyodrębnienie z nich samodzielnych, niezależnych części, bez uszczerbku dla całości. Wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać jako całość. Ich charakter jest inny niż np. wykazu osób, który zazwyczaj stanowi

tabelaryczne zestawienie określonych informacji, z których stosunkowo łatwo wydzielić

pojedyncze informacje. Złożone przez ww. wykonawców wyjaśnienia podlegają utajnieniu w całości nie tylko poprzez sposób prezentacji zawartych treści, ale przede wszystkim z uwagi na samą treść. Wyjaśnienia te obrazują bowiem sposób kalkulacji ceny ofertowej, co stanowi informację obiektywnie istotną, wpisującą się w legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu zaoferowania przez COMP S.A. oraz WASKO S.A. rażąco niskiej ceny zamawiający stwierdził, że wezwał wykonawcę COMP S.A. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na kalkulację ceny zostały skutecznie utajnione przez wykonawcę. Tym samym odwołujący nie mogli się z nimi zapoznać, a odmowa udostępnienia tych wyjaśnień jest w pełni sankcjonowana powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Nie sposób jednak sformułować zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny bez odwołania się do wyjaśnień przedłożonych przez wykonawcę albo bez zakwestionowania poziomu ceny co do zasady. Pominięcie treści tych wyjaśnień sprawia, iż zarzut w tym i zakresie należy uznać za ogólny, wręcz blankietowy. Ustawodawca wprost wymaga, aby dla każdego formułowanego zarzutu przedstawić okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody potwierdzające twierdzenia odwołującego. Obowiązek ten spoczywa na wykonawcy, który składa odwołanie, a nie na KIO. W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, iż Odwołujący w pełni uargumentował swoje stanowisko w zakresie rażąco niskiej ceny. Zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż stanowi zarzut przy takiej próbie jego konstruowania co najmniej przedwczesny.

Z ostrożności procesowej zamawiający podkreślił, iż - oceniając warstwę merytoryczną oferty - także nie znalazłoby uzasadnienia aktualnie blankietowe twierdzenia odwołujących. Wskazał, że ustawodawca nie sformułował legalnej definicji rażąco niskiej ceny. Rolę pomocniczą pełni tutaj orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych, a także wytyczne przedstawicieli doktryny oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie ze SJP PWN rażący to rzucający się w oczy. Uwzględniając zatem wykładnię językową, cena rażąco niska to cena niewiarygodnie niska, znacząco odbiegająca od cen rynkowych, sprowadzająca się do realizacji zamówienia poniżej kosztów. Innymi słowy, o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy - przy uwzględnieniu reguł rynkowych - wykonanie zamówienia za tę cenę byłoby dla wykonawcy nieopłacalne. Zamawiający - w toku badania i oceny ofert - jest każdorazowo zobowiązany do weryfikacji, czy zaoferowane przez wykonawców ceny przystają do realiów rynkowych. W razie wątpliwości w tym zakresie zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W niniejszej sprawie zamawiający uczynił zadość powyższemu, wzywając wykonawców COMP

S.A. oraz WASKO S.A. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Otrzymane wyjaśnienia zostały poddane wnikliwej analizie. W jej wyniku stwierdzono, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia ofert ww. wykonawców.

W zakresie kwestionowania przez odwołujących cen jednostkowych zamawiający nadmienił, iż wynagrodzenie w niniejszej sprawie ma charakter ryczałtowy. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Ponadto, formularz cenowy, który miał zostać załączony do oferty, ma charakter jedynie pomocniczy, poglądowy, na co zamawiający wielokrotnie wskazywał w wyjaśnieniach do siwz. Powyższe czynniki, tj. ryczałtowy charakter zamówienia i pomocniczy charakter formularza cenowego przesądzają o braku zasadności argumentacji podniesionej w tym zakresie przez odwołującego, tym bardziej, iż rzekomo zaniżone ceny jednostkowe są jedynym argumentem w odwołaniu, który miałby uzasadniać zarzut rażąco niskiej ceny.

Powyższe znajduje odpowiednie zastosowanie do zarzutu zaoferowanie rażąco niskiej ceny przez WASKO S.A.

Zamawiający wskazał, że w zakresie zarzutu złożenia przez COMP SA i WASKO SA ofert jako czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co z kolei powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący poprzestali jedynie na ogólnym, wręcz blankietowym stwierdzeniu, bez wykazania żadnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających postawione zarzuty. Tym samym nie mamy tutaj do czynienia ze skutecznym postawieniem zarzutu - twierdzenia odwołujących nie zasługują tutaj na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie niezgodności oferty COMP S.A. z treścią siwz zamawiający wskazał, iż w zakresie zabezpieczenia serwerowni zamawiający - w odpowiedzi na pytanie nr 35 - stwierdził, iż koszty elementów serwerowni wymienione w Rozdziale IV, część E, ust. 4-5 opz należało wyspecyfikować w Załączniku nr 1A do siwz, poz. D-2 (pozostałe). Wskazanie na miejsce/pozycję formularza cenowego, w której ww. koszty należało uwzględnić stanowiło jedynie propozycje zamawiającego, wynikającą z konstrukcji formularza cenowego. Z uwagi na to, iż przedmiotowe koszty nie stanowiły odrębnej pozycji formularza cenowego, najbardziej logicznym i racjonalnym było zaproponowanie, aby wykonawcy uwzględnili je w pozycji "pozostałe". Nie było jednak przeszkód, aby koszty te zostały ujęte w innej pozycji formularza cenowego, co - zgodnie z wyjaśnieniami - uczyniła spółka COMP S.A. Istotne jest bowiem to, aby koszty te zostały

uwzględnione w kalkulacji ceny. Ich umiejscowienie jest natomiast kwestią wtórną - stąd też nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy tylko z uwagi na to, iż koszty wyposażenia serwerowni uwzględnił w pozycji nr 850 formularza cenowego, a nie w pozycji pozostałe.

W odniesieniu do niezgodności oferty z treścią siwz w zakresie posłużenia się zasobami udostępnionymi w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp bez jednoczesnego podwykonawstwa zamawiający podkreślił, iż powyższe nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Wykonawca może się bowiem powoływać na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie, podmioty udostępniające wykonawcy swoje zasoby nie są obowiązane do udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawców. Innymi słowy, udostępnienie zasobów w trybie i na zasadzie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest tożsame z podwykonawstwem i nie wymaga udziału podmiotów trzecich w charakterze podwykonawcy w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, nawet przyjęcie, iż podmioty udostępniające swoje zasoby muszą brać udział w wykonaniu zamówienia nie uzasadniałoby zakwalifikowania braku takiego podwykonawstwa jako niezgodności oferty z treścią siwz.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego negocjacji z COMP S.A. treści oferty, niedopuszczalnego dokonania przez zamawiającego zmian w treści oferty oraz błędu w obliczeniu ceny zamawiający wskazał, iż spółka COMP S.A. uzupełniła określone pozycje formularza cenowego, które - w wyniku wyjaśnień treści siwz - zostały dedykowane do wypełnienia jako „zerowe". W związku z zaistniałą sytuacją zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, na jakich zasadach i w jakim trybie/w jaki sposób wykonawca zamierza wykorzystać prace/czynności kryjące się pod tymi pozycjami przy realizacji przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na ww. wezwanie spółka COMP S.A. wskazała, iż przedmiotowe pozycje formularza cenowego zostały wypełnione omyłkowo - nie stanowiło to celowego działania wykonawcy. Zamawiający zakwalifikował zaistniałą sytuację jako omyłkę, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonał jej poprawy w trybie przewidzianym ustawą Pzp.

