Sygn. akt: KIO 2786/15

WYROK
z dnia 11 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 grudnia 2015 r.** przez wykonawcę **Comarch S.A., z siedzibą w Krakowie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 8 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – Funduszowi Rehabilitacji Osób (i) Państwowemu Niepełnosprawnych unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty; (ii) odtajnienie wyjaśnień z dnia 13 listopada 2015 r. złożonych przez wykonawcę Bazy i Systemu Bankowe sp. z o.o. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; (iii) odrzucenie oferty wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp; oraz (iv) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

---

2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Bazy i Systemu Bankowe sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Comarch S.A., z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od **wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** na rzecz **odwołującego Comarch S.A., z siedzibą w Krakowie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2786/15

UZASADNIENIE

W dniu 23 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarch S.A. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Państwowemu

Funduszowi Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej „Zamawiający”):

1) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wymaganego wadium ze względu na to, iż gwarancja wadialna przedłożona przez tego wykonawcę nie spełnia ustawowych wymagań;
2) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo iż oferta Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo iż Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie nie wykazała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożyła żadnych dowodów, a złożone informacje potwierdzają, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
6) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie

ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Comarch S.A. pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo że informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z uwagi na brak wniesienia przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wymaganego wadium ze względu na to, iż gwarancja wadialna przedłożona przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie spełnia ustawowych wymagań;
3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia;

6) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Comarch S.A. pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo

że informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści gwarancji bankowej przedłożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wynika, że zamawiający może się z niej zaspokoić (zatrzymać wadium) w sytuacji kumulatywnego zaistnienia okoliczności wskazanych w punkcie 1) i 2): „ Wykonawca 1) nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 907j.t. z późn. zm.), zwanej dalej ustawą tj. będąc poinformowany o i wyborze jego Oferty w okresie jej ważności i: .
a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub
b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub
c) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie,
2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, łub informacji o tym, ze nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

Jak zaznaczył Odwołujący z treści gwarancji wadialnej nie wynika, że zamawiający mógł zażądać zapłaty w sytuacji zaistnienia tylko jednej z okoliczności określonych w punkcie 1) lub 2). Okoliczności te nie są wskazane jako alternatywne, tj. 1) lub 2) - brak również postanowienia, zgodnie z którym bank zobowiązywałby się do wypłaty w sytuacji zasinienia z którejkolwiek ze wskazanych okoliczności.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż okoliczności, o których mowa w pkt. 2 jw. dotyczą okoliczności przed wyborem oferty, a okoliczności, o których mowa w pkt. 1 dotyczą sytuacji, gdy oferta została wybrana. Okoliczności określone w punktach 1) i 2) nigdy nie mogą równocześnie zaistnieć a zatem z przedmiotowej gwarancji wadialnej zamawiający nie ma możliwości się

zaspokoić (zatrzymać wadium). Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 1525/11.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że w SIWZ w rozdziale XVII zamawiający określił „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”. Zamawiający postawił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena - waga 60% - 60 punktów
2. Termin dostarczenia elementów dokumentacji - waga 20% - 20 punktów
3. Uzgodniony poziom usługi usuwania błędów systemu, pomyłek użytkowników i udzielania konsultacji (SLA) - waga 20% - 20 punktów
W kryterium ceny zamawiający określił następujące podkryteria:
- łączna cena brutto za świadczenie usług asysty technicznej przez okres 33 miesięcy - waga 20%
- łączna cena brutto za 9000 Roboczogodzin świadczenia usług modyfikacji i rozwoju - waga 20%
- łączna cena brutto za 1300 Roboczogodzin świadczenia usługi szkoleniowej, w tym 500 Roboczogodzin na szkolenia i warsztaty oraz 800 Roboczogodzin na szkolenia dla Użytkowników Systemu - waga 5%
- łączna cena brutto za wytworzenie dokumentacji - waga 15%.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ (formularz ofertowy) wykonawcy zobowiązani zostali do podania łącznej ceny brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III SIWZ oraz w „Istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego" - Załącznik nr 3 do SIWZ. Z załącznika nr 3 do SIWZ wynika, iż wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia Usług Szkoleniowych oraz Usług Modyfikacji i Rozwoju w ramach limitów roboczogodzin - Zamawiający może zlecać świadczenie tych usług, ale nie jest zobowiązany do wykorzystania przysługujących mu roboczogodzin (§2 ust. 2, §7, §8 oraz §14 ust. 10-16 i inne postanowienia Załącznika nr 3 do SIWZ). W formularzu ofertowym - w ramach Usług Modyfikacji i Rozwoju oraz Usług Szkoleniowych - wykonawcy zobowiązani byli do podania ceny brutto za 1 Roboczogodzinę, a cenę całkowitą za te usługi należało wyliczyć przy założeniu maksymalnej ilości Roboczogodzin. Faktyczna ilość wykorzystania wskazanych Roboczogodzin będzie wynikać jednak z rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, wynagrodzenie z tytułu wykonywania poszczególnych Usług Modyfikacji i Rozwoju oraz Usług Szkoleniowych