W ocenie zamawiającego nie doszło do negocjacji w zakresie treści oferty. Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W niniejszej sprawie zamawiający skorzystał z przedmiotowego uprawnienia, z czego nie można czynić mu zarzutu. Wezwanie do wyjaśnień w zakresie określonym powyżej nie stanowiło negocjacji

treści złożonej oferty, wręcz przeciwnie - było przejawem należytej staranności w zakresie oceny ofert.

W ocenie zamawiającego odwołujący błędnie utożsamia zakaz prowadzenia

negocjacji w zakresie treści oferty z zakazem dokonywania zmian w treści oferty. Ustawodawca - pomimo takiego zakazu negocjacji - wprost przewidział instytucję poprawienia omyłek w treści oferty - omyłki te zostały wskazane w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jedną z kategorii tych omyłek są inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Omyłka dotycząca formularza cenowego, przedłożonego przez COMP S.A., została przez zamawiającego zakwalifikowana jako właśnie tzw. inna omyłka, co należy uznać za działanie w pełni prawidłowe. Przede wszystkim, zgodnie z zacytowanym powyżej przepisem, inna omyłka to omyłka polegając na niezgodności oferty z treścią siwz. Wypełnienie określonych pozycji formularza cenowego bez uwzględnienia wyjaśnień treści siwz stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią siwz. Zamawiający nadmienił, iż owa omyłka dotyczyła formularza cenowego, który w niniejszej sprawie miał jedynie charakter pomocniczy, informacyjny. Zamawiający przyjął bowiem, iż wynagrodzenie należne wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy. Cena ryczałtowa nie jest obliczana na podstawie kosztorysu poszczególnych elementów zamówienia, a jest ustalana za całość zamówienia samodzielnie przez wykonawcę. Skoro bowiem zamawiający wymagał od wykonawcy określenia wynagrodzenia ryczałtowego, które - ze swej istoty - powinno ujmować całość przedmiotu zamówienia, to załączony formularz cenowy ma charakter jedynie podglądowy, co zostało wprost wyartykułowane przez WKD w wyjaśnieniach treści siwz. Zatem ewentualne wadliwości takiego kosztorysu/formularza cenowego nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty - sankcja taka byłaby w takim przypadku nieusprawiedliwiona.

Zamawiający podniósł, że w niniejszej sprawie - w wyniku poprawienia omyłki - mamy do czynienia ze zmianami nieistotnymi. Zmiany te dotyczą bowiem jedynie 12 pozycji formularza cenowego, podczas gdy cały formularz liczył około 1000 pozycji. W wyniku poprawienia przedmiotowej omyłki cena zaoferowana przez COMP S.A. uległa zmianie - zamiast 7.097.100,00 zł winno być 7.049.812,65 zł. Cena została zatem zmniejszona o 47.287,35, co - biorąc pod uwagę ogólną kwotę wynagrodzenia - stanowi wartość niewielką. Przedmiotowa zmiana nie doprowadziła także do modyfikacji w rankingu wykonawców.

Zamawiający nadmienił, że - zgodnie z treścią siwz - cena oferty musiała zawierać całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie składniki i koszty towarzyszące związane z należytą, terminową i zgodną z obowiązujemy przepisami realizacji

przedmiotu zamówienia, również te, których w przedmiarze robót nie ujęto. W tej sytuacji omyłki w zakresie uzupełnienia formularza cenowego nie mają znaczenia - wykonawcę i tak wiąże zakres prac wynikający z opz. Tym samym należy przyjąć, iż poprawiona omyłka tym bardziej nie powoduje istotnych zmian treści oferty.

Zdaniem zamawiającego w sprawie nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Przed odrzuceniem oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny zamawiający zobowiązany jest ocenić, czy oferta jest zgodna z treścią siwz i czy ewentualne omyłki mogą zostać poprawione zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Oznacza to, iż ewentualne nieprawidłowości w obliczeniu ceny nie mogą być automatycznie traktowane jako podstawa dorzucenia oferty. W pierwszej kolejności należy rozważyć możliwość poprawienia omyłek i dopiero nieprawidłowości, które nie kwalifikują się do poprawy, mogą być rozpatrywane w kategoriach błędu w obliczeniu ceny. W niniejszej sprawie omyłki z formularza cenowego nie mogą zostać zakwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny, skoro winny zostać poprawione jako tzw. inna omyłka. W przedmiotowej sprawie zamawiający przewidział wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. W przypadku ryczałtu ryzyko niedoszacowania bądź przeszacowania kosztów realizacji zamówienia obciąża wykonawcę. Tym samym co do zasady omyłki pojawiające się w formularzu cenowym nie mają tutaj charakteru błędu. Przyjęcie, iż spółka COMP S.A. uzupełniła formularz cenowy w sposób, który powinien zostać uznany za błąd w obliczeniu ceny, bez możliwości poprawy zaistniałych omyłek, byłby podejściem bardziej rygorystycznym niż w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, co nie znajduje tutaj uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczący niezgodności treści oferty WASKO S.A, z treścią siwz - wyświetlacze zamawiający podkreślił, iż zarzut ten opiera się na hipotezach, przypuszczeniach i domysłach. Jak przyznali sami odwołujący, na chwilę obecną „może pośrednio wykazać, że zaoferowane przez, tego Wykonawcą wyświetlacze nie spełniają wymagań SIWZ". Owo pośrednie wykazanie sprowadza się jedynie do wątpliwości

podnoszonych w kontekście ceny zaoferowanej przez WASKO S.A., co i tak nie może się ostać z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Tym samym odwołujący nie przedstawili żadnych konkretnych, merytorycznych argumentów na poparcie stwierdzenia, że zaoferowane przez WASKO S.A. wyświetlacze nie spełniają wymogów siwz. Odwołujący, chcąc skutecznie postawić zarzut, winien wskazać dokładnie parametry, w zakresie których oferta WASKO S.A. jest niezgodna z treścią siwz. Innymi słowy, Odwołujący powinien zestawić wymagania wskazane w siwz z cechami, które posiadają wyświetlacze zaoferowane przez WASKO S.A. i zdefiniować zakres rozbieżności pomiędzy wymaganiami siwz a ofertą WASKO S.A. Co więcej - odwołujący uzależnili przedstawienie argumentów w tym zakresie od odtajnienia wyjaśnień WASKO S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, a

przecież w wyjaśnieniach takich wykonawcy nie mają obowiązku wskazywać na oferowany przez siebie sprzęt. Ponadto wykonawcy w składanych ofertach nie byli zobowiązani do podania nazwy/producenta/modelu sprzętu, który będzie wykorzystany przy realizacji przedmiotu zamówienia. Dane te wykonawca będzie zobowiązany przedstawić dopiero po zawarciu umowy. Tym samym na obecnym etapie i tak nie ma narzędzi, aby zweryfikować ofertę w zakresie wskazanym przez odwołującego. Zamawiający czynność tę przeniósł na etap realizacji umowy.