stanowić będzie iloczyn zleconych do wykonania Roboczogodzin oraz jednostkowej stawki za Roboczogodzinę (§14 ust. 10-16 i inne postanowienia Załącznika nr 3 do SIWZ).

Jak zauważył Odwołujący, Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w swojej ofercie przedstawiła cenę brutto oferty w wysokości 6 168 144,64 zł, przy czym jak wynika z formularza ofertowego:
- w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju BSB oferuje cenę brutto za jedną Roboczogodzinę w wysokości 29,52 zł brutto,
- w ramach Usług Szkoleniowych BSB oferuje cenę brutto za jedną Roboczogodzinę w wysokości 45,51 zł brutto.

W ocenie Odwołującego złożenie przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 jak i art. 15 ust. 1 pkt 1), bowiem podane przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. stawki (ceny za Roboczogodziny) są stawkami poniżej kosztów, które mają na celu jedynie wykorzystanie podkryteriów oceny ofert, uzyskanie w nich jak największej ilości punktów i wyeliminowanie innych wykonawców (nawet tych, których łączna cena jest niższa).

Odwołujący stwierdził, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie mogły wykazać w wyjaśnieniach („w sprawie rażąco niskiej ceny") prawidłowości i rzetelności swoich działań przy kalkulacji cen za Roboczogodzinę w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz w ramach Usług Szkoleniowych. Ceny te bowiem nie uwzględniają nawet pełnych kosztów zatrudnienia pracowników (wynagrodzenie oraz wszelkie ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia, podatki jak i rezerwę na urlopy), nie mówiąc już nawet o innych kosztach, takich jak koszt zapewnienia i utrzymania środowisk informatycznych, kosztów zapewnienia i obsługi miejsca pracy dla osób, które będą realizować przedmiotowe usługi, kosztów amortyzacji środków trwałych związanych zapewnieniem i obsługą miejsca pracy (jak np. notebooki, inne składniki majątku trwałego związane z miejscem pracy), materiałów biurowych i eksploatacyjnych nie podlegających amortyzacji, zaliczanych bezpośrednio do

kosztów zużycia materiałów, kosztów lokalizacji obejmujących rozliczenie całości kosztów związanych z obsługą lokalizacji, w której pracownik ma swoje stanowisko pracy (w tym media, sprzątanie, ochronę, wynajem, podatek od nieruchomości etc.), kosztów gwarancji, kosztów dojazdów do Zamawiającego, kosztów zdalnego dostępu, kosztów zarządzania projektem, kosztów administracyjno-biurowych, czy wreszcie kosztów spełnienia wymagań określonych w §13 wzoru umowy „Prawa autorskie i licencje".

Jak wskazał Odwołujący podanie przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. cen za

Roboczogodzinę na wskazanych poziomach (29,52 zł brutto w przypadku Usług Modyfikacji i Rozwoju i 45,51 zł w przypadku Usług Szkoleniowych) stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, którego celem jest uzyskania przedmiotowego zamówienia na skutek nieuprawnionych, niekonkurencyjnych praktyk prowadzących do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, czy przedsiębiorców, tych którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2814/11, KIO 2819/11.

Odwołujący wyraził przypuszczenie, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. będzie twierdzić, iż koszty Usług Modyfikacji i Rozwoju i Usług Szkoleniowych zostały częściowo ujęte w innych pozycjach, ale, zdaniem Odwołującego, brak wydzielenia realnych kosztów świadczenia tych usług Modyfikacji i Rozwoju i Usług Szkoleniowych i ich ewentualne ujęcie w kosztach innych usług, potwierdza jedynie to, na co zwraca uwagę wyrok KIO 2814/11, KIO 2819/11, tj. „brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie (prowizorycznie), a nie realnie wyceny tych usług przyjmując wartość jednostkową tej usługi na poziomie najniższym, nierealistycznym, dającym mu większe szanse na uzyskanie mniejszego zamówienia publicznego. Takiego działania nie można - zdaniem Izby - uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, a może zwłaszcza na tym rynku, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. O takich praktykach w omawianym przypadku - zdaniem Izby - mówić nie można (...) samo stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli powyższe prowadzi bądź może tylko prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy należy uznać za wypełnienie podstaw do stwierdzenia dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, co z kolei prowadzi do odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego".