W ocenie zamawiającego niedopuszczalnym jest także przerzucenie w tym zakresie ciężaru dowodowego na Izbę. Odwołujący podnieśli, iż „jeżeli Izba ustali, że w wyjaśnieniach WASKO wskazano którykolwiek z (...) produktów, to nie spełnia on wymagań SIWZ (...), a więc oferta WASKO powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp". Tymczasem to na odwołujących, a nie na Izbie, ciąży obowiązek wykazania prawidłowości twierdzeń podniesionych w odwołaniu

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty WASKO S.A. z treścią siwz - podwykonawcy, zamawiający wskazał, iż obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę dotyczy prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją przedmiotu zamówienia w zakresie tablic informacyjnych, kamer oraz wyposażenie CN i CDK. Do osobistej realizacji zastrzeżono dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem urządzeń Podsystemu Informacji Pasażerskiej w ramach SIPiM, dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem urządzeń Podsystemu Informacji Pasażerskiej w ramach SIPiM oraz zintegrowanie z nowym obiektem wybranych aktualnie istniejących urządzeń, a także uruchomienie i zsynchronizowanie SIPiM. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż pod pojęciem „prace związane z rozmieszczeniem" rozumie prace związane z fizycznym ulokowaniem wskazanych elementów zamówienia w określonych lokalizacjach. Zgodnie z ofertą WASKO S.A., wykonawca ten przy pomocy podwykonawców zamierza zrealizować m.in. prace projektowe i budowlane na przystankach. W przedmiotowym zakresie zamawiający wskazał, iż dla odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymagane jest, aby niezgodność oferty z treścią siwz miała charakter obiektywny, niebudzący wątpliwości i nieusuwalny. Biorąc pod uwagę powyższe, w przedmiotowej sprawie nie można mówić o jakiejkolwiek niezgodności oferty z treścią siwz, która winna skutkować odrzuceniem oferty.

Zamawiający wskazał, iż - zgodnie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp - zamawiający może zastrzec do osobistego wykonania przez wykonawcę prace związane z rozmieszczeniem, instalacją w ramach zamówienia na dostawy. Tym samym pojęcia takie jak rozmieszczenie, instalacja zostały przez ustawodawcę przypisane do kategorii dostaw. Przedmiot zamówienia został w niniejszej sprawie zakwalifikowany właśnie jako dostawa, w której występują jednak elementy robót budowlanych. Biorąc pod uwagę powyższe,

zastrzeżenie określonych prac do osobistej realizacji przez wykonawcę dotyczy zamówienia w zakresie wpisującym się w dostawę. Tymczasem wykonawca WASKO S.A. wskazał na prace projektowe i budowlane, co potwierdza, iż do realizacji podwykonawcom zostaną przekazane te elementy, które dostawy nie stanowią, a wpisują się w roboty budowlane. Rozmieszczenie i instalacja dotyczą dostaw, a tym samym nie stanowią robót budowlanych. W konsekwencji twierdzenia odwołujących nie znajdują żadnego uzasadnienia.

Z ostrożności procesowej zamawiający wskazał, iż nie zdefiniowała pojęcia instalacja - wyjaśnienia dotyczyły tylko rozmieszczenia prac. W konsekwencji nie sposób jest wskazać precyzyjnie, jakie konkretnie prace stanowią instalację, rozmieszczenie, a jakie już nie. W

kontekście powyższego zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Tym samym zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty WASKO S.A. jako niezgodnej z siwz. Odrzucenie oferty nie może nastąpić na podstawie okoliczności, które w siwz nie zostały precyzyjnie wyrażone.

Zamawiający zaznaczył, że nawet w przypadku niepodzielenia przez Izbę stanowiska zamawiającego, zarzuty dotyczące rzekomych nieprawidłowości związanych z ofertą WASKO S.A. nie zasługują na uwzględnienie, gdyż - przy „potwierdzeniu", iż wykonawca COMP S.A. złożył ofertę najkorzystniejszą - ewentualne naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący Comp S.A. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty.

W zakresie zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego COMP SA przystępujący wskazał, iż zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 20J 5r. (WKD10-229-1/73/2014 poinformował o częściowym odtajnieniu wyjaśnień złożonych w dniu 20 maja 2015r. Zamawiający zakończył zatem czynności weryfikujące w zakresie skuteczności dokonanych zastrzeżeń najpóźniej 1 czerwca, a zatem odwołanie w tym zakresie winno być złożone w terminie 10 dniowym wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Podsumowując, odwołanie w tym zakresie zostało wniesione z jednodniowym uchybieniem terminu.

Z ostrożności Comp, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 15 maja 2015 r.) zastrzegł jedynie poszczególne informacje zawarte w wyjaśnieniach i załącznikach do wyjaśnień. Wszystkie zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Comp i spełniają wszystkie przesłanki określone art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący COMP SA podniósł, że dokonał zastrzeżenia w sposób prawidłowy:

---

a. jednoznacznie oznaczył te informacje, które objęte są klauzulą poufności,
b. część ogólna dokumentu, jako nie stanowiąca tajemnicy przedsiębiorcy została wyłączona z zastrzeżenia i podlega udostępnieniu,
c. informacje zostały przekazane w sposób uniemożliwiający osobom niepowołanym zapoznanie się z ich treścią
d. wskazane zostały przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
e. Posiadane przez zamawiającego informacje oraz obiektywna analiza charakteru zastrzeżonych przez przystępującego COMP SA informacji były wystarczające dla zakwalifikowania tychże, jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego COMP SA.. Zamawiający prawidłowo dokonał weryfikacji zasadności zastrzeżenia części złożonych wyjaśnień (wraz z załącznikami).

Przystępujący COMP SA wskazał należy na utrwalony w orzecznictwie KIO i praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień dotyczących ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych. Powszechnie akceptowane jest również objęcie tajemnicą informacji dotyczących właściwego dla konkretnego wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, a w szczególności kalkulacji i ofert handlowych załączanych do wyjaśnień.

Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż - przede wszystkim - mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają *know-how* dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przystępującego COMP SA. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej przystępującego COMP SA, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez wykonawcę szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Przystępujący COMP SA powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1432/12, z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 175/13, z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12.

Przystępujący COMP podniósł, że za nieuprawnione należy uznać twierdzenie odwołującego, iż same nazwy oferowanych produktów z pewnością nie mogą być uznane za

tajemnicę. Stwierdził, że odwołujący wskazują, iż wymagania zamawiającego pozwalają na zastosowanie konkretnych produktów. Przyjęcie tego poglądu prowadziłoby do wniosku, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia sprzecznie z wymaganiami art. 29 - 30 Pzp i nie jest zachowana neutralność technologiczna. Zarzut taki w świetle postanowień SIWZ i treści oferty jest oczywiście błędny. Praktyka pokazuje, iż jeżeli faktycznie można zastosować produkt możliwy do odgadnięcia (dający się określić), to odwołujący przyjmują takie założenie w swym odwołaniu. Odwołujący jednoznacznie wskazują, że nie potrafi ustalić zaoferowanych rozwiązań technicznych pisząc w pkt 1.3. odwołania, jakoby zamawiający uniemożliwił mu weryfikację spełniania przez zaoferowane rozwiązania wymogów SIWZ. 1 jednocześnie: ujawnienie wyjaśnień (...) pozwoliłoby na wskazanie przez odwołującego konkretnych dowodów - mających doprowadzić do odrzucenia oferty. Cytowane stwierdzenia przeczą istocie wywodom odwołujących, jakoby rozwiązania zawarte w ofercie były oczywiste i wynikające z SIWZ. Odwołujący nie wiedzą co zostało zaoferowane i nie potrafią się tego domyślić - pomimo posiadania specjalistycznej wiedzy.