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z przepisami o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, zaś te powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem najlepszych efektów do danych nakładów. Wskazała, że zamawiający celowo wyodrębnił w postanowieniach SIWZ Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe od pozostałych usługi w taki sposób, aby móc płacić za Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe po ich realizacji. Odwołujący zwrócił uwagę, że przy wycenie usług Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe w ramach innych usług zamawiający zmuszony byłby płacić w ramach ryczałtu także za Usługi

Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe, mimo nie zlecania realizacji tych usług. Takie działanie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. jest, w ocenie Odwołującego również sprzeczne z ustawą z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, z której wynika, że poszczególne składniki wycenia się, stosując rzeczywiście poniesione na ich nabycie (wytworzenie), ceny (koszty) z zachowaniem zasady ostrożności.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzutu zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący argumentował, że według jego wiedzy zamawiający zwrócił się do Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający otrzymał od Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyjaśnienia, których treść nie została Odwołującemu udostępniona i Odwołujący nie otrzymał do nich wglądu (odmowa zawarta jest w piśmie zamawiającego z dnia 24 listopada 2015 r.).

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z udzielonych przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyjaśnień (pisma będącego odpowiedzią na wezwanie, wraz ze wszystkimi ewentualnymi załącznikami) na okoliczność, iż w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożyła żadnych dowodów, a złożone informacje potwierdzają, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w rzeczywistości nie złożyła wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (z treści udzielonych wyjaśnień nie wynikają żadne istotne okoliczności dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na cenę oferty). Zdaniem Odwołującego, nie istnieją jakiekolwiek szczególne okoliczności dostępne dla Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. uzasadniające cenę ofertową zaoferowaną przez tego

wykonawcę, w tym cenę w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju BSB za jedną Roboczogodzinę w wysokości 29,52 zł brutto oraz cenę w ramach Usług Szkoleniowych za jedną Roboczogodzinę w wysokości 45,51 zł brutto. Odwołujący wyraził przekonanie, że złożone przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyjaśnienia w sprawie ceny są nierzetelne, a Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w żaden sposób nie udowodniła, że istnieją okoliczności uzasadniające taką kalkulację ceny, gdyż nie wykazała, że posiada jakieś specjalne uwarunkowania niedostępne dla innych wykonawców.

W ocenie Odwołujący Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego zamawiający naruszył również art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, zamawiający naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wyraził przekonanie, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w złożonych przez siebie wyjaśnieniach musiało niezgodnie z prawdą zapewniać o rzetelności i prawidłowości swoich cen.

Odnosząc się do zarzuty zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca ten podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji.

Jak zauważył Odwołujący, zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Odwołujący zwrócił

również uwagę na dyspozycję art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał też, że z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:
i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący wskazał odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności). Odwołujący zaznaczył, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zastrzeżenie ww. pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne - zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, jak zauważyła Odwołujący zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił, czym naruszył przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego nie doszło również do wykazania spełnienia wszystkich przesłanek, o których mówi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący

wniósł przy tym o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z przedłożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. pisma (odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) na okoliczność, iż informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w związku z koniecznością wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. ze wskazaniem wszystkich powodów (z zastosowaniem wszystkich podstaw prawnych i

faktycznych), zarówno tych wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. informującym o wykluczeniu Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., jak i tych dodatkowych wskazanych w odwołaniu; jak i w związku z koniecznością odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.;

- wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;
- odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- odtajnienia (ujawnienia) pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny; a także nakazanie zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. pisma oraz udostępnił Odwołującemu ww. pismo;
- powtórzenia czynności zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienia o wykluczeniu Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z podaniem pełnego zakresu uzasadnienia prawnego i faktycznego dla wykluczenia tego wykonawcy oraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego dla odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe

Sp. z o.o.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 118 – 213708 z dnia 30 czerwca 2015 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego oraz wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. (dalej „BSB") na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iv) wezwanie Zamawiającego z dnia 10 listopada 2015 skierowane do BSB oraz odpowiedź wykonawcy BSB z dnia 13 listopada 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (v) wyciąg z biuletynu statystycznego województwa kujawsko-pomorskiego za 111 kwartał 2015 r. na okoliczność, że przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze informacja i komunikacja za dziewięć miesięcy 2015 r. wyniosło 5078,18 zł brutto; (vi) wyciąg z dokumentu pn. „Zatrudnienie i wynagrodzenia w gospodarce narodowej w pierwszym półroczu 2015" publikacja GUS - na okoliczność, iż przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze informacja i komunikacja wyniosło 7290,38 zł brutto; (vii) wyciąg z raportu płacowego - podsumowanie 2014 - firmy „CPT. jobs" na okoliczność, że najniższe wynagrodzenie miesięczne brutto na stanowisku Oracle developer wynosi 7500 zł brutto; (viii) wyciągów ze sprawozdać finansowych BSB, ostatnich trzech lat obrotowych (2012-2014) na okoliczność, iż średni koszt zatrudnienia pracownika w przeliczeniu na roboczogodzinę znacznie przekracza kwotę 37,00 zł.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Stworzenie i dostawę dokumentacji, świadczenie usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz realizację modyfikacji Systemu Obsługi Finansowej SOF2 PFRON". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 czerwca 2015 r. pod nr 2015/S 118-213708.

Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 8.450.050 zł. Zamawiający zaprosił 5 wykonawców do złożenia ofert.

Zgodnie z SIWZ, Rozdział III na przedmiot zmówienia składały się następujące elementy: (i)

szkoleniowe; (iv) Usługa Modyfikacji i Rozwoju. Szczegóły dotyczące każdej z ww. części zamówienia zostały określone w załącznikach do SIWZ.

W Rozdziale XVII Zamawiający opis kryteria oceny ofert. Zamawiający wprowadził kryterium Cena „C", o wadze 60% (60 punktów), które składało się z następujących pod - kryteriów:

1) łączna cena brutto za świadczenie usługi asysty technicznej i konserwacji przez okres 33 miesięcy – 20% (20 punktów);
2) łączna cena brutto za 9000 roboczogodzin świadczenia usługi modyfikacji i rozwoju – 20% (20 punktów)
3) łączna cena brutto za 1300 roboczogodzin świadczenia usługi szkoleniowej, w tym 500 roboczogodzin na szkolenia i warsztaty techniczne oraz 800 roboczogodzin na szkolenia dla użytkowników systemu – waga 5% (5 punktów);
4) łączna cena za wytworzenie dokumentacji – waga 15% (15 punktów).

Ponadto Zamawiający wprowadził kryterium dostarczenia dokumentacji – waga 20% oraz kryteria SLA dla usługi asysty technicznej i konserwacji – waga 20%.

W załączniku nr 2 do SIWZ – Oferta, Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania składników ceny. Zamawiający wymagał podania ceny brutto, maksymalnej liczby roboczogodzin oraz ceny brutto za 1 roboczogodzinę. Elementy te składały się na łączną cenę oferty.

W załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający zawarł istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w §2 pkt 2 wskazał, że wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi szkolenia oraz Usługi Modyfikacji Rozwoju w ramach limitów roboczogodzin określonych w pkt 1.3 oraz 1.4. (maksymalnie 1300 roboczogodzin dla usług szkolenia oraz maksymalnie 900 dla Usługi Modyfikacji i Rozwoju). Zamawiający nie jest zobowiązany do wykorzystania roboczogodzin przysługujących mu na podstawie umowy w ramach tych usług. W §14 Zamawiający określił zasady wynagrodzenia. Wynagrodzenie za Stworzenie i Dostawę Dokumentacji będzie płatne etapami, zgodnie ze wskazanym harmonogramem. Łączną cena za wykonanie tego etapu zamówienia nie przekroczy kwoty wskazanej w ofercie przez wykonawcę. Wynagrodzenie za usługę Asysty Techniczne i Konserwacji Systemu ma charakter ryczałtowy i płatny miesięcznie, naliczane począwszy od dnia w którym wykonawca rozpoczął świadczenie usługi. Wynagrodzenie za Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu oraz za Usługi Szkoleniowe będzie w rozliczania w ramach limitu roboczogodzin, wg. stawki za

jedną roboczogodzinę wskazanej w treści oferty wykonawcy.

Izba ustaliła, że bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował wykonawców, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 10.393.561,50 zł brutto. W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert. W zakresie kryterium Cena – wykonawca BSB zaoferował łączną cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 6.168.144,64 brutto zł, wyceniając poszczególne etapy realizacji zamówienia w następujący sposób: (i) usługa Asysty technicznej i Konserwacji – 287.800 zł brutto, Usługa Modyfikacji i Rozwoju – 265.680 zł. brutto; (iii) Szkolenia i warsztaty na temat technicznych aspektów działania systemu dla administratorów Zamawiającego lub innych podmiotów przez Zamawiającego – cena 26.408 zł. brutto; (iv) szkolenie dla użytkowników merytoryczne systemu – 36,408 zł brutto; (v) Stworzenie i Dostawa Dokumentacji Systemu – 5.555.501,64 zł brutto.

Odwołujący zaproponował cenę 5.057.250 zł brutto. Odwołujący wyceniał poszczególne elementy zamówienia w następujący sposób: (i) usługa Asysty technicznej i Konserwacji –

996.3000 zł brutto, Usługa Modyfikacji i Rozwoju – 996.300 zł. brutto; (iii) Szkolenia i warsztaty na temat technicznych aspektów działania systemu dla administratorów Zamawiającego lub innych podmiotów przez Zamawiającego – cena 55.350 zł. brutto; (iv) szkolenie dla użytkowników merytoryczne systemu – 88.560 zł brutto; (v) Stworzenie i Dostawa Dokumentacji Systemu – 2.291.250 zł brutto.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BSB do złożenia wyjaśnień czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podobne wezwanie zostało skierowane również do Odwołującego. Wykonawca BSB złożył wyjaśnienia pismem z dnia 13 listopada 2015 r., zastrzegając ich treść jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 18 listopada 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy BSB na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz o uznaniu oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu wykonawcy BSB z postępowania stwierdził, że złożona przez ww. wykonawcę gwarancja wadialna nie spełnia ustawowych wymagań z uwagi na okoliczność, iż jej treść zawęża ustawowe uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że przepis ten przewiduje uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium gdy „zawarcie umowy w sprawie zamówienia

publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, co obejmuje szerszy zakres przypadków niż przesłanka zatrzymania wadium przewidziana w gwarancji wadialnej przedstawionej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.: „nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie”. Dla zobrazowania sytuacji zamawiający jako przykład zawężenia zakresu odpowiedzialności gwaranta, które nastąpiło w złożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. gwarancji wadialnej wskazał, że użyte w pkt 1 lit. c gwarancji sformułowanie „wykonawca nie zawarł” odnosi się do działania wykonawcy, natomiast przesłanka z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy „zawarcie umowy stało się niemożliwe”, a więc nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania po stronie wykonawcy.

W dniu 7 stycznia 2016 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący – wykonawca BSB, w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp, zgłosił podczas posiedzenia z udziałem stron oświadczenie do protokołu o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania do rozprawie.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert. Wobec tego Odwołujący, który podniósł w odwołaniu zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

W ocenie Izby potwierdził się zawarty w odwołaniu zarzut, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy BSB pomimo że złożenie oferty przez powyższego wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 Nr 47, poz. 211 ze zm.) (dalej „UZNK"). Ponadto, w ocenie Izby wykonawca BSB w złożonych wyjaśnieniach z dnia 13 października 2015 r. nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek koniecznych do zastrzeżenia informacji zawartych ww. piśmie jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, Sąd Najwyższy wskazał, iż artykuł 3 ust. 1 UZNK może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie kryteria oceny ofert nie były sporne pomiędzy stronami. W zakresie kryterium „Cena" Zamawiający wyszczególnił cztery pod-kryteria i przypisał im określoną wagę: Usługa Tworzenia i Dostawy Dokumentacji stanowiła 15% wagi w kryterium Ceny, Usługa Modyfikacji i Rozwoju - 20%, Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji – 20% oraz Usługi Szkolenia – 5%. Koszt poszczególnych usług wyliczany był na podstawie informacji zamieszczanych przez wykonawców w formularzu oferty. W wykazie składników ceny oferty wykonawcy byli zobowiązani do określenia ceny brutto za 1 roboczogodzinę dla ww. usług oraz maksymalną liczbę zakładanych roboczogodzin (z wyłączeniem usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu). Przy czym Zamawiający wskazał w SIWZ, iż nie jest zobowiązany do wykorzystania roboczogodzin przysługujących mu na podstawie umowy w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkolenia. Usługa zaś Asysty Technicznej i Konserwacji uruchamia się w przypadku