W ocenie przystępującego COMP SA argument, jakoby zastrzeżona treść nie mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa z tego względu, że po zrealizowaniu zamówienia, urządzenia opisane w ofercie (w szczególności wyświetlacze) będą publicznie dostępne na peronach stacji i przystankach osobowych jest błędne. To, że w przyszłości każdy będzie mógł zapoznać się z efektami zrealizowanego zamówienia, nie oznacza, że dzisiaj treść oferty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie wymagał podania w ofercie nazw oferowanych produktów. Informacje dotyczące zaoferowanego przez Comp sposobu realizacji zamówienia, w tym informacje o oferowanych produktach zawierają istotne dane o charakterze technologicznym (informacje dotyczące zastosowanych rozwiązań i technologii), których poufność ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności, a ponadto ma dla Uczestnika postępowania istotną wartość gospodarczą. Informacje te obejmują opis sposobu, w jaki Uczestnik postępowania proponuje Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia, spełniając przy tym jednocześnie warunki zawarte w SIWZ. Jest to stworzona jednostkowo, indywidualna koncepcja realizacji zamówienia, która zawiera informacje posiadające znaczącą wartość gospodarczą i jest chroniona przez Uczestnika postępowania jako stanowiąca tzw. *know-how* przedsiębiorcy,

Przystępujący COMP SA stwierdził, że odwołujący nie wykazał, iż informacje, co do czynników cenotwórczych czy nazw oferowanych produktów, nie spełniają którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy to na nim, jako podnoszącym zarzut spoczywa ciężar dowodu.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej cena przystępujący COMP stwierdził, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, przede wszystkim ze względu na fakt, iż odwołujący nie wskazali precyzyjnie okoliczności faktycznych, które miałyby stać u jego podstaw. Podniósł, że postępowanie zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., zatem to na odwołującym podnoszącym zarzut spoczywa ciężar dowodu. Odwołujący nie może przy tym skutecznie zasłaniać się niemożliwością sformułowania odpowiedniej argumentacji ze względu na zastrzeżenie wyjaśnień przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie przystępującego COMP argument, cena zaoferowana przez zaledwie 65% przystępującego stanowi budżetu zamawiającego, który wynosił 10.785.384,47 zł brutto. Taka argumentacja jest niewystarczająca i w żaden sposób nie przesądza o rażąco niskim charakterze zaoferowanej ceny. Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przekracza kwoty zaoferowane przez pięciu z dziewięciu wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. W tym cenę zaoferowaną przez odwołujących, którzy uplasowali się na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Fakt występowania różnicy pomiędzy ceną zaoferowaną przez przystępującego, a ceną odwołujących i kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest dopuszczalną rywalizacją o uzyskanie zamówienia, stanowi zjawisko normalne i nie przesądza w żaden sposób o tym, iż zaoferowana cena nie zapewnia należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Brak również podstaw dla uznania, iż

to cena oferty odwołujących miałaby wyznaczać poziom rynkowy ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Przystępujący COMP SA stwierdził, że zgodnie z pkt XV ppkt 3 SIWZ, cena oferty jest ceną ryczałtową niezmienną do zakończenia przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 632 kodeksu cywilnego. Cena oferty musi zawierać całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie składniki i koszty towarzyszące związane z należytą, terminową i zgodną z obowiązującymi przepisami realizacją przedmiotu zamówienia, również te, których w przedmiarze robót nie ujęto. Oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą roboty budowlane, dostawy i usługi niezbędne do realizacji zadania i inne koszty uwzględniające wszystkie opłaty i podatki, z uwzględnieniem ewentualnych upustów i rabatów.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że ceny jednostkowe określone przez wykonawców w formularz cenowym mają jedynie charakter pomocniczy

Nawet gdyby uznać, że wskazane przez odwołujących pozycje formularza są zaniżone, co nie jest prawdą, to nie oznacza, to że cena całej oferty jest rażąco niska.

24

Odwołujący w żaden sposób nie wykazali wpływu przywołanych przez nich cen jednostkowych na zaoferowaną przez przystępującego cenę.

W ocenie przystępującego COMP nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art 89 ust, 1 pkt 3 Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnili, że zaoferowana przez przystępującego cena jest niższa niż koszty nabycia produktów lub usług.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ przystępujący COMP podkreślił, że cena ma charakter ryczałtowy i obejmuje wszystkie elementy wchodzące w skład przedmiotu zamówienia. Uczestnik postępowania uwzględnił w zaoferowanej cenie wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w tym koszty elementów serwerowni wskazanych w Rozdziale IV, Część E, ust. 4-5 OPZ, co potwierdzają chociażby wyjaśnienia złożone przez przystępującego w dniu 19 maja 2015 r. Twierdzenia odwołujących co do rzekomego braku wyceny tej pozycji i uzupełnieniu treści oferty, są zatem bezpodstawne.

Ewentualne uwzględnienie kosztów wyposażenia serwerowni w system kontroli dostępu w innej pozycji formularza niż wymagał tego zamawiający stanowi jedynie nieistotną omyłkę, która nie ma wpływ na treść oferty - jest irrelewantna. Skoro cena oferty jest ceną ryczałtową i tylko ta cena jest dla zamawiającego wiążąca to kluczowym znaczenie ma czy dany koszt został w niej rzeczywiście uwzględniony. Na gruncie niniejszej sprawy przystępujący uwzględnił koszty wyposażenia serwerowni w system kontroli dostępu zatem inkryminowana niezgodność z oczekiwaniami zamawiającego jest nieistotna, gdyż nie ma wpływu na treść oferty. Ma ona jedynie charakter formalny. Formalny charakter niezgodności charakteryzuje się tym, że pomimo jej wystąpienia zakładany przez zamawiającego cel został osiągnięty. Celem, który zamawiający na gruncie niniejszej sprawy było uwzględnienie omawianych kosztów w cenie oferty. Skoro w tym przypadku, dany koszt został uwzględniony w cenie oferty, to należy stwierdzić, że oczekiwany przez Zamawiającego cel został osiągnięty

Przystępujący COMP podniósł, że z przedstawionych przez niego w załączeniu do pisma z dnia 2 kwietnia 2015 r. zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów wyraźnie wynika, iż podmioty te nie będą podwykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 9b Pzp. Będą one pomagały w realizacji zamówienia pełniąc rolę eksperta i konsultanta. Czynności przez nie wykonywane, będą wykonywane w ramach pomocy wykonawcy w realizacji zamówienia. Podmioty udostępniające zasoby nie będą jednak samodzielnie ani pod nadzorem przystępującego realizowały żadnej części zamówienia.

25

W ocenie przystępującego COMP SA argumentacja podnoszona przez odwołujących jest tyleż nieuzasadniona co niezrozumiała. Odwołujący wskazują bowiem *de facto* nie na niezgodność oferty Comp z treścią SIWZ, a na domniemaną niezgodność działań przystępującego z oświadczeniem złożonym w pkt 7 formularza ofertowego (co jak wykazano powyżej nie miało miejsca). Odwołujący nie wskazali żadnego punktu SIWZ, z

którym oferta przystępującego miałby być niezgodna. Z kolei, dalsza części stanowiska odwołujących wskazuje, że ich intencją jest wykazanie, iż doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia udostępnione przystępującemu przez podmioty trzecie nie powinny być brane pod uwagę podczas oceny złożonej przez niego oferty, co skutkuje tym, że oferta przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ. Z jednej strony odwołujący wskazują zatem, że przystępujący *de facto* nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy nie postawili takiego zarzuty w pkt II odwołania (str. 2). Z drugiej strony, stwierdzają, że fakt iż zasoby te nie powinny być brane pod uwagę skutkuje tym, że oferta przystępujących nie spełnia wymagań SIWZ. W sytuacji gdy doświadczenie i osoby zdolne do wykonania zamówienia wskazywane są w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionował natomiast spełniania przez Uczestnika postępowania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu niedopuszczalnego prowadzenia negocjacji z COMP, niedopuszczalnego dokonania przez zamawiającego zmian w treści oferty Comp oraz błędu w obliczeniu ceny przystępujący podniósł, że w wyjaśnieniach złożonych w dniu 21 lutego 2015 r. jednoznacznie potwierdził, że wpisanie wartości liczbowych zamiast „0" w pozycji formularza cenowego nr 408-410, 565-567 oraz 770-772 stanowiło omyłkę, a następnie w kolejnym piśmie z dnia 17 marca 2015 r. zgodził się na jej poprawienie. Co więcej, zamawiający dysponował wszystkimi danymi do jej poprawienia, a samo jej poprawienie nie prowadziło do istotnych zmian w treści oferty. Czynność poprawienia nie wpływała bowiem ani na ranking ofert, oferta przystępującego pozostaje na tym samym miejscu w kwalifikacji złożonych ofert ani na pozostałą treść oferty. Tym samym działanie Zamawiającego, nawet jeśli uznać je za wadliwe, to nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a zatem miałby tu zastosowanie art. 192 ust. 2 *a contrario.* Wyjaśnienia 9 spośród ok. 1300 pozycji, które należało wypełnić w formularzu (w tym ok. 850 pozycji w samej części A) co przesądza o ich marginalnym charakterze zwłaszcza, że w odniesieniu do ceny oferty mowa o 0,59% jej ceny.

Przystępujący WASKO SA poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 września 2014 r. co oznacza, że do postępowania zastosowanie mają przepisy ustawy Pzp sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r.

Budżet zamawiającego wyniósł 10.785.384,47 zł brutto.

Cena oferty przystępującego COMP SA wyniosła 7.049.812,65 zł.

Cena oferty przystępującego WASKO SA wyniosła 7.236.923,94 zł.

Pismami z dnia 12 maja 2015 roku zamawiający wezwał przystępujących COMP SA i WASKO SA do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przystępujący złożyli wyjaśnienia w pismach z dnia 15 maja 2015 roku jednocześnie zastrzegając informacje w nich zawarte jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 3 czerwca 2015 r. zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznał ofertę COMP. Na drugim miejscu zakwalifikowana została oferta wykonawcy WASKO, natomiast oferta odwołujących została sklasyfikowana na trzeciej pozycji.

W dniu 8 czerwca 2015 r. odwołujący uzyskali od zamawiającego wgląd do akt postępowania, w tym do korespondencji zawierającej wezwania wystosowanie przez zamawiającego do wykonawców o wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów. Zamawiający odmówił odwołującym wglądu w wyjaśnienia wykonawców COMP i WASKO dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodnie z rozdz. XV ust. 1 SIWZ "Opis sposobu obliczenia ceny" cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w formularzu "OFERTA", którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Cenę należy podać w formie ryczałtu wyrażoną w złotych polskich (PLN).

W myśl ust. 2 zamawiający wymaga określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia na podstawie formularza cenowego, którego wzór stanowi załącznik nr 1A do

SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia wszystkich pozycji kol. 3 oraz kol. 7 ww. formularza na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, przedmiarów robót i dokumentacji technicznej, której wykaz zwiera załącznik nr 2A do SIWZ.

27

Stosownie do ust. 3 cena oferty jest ceną ryczałtową niezmienną do zakończenia przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny.

Zgodnie z ust. 4 cena oferty musi zawierać całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie składniki i koszty towarzyszące związane z należytą, terminową i zgodną z obowiązującymi przepisami realizacją przedmiotu zamówienia, również te, których w przedmiarze robót nie ujęto. Oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą roboty budowlane, dostawy i usługi niezbędne do realizacji zadania i inne koszty uwzględniające wszystkie opłaty i podatki, z uwzględnieniem ewentualnych upustów i rabatów.

W odpowiedzi na pytanie nr 151 zawartej w piśmie nr WKDłOa-229-1/4/2014 z dnia 20 listopada 2014 r. oraz w odpowiedzi na pytanie nr 1 zawartej w piśmie nr WKD-10a-229/ł/8/2014 z dnia 15 grudnia 2014 r. wskazano, iż w myśl postanowień rozdz. XV ust. 3 SIWZ cena oferty jest ceną ryczałtową, a formularz cenowy pełni jedynie funkcję informacyjną i pomocniczą w określeniu płatności częściowych oraz wyszczególnienia podziału części współfinansowanej przez Szwajcarię w ramach szwajcarskiego programu współpracy z nowymi krajami członkowskimi Unii Europejskiej oraz części niepodlegającej współfinansowaniu, o których mowa w OPZ - Rozdz. III część A ust. 2 i część B ust. 2. Ponadto w odpowiedzi na pytanie 151 z dnia 20 listopada 2014 roku wskazano: „W związku z powyższym Zamawiający nie będzie weryfikował poprawności sumowania poszczególnych pozycji składających się na kolejne operacje formularza cenowego, przyjmując za wiążącą wartość całkowitą, przeniesioną do Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do S1WZ)".

Zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy całkowita wartość przedmiotu umowy, określonego w ust. 1, stanowi sumę cen wszystkich elementów zamówienia wymienionych w § 1 ust. 2 umowy, zgodnie z formularzem cenowym oferty wykonawcy.

W Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ zawarty był pkt 7 o treści:

7. Oświadczamy, że przedmiot zamówienia zamierzamy wykonać:
*a) siłami własnymi**
*b) siłami własnymi i przy pomocy podwykonawców, którym powierzymy wykonanie niżej wymienionej części zamówienia**
-
……
……

28

-
……
……
c) powołujemy się na zasoby następujących podwykonawców
……..…..... na zasadach
nazwa (firma)
określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy **

Niewłaściwe skreślić*

Przystępujący COMP w ofercie w „Załączniku nr 1 do SIWZ" w pozycji 7 wykreślił podpunkt c.

Do oferty przystępujący COMP dołączył zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, złożone przez: IVU Traffic Technologies AG w Berlinie, PHU ELPROMA Sp. Z o.o. w Piasecznie, TELCENT M. U., P. B. Sp. J. w Kielcach.

Zgodnie z klauzulą zawartą w treści zobowiązania podmioty te zobowiązały się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów: wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolne do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. Wskazani przedsiębiorcy oświadczyli, że będą pomagali wykonawcy Comp SA w realizacji zamówienia w szczególności poprzez konsultacje, nadzór, szkolenie pracowników etc. Zobowiązanie ma charakter realny, bowiem dzięki udostępnionej wiedzy i doświadczeniu w sposób określony powyżej wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie.

Zgodnie z rozdz. IV ust. 1 SIWZ "Informacja o obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia", zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ust. 2 zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem prac określonych w ust. 1, z zastrzeżeniem ust. 3. W myśl ust. 3 zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy lub podania nazw (firm) podwykonawców, na zasoby których Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Zgodnie z ust. 4, w przypadku braku

wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, zamawiający uzna, że wykonawca nie powierzy podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia. Stosownie do ust. 5 informacje o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcy należy podać w formularzu "OFERTA", którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SIWZ.

Przystępujący WASKO SA nie wykreślił w ofercie punktu 7b Formularza ofertowego i wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom prace m.in. prace projektowe i budowlane na przystankach.