zapotrzebowania Zamawiającego. Wynagrodzenie takie będzie płatne w sytuacji zgłoszenie awarii i jej prawidłowego usunięcia przez wykonawcę. Za Stworzenie i Dostarczenie Dokumentacji wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wskazane w treści oferty, płatne etapami po odbiorze przez Zamawiającego poszczególnych obszarów dokumentacji.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że wykonawca BSB dopuścił się manipulowania sposobem wyceny kosztu jednej roboczogodziny dla wykonania poszczególnych etapów zamówienia, w ten sposób, że wyceniając koszt roboczogodziny za wykonanie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usług szkolenia zastosował odmienną metodologię wyceny, niewliczając w koszt roboczogodziny kosztów nieprodukcyjnych oraz marży. W ten sposób wykonawca BSB wycenił koszt wykonania powyższych zakresów zamówienia na znaczenie zaniżonych poziomie i dzięki temu uzyskał maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert wskazanym w Rozdziale XVII, pkt 1.1.1, 1.1.2 oraz 1.1.3 SIWZ. Natomiast wyceniając koszt roboczogodziny na część zamówienia gwarantowaną przez Zamawiającego tj. Usługę Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu wykonawca BSB zastosował odmienną metodologię wyceny, znaczenie zawyżając koszt wykonania tej części zamówienia w stosunku do innych wykonawców i gwarantując sobie w ten sposób, niezależnie od tego czy Zamawiający zdecyduje się zlecenie wykonawcy Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia, zapłatę niemal 90% wynagrodzenia należnego za wykonanie całego zamówienia, nie zaś jednego z jego etapów.

W ocenie Izby wykonawca BSB w sposób sprzeczny z zasadami uczuciowej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dobrymi obyczajami wykorzystał kryteria oceny ofert z jednej strony do uzyskania maksymalnej liczby punktów w trzech najbardziej punktowanych pod-kryteriach w kryterium „Cena" (Usługa Tworzenia i Dostawy Dokumentacji stanowiła tylko 15% wagi w kryterium Ceny, zaś Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia stanowiły łącznie 45% wagi w kryterium Cena), z drugiej zaś strony przyjmując ww. metodologię wyceny zagwarantował sobie uzyskania najwyższego wynagrodzenia, niezależnie od tego czy Zamawiający wykorzysta roboczogodziny przysługujących mu na podstawie umowy w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkolenia. Uzasadniając powyższą metodologię wyceny kosztów poszczególnych roboczogodzin, wykonawca BSB powołał się na politykę kształtowania cen obowiązującą w spółce oraz na okoliczność, iż z uwagi na potencjalny charakter ww. części zamówienia nie obciążył w przedłożonych wyliczeniach kosztu roboczogodziny innymi kosztami ogólnymi czy też alokowanymi. Wykonawca powołał się również na roczny plan finansowy i wskazał, że obciążenie ww. częściach zamówienia kosztami alokowanymi i

innymi narzutami potencjalnych przychodów w przypadku niepełnego wykorzystania przez Zamawiającego planowanych godzin mogłoby spowodować perturbacje w realizacji planu finansowego, celem zaś działania wykonawcy jest efektywność kosztowa i maksymalizacja zysku. W ocenie Izby żadna z powyższych okoliczności nie może stanowić uzasadnienia dla przyjęcia odmiennej metodologii wyceny kosztu roboczogodziny dla poszczególnych elementów zamówienia. Wskazać bowiem należy, że zadaniem wykonawcy jest rzetelna wycena każdego elementu składającego się na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał od wykonawców wskazania w treści oferty ceny brutto 1 roboczogodziny dla poszczególnych składników składających się na realizację zamówienia. Tym samym cena każdej roboczogodziny wskazana w treści formularza oferty przez wykonawcę BSB winna obejmować całkowity koszt tej pozycji, w tym również koszty pośrednie oraz przewidywaną marżę. Rekompensowanie rażącego zaniżenia ceny roboczogodziny za wykonanie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia poprzez zawyżenie wyceny innych pozycji (tj. Usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu) jest niczym innym jak manipulacją sposobem wyceny zmierzającą do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Cena" przy jednoczesnym zagwarantowaniu sobie niemal całości wynagrodzenia za realizację jednego z pięciu etapów realizacji zamówienia. W ocenie Izby każdy wykonawca zobowiązany był do skalkulowania ceny oferty na podstawie realnie skalkulowanych ceny roboczogodziny każdej pozycji, a nie tylko do matematycznego wyliczenia na podstawie dowolnie wycenionych pozycji jednostkowych ceny oferty, która byłaby adekwatna wyłącznie dla abstrakcyjnie i subiektywnie ocenianego przez danego wykonawcę przedmiotu zamówienia. Wyobrażenie wykonawcy BSB jak będzie przebiegać realizacja zamówienia po podpisaniu umowy, czy Zamawiający zleci wykonawcy planowane roboczogodziny czy też nie, nie ma nic wspólnego z tym, co należało wycenić w formularzu oferty przygotowanym przez Zamawiającego. Zamawiający bowiem wymagał wyceny jednej roboczogodziny dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, a wycena te winna obejmować wszystkie koszty, nie zaś wybrane przez wykonawcę. Podkreślić również należy, że z uwagi na sposób wynagradzania przewidziany w umowie za realizację Usługi szkolenia czy Usługi Modyfikacji i Rozwoju, również na etapie realizacji zamówienia kluczowe znaczenie ma adekwatna wycena każdej pozycji formularza cenowego, szczególnie gdyż to ona będzie podstawą do wyliczenia należnego wynagrodzenia z tytułu faktycznie świadczonych usług, a cena oferty będzie wyznaczała jedynie maksymalny pułap globalnego wynagrodzenia umownego.