Zamawiający wskazał, iż obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę dotyczy prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją przedmiotu zamówienia w zakresie tablic informacyjnych, kamer oraz wyposażenie CN i CDK. Do osobistej realizacji zastrzeżono dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem urządzeń Podsystemu Informacji Pasażerskiej w ramach SIPiM, dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem urządzeń Podsystemu Informacji Pasażerskiej w ramach SIPiM oraz zintegrowanie z nowym obiektem wybranych aktualnie istniejących urządzeń, a także uruchomienie i zsynchronizowanie SIPiM. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż pod pojęciem „prace związane z rozmieszczeniem" rozumie prace związane z fizycznym ulokowaniem wskazanych elementów zamówienia w określonych lokalizacjach

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 15 grudnia 2014 r. wskazał, które pozycje dotyczące stacji, na których nastąpi integracja z już istniejącymi kamerami video monitoringu wykonawca zobowiązany jest uzupełnić poprzez wpisanie wartości „0": „Pozycje związane z integracją istniejących kamer video monitoringu na wskazanych przez Wykonawcę obiektach: Komorów, Podkowa Leśna Główna, Grodzisk Mazowiecki Piaskowa oraz Milanówek Grudów, wymienione w Załączniku nr 1a do SIWZ (Formularz cenowy) w stosunku do załącznika nr 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (Wymagania Techniczne) stanowią omyłkę pisarską i w tym przypadku Wykonawca nie jest zobowiązany do ich uwzględnienia wpisując w kolumnie C wartość „0" (zero). Pozycje te są następujące: nr 408,409, i 410 dla stacji „Komorów"; nr565, 566, i 567 dla stacji „Podkowa Leśna Główna"; nr 655, 656 i 657 dla przystanku osobowego „Milanówek Grudów" oraz nr 770, 771 i 772 dla przystanku osobowego „Grodzisk Mazowiecki Piaskowa."

Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2015 r. wezwał COMP do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie formularza cenowego złożonego na stronach 5-48 oferty z uwagi na uzupełnienie przez COMP pozycji w sposób sprzeczny z wytycznymi zamawiającego. Zamawiający wezwał COMP do wyjaśnień w jaki sposób i w jakim trybie wykonawca zamierza wykorzystać uzupełnione pozycje formularza cenowego przy realizacji przedmiotu

zamówienia. Przystępujący COMP SA w piśmie z dnia 24 lutego 2015 r. stanowiącego

odpowiedź na wezwanie zamawiającego stwierdził, że omyłkowo uzupełnił pozycje, których wartość powinna wynosić „0" a następnie omyłkowo zsumował wszystkie wartości i podał wyższą wartość ryczałtową oferty. COMP stwierdził, że zamawiający może samodzielnie dokonać poprawienia omyłki w treści formularza cenowego i za pomocą wynikających z konstrukcji formularza działań matematycznych (wykonywanych automatycznie za pomocą formuł wpisanych w przygotowany przez zamawiającego skoroszyt) dokonać odpowiedniej korekty ceny ofertowej. Zamawiający posiada wiedzę co do sposobu poprawienia omyłki, gdyż udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 pismem z dnia 15 grudnia 2014 roku wskazał, iż w pozycjach 408-410, 565-567, 655-657 oraz 770-772 należy wpisać "0". Zatem, aby usunąć omyłkę i jej konsekwencje oraz przywrócić zgodność formularza ofertowego z treścią SIWZ i zamierzonym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia, wystarczające jest wpisanie w ww. pozycji wartości "0" w kolumnie 3 formularza (cena jednostkowa netto), a następnie przepisanie uzyskanej w ten sposób sumy z wiersza "Cena oferty" na końcu Formularza cenowego do pozycji "Cena brutto" na pierwszej stronie Formularza ofertowego. Cena oferty w wyniku dokonania poprawki ulegnie zmianie: zamiast kwoty 7.097.100,00 zł, końcowa wartość Formularza cenowego, a tym samym cena oferty to 7.049.812,65 zł. W związku z konstrukcją formularza ofertowego, powyższa zmiana jest automatyczną i konieczną konsekwencją poprawienia omyłki w zakresie wpisanych cen jednostkowych i nie wymaga dalszej ingerencji zamawiającego w treść oferty.

Przystępujący podkreślił, że zmiana, która nastąpi w treści oferty, nie ma charakteru istotnego. Nie wpływa ona na ranking ofert ani na pozostałą treść oferty Comp, zaś obniżenie ceny w wyniku wyzerowania zaledwie 9 pozycji ma charakter marginalny w stosunku do całej kwoty stanowiącej cenę oferty (wartość omyłkowych pozycji to około 0,67% ceny oferty).

Zamawiający dokonał poprawienia omyłki w treści oferty przystępującego COMP zgodnie z wyjaśnieniami COMP.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 35 z dnia 20 listopada 2014 r. stwierdził, że w pozycji D-2 Załącznika nr 1a do SIWZ wykonawcy powinni wycenić koszty zaprojektowania oraz wykonania systemu kontroli dostępu do pomieszczeń serwerowni.

Na pytanie nr 35 z dnia 20 listopada 2014 r. „Pomieszczenie serwerowni powinno być zabezpieczone przed dostępem osób nieupoważnionych. Prosimy Zamawiającego o sprecyzowanie, jakiego rodzaju zabezpieczenia ma zainstalować Wykonawca oraz czy Zamawiający wymaga zainstalowania systemu kontroli dostępu do pomieszczeń serwerowni?" Zamawiający udzielił odpowiedzi: "W Rozdziale IV, Część E (str. 11) OPZ oraz

w Rozdziale V, Część D (str. 24) OPZ zawarty jest opis funkcjonalny serwerowni dla Podsystemów SIPiM. Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek zaprojektowania i dostarczenia elementów wskazanych w Rozdziale IV, Część E, ust 4-5 (str. 11) OPZ. Koszty tych elementów należy wyspecyfikować w Załączniku nr 1A do SIWZ (Formularz cenowy), w poz. D-2 (pozostałe). Rodzaj zastosowanych zabezpieczeń zaproponuje Wykonawca. Zamawiający zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV, Część E, ust. 4 wymaga wyposażenia serwerowni w system kontroli dostępu, o którym mowa w odpowiedzi na Pytanie nr 12".

Zamawiający w dniu 15 maja 2015 r. wezwał COMP do wyjaśnień czy wykonawca uwzględnił w Formularzu cenowym koszty elementów serwerowni wskazane w Rozdziale IV, Część E, ust. 4-5 OPZ oraz w której pozycji Formularza cenowego zostały one zawarte.

W odpowiedzi z dnia 19 maja 2015 r. na wezwanie do wyjaśnień COMP stwierdził, że ww. koszty zakwalifikował jako ogólne koszty wdrożenia i uruchomienia Podsystemu WKD-S1P.

Wykonawcy w składanych ofertach nie byli zobowiązani do podania nazwy/producenta/modelu sprzętu, który będzie wykorzystany przy realizacji przedmiotu zamówienia. Dane te wykonawca będzie zobowiązany przedstawić dopiero po zawarciu umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał ujawnienia wyjaśnień

przystępujących WASKO SA i COMP SA dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 roku, poz. 1232), 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uznaje za możliwe utajnienie nie tylko samej treści oferty, lecz także wyjaśnień jej treści, w tym również wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, o ile spełnione są wszystkie warunki utajnienia wskazane w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Takie stanowisko zostało wyrażone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2013 roku sygn. akt KIO 2602/13. Z kolei Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku o sygn. akt XIX Ga 167/07 uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 roku nałożyła na wykonawcę dokonującego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązek wykazania zasadności takiego zastrzeżenia. Pomimo tego, że do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy sprzed nowelizacji, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntował się już wcześniej pogląd, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest

obowiązany wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia. Taki pogląd został wyrażony m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2015 roku sygn. akt KIO 385/15.

Izba przeanalizowała wyjaśnienia złożone przez przystępujących WASKO SA i COMP SA i skonstatowała, że żaden z przystępujących nie wykazał, iż zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie mogą pozostać tajne, stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba przeanalizowała

również treść pisma z dnia 21 stycznia złożonego przez WASKO SA, w którym przystępujący WASKO złożył wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz formularza cenowego. W wyjaśnieniach tych przystępujący WASKO SA szczegółowo opisał prowadzoną przez siebie politykę w zakresie tajności informacji.

Izba zgadza się, że zastrzeżone informacje mogą stanowić dla przedsiębiorcy wartość uzasadniającą ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazano również, iż informacje te zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Za rozstrzygnięciem Izby przemawiał fakt, iż przystępujący nie wykazali w sposób dostateczny, iż wobec zastrzeżonych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Podkreślenia wymaga, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante,* a nie *ex post.* Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują rodzaju lub zakresu środków, do których podjęcia zobowiązany jest wykonawca. Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależeć będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy.

W ramach podejmowanych środków można wyróżnić fizyczne oraz prawne środki ochrony informacji. Fizyczne środki ochrony informacji mogą polegać w szczególności na:

- klasyfikacji i znakowania poufnych informacji,
- ograniczeniu dostępu oraz fizycznej ochrony miejsc przechowywania informacji,
- zabezpieczeniu nośników, szyfrowaniu danych zapisanych w postaci elektronicznej,
- zastosowaniu zabezpieczeń systemów informatycznych.

Natomiast prawne środki ochrony informacji polegać mogą w szczególności na:
- zobowiązaniu pracowników do zachowania w poufności udostępnionych informacji,
- wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami,
- zawieraniu umów o zachowaniu w poufności informacji udostępnionych w toku negocjacji,
- oznakowaniu dokumentów, poczty elektronicznej (klauzule o zachowaniu poufności informacji).

Przystępujący COMP SA, wyjaśniając zasadność zastrzeżenia informacji, nie wskazał żadnych konkretnych rozwiązań, jakie podjął w celu ochrony informacji w swoim przedsiębiorstwie. Jego wyjaśnienia są bardzo lakoniczne i ogólne i nie dają podstaw do uznania, że informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Z kolei przystępujący WASKO SA informacje takie zawarł przede wszystkim w piśmie z dnia 21 stycznia 2015 roku. Informacje te charakteryzują się wysokim stopniem szczegółowości, jednak nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. W ocenie Izby skuteczne wykazanie zasadności zastrzeżenia nie może opierać się na gołosłownych twierdzeniach wykonawcy. Zaniechanie przez przystępującego WASKO inicjatywy dowodowej w rozpoznawanym skutkuje brakiem możności uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pomimo przyznania, iż zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał ujawnienia wyjaśnień przystępujących, Izba nie uwzględniła w tym zakresie zarzutu odwołania. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby naruszenie o takim skutku w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca.

W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

1) naruszenie przepisów ustawy oraz

2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a ustawy Pzp, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 roku sygn. akt: IV CSK 291/13.

Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. W ocenie Izby ewentualne ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawców mogłoby skutkować podniesieniem zarzutu zaoferowania przez przystępujących rażąco niskiej ceny. Podkreślić zaś należy, że taki zarzut został już przez odwołujących w tym postępowaniu podniesiony. Ponowne podniesienie zarzutu na podstawie danych, które Izba wzięła pod uwagę przy rozpoznaniu zarzutu, nie byłoby skuteczne i nie wpłynęłoby na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego COMP SA z powodu zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących 17 elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do

przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający wezwał przystępującego COMP SA do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Izba przeanalizowała złożone wyjaśnienia i skonstatowała, że przystępujący wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia cechują się wysokim stopniem szczegółowości, zostały poparte szczegółowymi wyliczeniami i dowodami. Tym samym podniesiony zarzut należało uznać za bezpodstawny.

Odnosząc się do argumentacji odwołujących, iż przystępujący COMP zaniżył w formularzu ofertowym koszt niektórych prac czy dostaw, Izba wskazuje, że formularz cenowy - z uwagi na ustalenie wynagrodzenia wykonawcy na zasadzie ryczałtu - ma charakter jedynie pomocniczy i informacyjny. Jakiekolwiek zarzuty wobec niewłaściwego wypełnienia formularza cenowego nie mogą mieć wpływu na globalną ocenę ofertę wykonawcy. Szczegółowa argumentacja w zakresie roli i charakteru formularza cenowego w postępowaniu została przytoczona poniżej.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego COMP SA z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Zarzut odwołania opierał się na braku w formularzu cenowym przystępującego COMP SA kosztów zaprojektowania oraz wykonania systemu kontroli dostępu do pomieszczeń serwerowni.

Izba podkreśla, iż zamawiający, zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w odpowiedziach na pytania dot. SIWZ, zawarł zasady sporządzania i wypełniania formularza cenowego. Jednocześnie wskazał, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie miało charakter ryczałtowy i musi zawierać całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia ryczałtu, jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza

wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli więc strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się za cały – zarówno znany, jak i nieznany dokładnie od początku – przedmiot zamówienia.

Ustawa Pzp w art. 36 ust. 1 pkt 12 nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny. W sytuacji ustalenia przez zamawiającego wynagrodzenia w formie ryczałtu opis ten powinien co do zasady sprowadzać się do określenia, iż wykonawca ma wolny wybór co do sposobu obliczenia ilości robót oraz podstaw i metod dokonywania kalkulacji. Stąd też przyjąć należy, że ustalony przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu formularz cenowy może mieć w tych okolicznościach jedynie charakter poglądowy, informacyjny.

Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może być tylko niezgodność treści oferty z SIWZ, a sankcja ta wynika z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formularz cenowy jest dokumentem, który zasadniczo służy ustaleniom ceny, czyli wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie stanowi zaś dokumentu potwierdzającego spełnianie przez dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym uzasadnione jest twierdzenie, że formularz cenowy nie był dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można zatem podzielić poglądu, że stanowił też źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści siwz.

Powyższe stanowisko wynika również z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 151 zawartej w piśmie nr WKD10a-229-1/4/2014 z dnia 20 listopada 2014 r. oraz w odpowiedzi na pytanie nr 1 zawartej w piśmie nr WKD-10a-229/1/8/2014 z dnia 15 grudnia 2014 r., gdzie wskazano, iż w myśl postanowień rozdz. XV ust. 3 SIWZ cena oferty jest ceną

ryczałtową, a formularz cenowy pełni jedynie funkcję informacyjną i pomocniczą w określeniu płatności częściowych oraz wyszczególnienia podziału części współfinansowanej przez Szwajcarię w ramach szwajcarskiego programu współpracy z nowymi krajami członkowskimi Unii Europejskiej oraz części niepodlegającej współfinansowaniu, o których mowa w OPZ - Rozdz. III część A ust. 2 i część B ust. 2. Powyższe zamawiający potwierdził również w odpowiedzi na pytanie 151 z dnia 20 listopada 2014 roku stwierdzając, iż: „W związku z powyższym Zamawiający nie będzie weryfikował poprawności sumowania poszczególnych

pozycji składających się na kolejne operacje formularza cenowego, przyjmując za wiążącą wartość całkowitą, przeniesioną do Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do S1WZ)".

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego COMP SA z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na posłużeniu się przez przystępującego COMP SA zasobami podmiotów trzecich przy jednoczesnym oświadczeniu, że przystępujący nie będzie powoływał się na zasoby podwykonawców na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż wykonawca może się powoływać na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie podmioty udostępniające wykonawcy swoje zasoby nie są obowiązane do udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawców. Innymi słowy, udostępnienie zasobów w trybie i na zasadzie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest tożsame z podwykonawstwem i nie wymaga udziału podmiotów trzecich w charakterze podwykonawcy w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, nawet przyjęcie, iż podmioty udostępniające swoje zasoby muszą brać udział w wykonaniu zamówienia nie uzasadniałoby zakwalifikowania braku takiego podwykonawstwa jako niezgodności oferty z treścią siwz.

Izba wskazuje przy tym na treść zobowiązań podmiotów trzecich, które udostępniły swe zasoby podwykonawcy COMP SA. Zgodnie z klauzulą zawartą w treści zobowiązań podmioty te zobowiązały się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów: wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. Oświadczyły, że będą pomagać wykonawcy Comp SA w realizacji zamówienia w szczególności poprzez konsultacje, nadzór, szkolenie pracowników

etc. Zobowiązanie ma charakter realny, bowiem dzięki udostępnionej wiedzy i doświadczeniu w sposób określony powyżej wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie.

W ocenie Izby sposób udostępnienia zasobów nie przemawia za uznaniem, iż podmioty trzecie będą wykonywały przedmiot zamówienia jako podwykonawcy przystępującego COMP SA. Tym samym podniesiony zarzut należy uznać za bezzasadny.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i poprawienie w ofercie COMP SA omyłki, która nie powinna podlegać poprawie oraz zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie między zamawiającym a COMP SA negocjacji treści oferty, w wyniku których zamawiający dokonał zmian w treści oferty COMP SA.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jednocześnie, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią siwz, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż omyłki dotyczyły niektórych pozycji w formularzu ofertowym, który - jak już wyżej wskazano - miał charakter jedynie pomocniczy i informacyjny. Izba w tym zakresie podtrzymuje argumentację dotyczącą charakteru formularza cenowego przytoczoną w uzasadnieniu oddalenia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty COMP SA z powodu niegodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na braku w formularzu cenowym kosztów zaprojektowania oraz wykonania systemu kontroli dostępu do pomieszczeń serwerowni. Tym samym uznać należy, iż dokonane przez zamawiającego poprawy omyłek w formularzu cenowym nie mogły mieć charakteru zasadniczego ani istotnego.

Odnosząc się zaś do poprawienia ceny w ofercie przystępującego COMP SA poprzez jej zmniejszenie z kwoty 7.097.100,00 zł do kwoty 7.049.812,65 zł wskazać należy, iż poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt: XII GA 429/09 : „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie

niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp”

- po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy *(essentialia negotii)* lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (por. np wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, podobnie wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt: XIX Ga 18/10,wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10).

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku zaszły przesłanki uzasadniające poprawienie oferty wykonawcy COMP SA na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W wyjaśnieniach złożonych w dniu 21 lutego 2015 r. przystępujący jednoznacznie potwierdził, że wpisanie wartości liczbowych zamiast „0" w pozycji formularza cenowego nr 408-410, 565-567 oraz 770-772 stanowiło omyłkę, a następnie w kolejnym piśmie z dnia 17 marca 2015 r. zgodził się na jej poprawienie. Izba nie widzi podstaw do uznania, że wycena wskazanych pozycji formularza ofertowego wynikała z innych okoliczności niż omyłka osoby sporządzającej ofertę. Ponadto zamawiający dysponował wszystkimi danymi do jej poprawienia, a samo jej poprawienie nie prowadziło do istotnych zmian w treści oferty. Czynność poprawienia nie wpływała bowiem ani na ranking ofert, oferta przystępującego COMP pozostała na tym samym miejscu w kwalifikacji złożonych ofert. Zmiana ceny oferty była zaś zmianą rzędu ok. 0,67%. Powyższe przesądza o braku naruszeń po stronie zamawiającego.

W ocenie Izby potwierdzone zostało naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO SA z uwagi na zaoferowanie przez tegoż przystępującego rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający zasadnie wezwał przystępującego WASKO SA do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego WASKO SA Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał kilka okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, ale nie wykazał sposobu tego wpływu ani

nie podał realnych wartości obniżających cenę. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę.

W myśl art. 89 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami.

Wskazując na powyższe Izba skonstatowała, że przystępujący WASKO SA nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska. Konstatacja ta nie ma jednak wpływu na wynik postępowania, w związku z czym Izba nie uwzględniła odwołania w tym zakresie i nie nakazała zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Oferta przystępującego została bowiem sklasyfikowana na drugim miejscu, a zatem stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Izba podtrzymuje przy tym argumentację dotyczącą braku wpływu naruszenia na wynik postępowania, przytoczoną przy rozpoznawaniu zarzutu dotyczącego nieuprawnionego zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez przystępujących WASKO SA i COMP SA.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego WASKO z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych

---

warunków zamówienia polegającej na zaoferowaniu wyświetlaczy niespełniających wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że wykonawcy w składanych ofertach nie byli zobowiązani do podania nazwy/producenta/modelu sprzętu, który będzie wykorzystany przy realizacji przedmiotu zamówienia. Dane te wykonawca będzie zobowiązany przedstawić dopiero po zawarciu umowy. Zamawiający nie miał zatem możliwości zweryfikowania oferty w zakresie wskazanym przez odwołującego. Zamawiający czynność tę przeniósł na etap realizacji umowy.

Izba nie dopatrzyła się zatem po stronie zamawiającego jakichkolwiek naruszeń uzasadniających podniesiony zarzut. Skoro zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania producenta wyświetlacza i wykonawcy takich danych w ofertach nie podawali, nie sposób zarzucić zamawiającemu, że informacji tych nie zweryfikował. Tym samym Izba uznała podniesiony zarzut za nieuzasadniony.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego WASKO SA z treścią SIWZ w zakresie powierzenia części prac podwykonawcom.

W tym zakresie Izba uznaje za zasadne stanowisko zamawiającego, iż mógł on - zgodnie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp - zastrzec do osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem, instalacją w ramach zamówienia na dostawy. Tym samym pojęcia takie jak rozmieszczenie, instalacja zostały przez ustawodawcę przypisane do kategorii dostaw. Przedmiot zamówienia został w niniejszej sprawie zakwalifikowany jako dostawa, w której występują elementy robót budowlanych. Biorąc pod uwagę powyższe, zastrzeżenie określonych prac do osobistej realizacji przez wykonawcę dotyczy zamówienia w zakresie wpisującym się w dostawę. Tymczasem wykonawca WASKO S.A. wskazał na prace projektowe i budowlane, co potwierdza, iż do realizacji podwykonawcom zostaną przekazane te elementy, które dostawy nie stanowią, a wpisują się w roboty budowlane. Rozmieszczenie i instalacja dotyczą dostaw, a tym samym nie stanowią robót budowlanych.

Rozstrzygnięcie w zakresie powyżej wskazanych zarzutów jednocześnie przesądza o uznaniu pozostałych zarzutów odwołania za nieuzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....