Podkreślić należy, że analiza porównawcza wyceny pozycji dotyczących roboczogodziny w zakresie Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu prowadzi do następujących wniosków. W ofercie wykonawcy BSB powyższa usługa stanowi około 90% wartości wynagrodzenia. W

ofercie Odwołującego powyższa usługa stanowić około 45%, zaś u wykonawcy Softman S.A. stanowi około 43%. Oznacza to, że przyjęta przez wykonawcę BSB metodologia wyceny

roboczogodziny za usługę Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu zagwarantuje wykonawcy otrzymanie 90% wynagrodzenia, niezależnie od tego czy Zamawiający zleci wykonawcy dodatkowe roboczogodziny w zakresie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia. Sposób skalkulowania ceny oferty przez wykonawcę BSB czynił jego ofertę tylko pozornie tańszą w zakresie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia. Z wyceny bowiem przedłożonej przez wykonawcę BSB oraz z porównania do ofert innych wykonawców wynika, że Zamawiający przy założeniu braku zlecenia planowanych godzin w zakresie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia zapłaci najwięcej wykonawcy BSB za realizację zamówienia. Wykonawca BSB rażąco bowiem zaniżył stawki roboczogodziny za wykonanie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia, nieuwzględniając w nich określonych kosztów oraz zawyżył koszt wykonania usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu, czyli tej części zamówienia co do której wykonawca ma pewność, iż otrzyma wynagrodzenie.

W końca wskazać należy, że wykonawca BSB argumentował, że koszty nieprodukcyjne oraz należna wykonawcy marża, które ewentualnie wykonawca mógłby ponieść w przypadku zlecenia przez Zamawiającego Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia zostały uwzględnione w ramach Usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu. Z treści złożonych wyjaśnień taki wniosek można wysnuć. Wykonawca bowiem na stronie 7 i 14 wyjaśnień oświadczył, że w ramach Usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu uwzględnił koszty nieprodukcyjne spółki. Potwierdził to również podczas rozprawy. Jednakże przyjęcie takiej metodologii wyceny jest w ocenie Izby nieprawidłowe. Hipotetyczny charakter Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia nie zwalniał wykonawcy BSB od rzetelnego skalkulowania kosztu roboczogodziny. Jeśli jak twierdzi wykonawca BSB koszty roboczogodziny nieodzwierciedlone w wycenie roboczogodziny dla Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia zostały wliczone do kosztów wykonania Usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu, to taki sposób rozliczenia jest wyłącznie korzystny dla wykonawcy, nie zaś dla Zamawiającego. W przypadku bowiem braku zlecenia przez Zamawiającego powyższych usług, Zamawiający nadal jest zobowiązany do zapłaty całości wynagrodzenia za usługę Stworzenia i Dostawy Dokumentacji. Tym samym, przyjmując twierdzenia wykonawcy BSB za prawdziwe, Zamawiający płaciłby wykonawcy za koszty, których wykonawca nie poniósł. Nie sposób więc uznać zaprezentowanego przez wykonawcę sposobu obliczenia kosztu roboczogodziny

za prawidłowy.

W ocenie Izby manipulowanie przez wykonawcę BSB sposobem wyceny kosztu roboczogodziny dla wykonania poszczególnych części zamówienia doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Z powyższego należy wywnioskować, iż celem działania wykonawcy BSB było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia i bez wątpienia zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo i zgodnie z SIWZ skalkulowali koszt roboczogodziny za poszczególne usługi, a podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert znaleźli się w gorszej sytuacji. Powyższe działanie wykonawcy można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 UZNK. Zatem, sytuacja ta obligowała Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie tego działania stanowiło naruszenie ww. przepisu.

Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutu złożony po zamknięciu rozprawy dokument wykonawcy BSB pn. „Model szacowania rentowności projektów informatycznych". Dowód ten należy znać za spóźniony. Ponadto, w ocenie Izby, przyjęty przez wykonawcę model szacowania rentowności projektów informatycznych nie sanuje nieprawidłowego działania wykonawcy. Oferta każdego wykonawcy winna być przygotowana z zachowaniem zasad postępowania przetargowego, w sposób uczciwy i rzetelny odzwierciedlać realny koszt roboczogodziny za wykonanie każdej części zamówienia. Schemat rozliczenia kosztów nie może być oderwany od SIWZ z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający zaś wymagał podania ceny jednej roboczogodziny dla każdej części zamówienia, która podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert „Cena". Wykonawca BSB w sposób świadomy, co sam potwierdził podczas rozprawy i w treści złożonych dokumentów, nie uwzględnił wszystkich kosztów składających się na koszt roboczogodziny dla określonych elementów zamówienia, przerzucając je do innych pozycji. Takie działania Izba uznała, w świetle zapisów SIWZ, za nieuczciwe i zagrażające interesom innych wykonawców jak i interesom Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że oferta wykonawcy BSB winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się. Wskazać należy, że zgodnie z znowelizowanym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegające określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa jest obarczony ciężarem dowodu wykazania zamawiającemu zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca ma zatem obowiązek wraz z ofertą udowodnić, przedkładając w tym celu odpowiednie dowody, że dana informacja zasługuje na ochronę. Zgodnie zaś z art. 11 ust. 4 UZNK 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. Aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie tego przepisu, musi zostać spełniona zarówno przesłanka formalna, jak też materialna. Przesłanka formalna jest spełniona wówczas, gdy zostanie wykazane, iż przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny. Poufność danych musi być wyraźnie lub w sposób dorozumiany zamanifestowana przez samego przedsiębiorcę. Przesłanka materialna zaś to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informację mają wartość gospodarczą tj. dotyczą kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość). Wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie wykonawca BSB nie wykazał spełnienia przesłanek koniecznych do zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 13 października 2015 jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla uznania bowiem słuszności zastrzeżenia określonych informacji nie wystarczy odwołać się do ogólnikowych stwierdzeń i niczym nie popartych oświadczeń wykonawców o tym, iż informacje mają znaczenie gospodarcze, zaś na skutek ich ujawnienia przedsiębiorca będzie potencjalnie narażony na szkodę. Wykonawcy winni wykazać Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowe – skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona.

W ocenie Izby w omawianym stanie faktycznym wyjaśnienia co do zasadności zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy BSB nie były na tyle precyzyjne, aby na ich podstawie uznać zasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca ten ograniczył się do ogólnych stwierdzeń o niebagatelnej wartości zastrzeżonych informacji oraz że ujawnienie informacji pozwoliłoby innym podmiotom czerpać z doświadczenia wykonawcy i dawałoby im tym samym pewną przewagę na rynku. Takie wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia nie może być uznane za wystarczające.

W ocenie Izby wykonawca BSB nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz możliwości wykorzystania ich przez innych wykonawców ze

szkodą na wykonawcy BSB. Za takie wykazanie nie sposób uznać stwierdzenia o tym, że ujawnienie informacji spowoduje, iż inny wykonawcy uzyskają pewną przewagę na rynku informatycznym. Wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). W ocenie Izby wykonawca BSB w żaden sposób nie wykazał Zamawiający w jaki sposób informacje zawarte w treści wyjaśnień mogą być wykorzystane przez inne podmioty ze szkodą dla wykonawcy. I nie chodzi tu o ogólne nic nie znaczące stwierdzenia, ale o konkretną analizę potencjalnych możliwości wykorzystania ze szkodą na wykonawcy zastrzeżonych informacji. Informacje o wartości średniego wynagrodzenia są dostępne w sprawozdaniach finansowych wykonawcy BSB, podobnie jak koszty zatrudnienia czy też liczba pracowników. Samo wskazanie departamentów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia nie może być uznane za informację mającą obiektywną wartość gospodarczą. Metodologia obliczenia ceny została ujawniona przez samego wykonawcę BSB podczas rozprawy, a skoro została zatwierdzona przez audytora spółki to jest również odzwierciedlona w opinii audytora oraz zbadanych sprawozdaniach finansowych. Zaś informacja o przewidywanej liczbie roboczogodzin w kontekście tego konkretnego postępowania nie ma, w ocenie Izby, obiektywnej wartości gospodarczej, a wykonawca BSB nie wykazał w żaden sposób w jaki sposób może być ona wykorzystana przez innych wykonawców. Podkreślić bowiem należy, że każdy wykonawca ocenia planowaną pracochłonność na podstawie indywidualnej i subiektywnej oceny

umiejętności członków zespołu realizującego zamówienie. Trudno wyobrazić sobie, że inny wykonawca może w jakikolwiek sposób wykorzystać ze szkodą dla wykonawcy BSB informacji o przewidywanej liczbie roboczogodzin na realizację zamówienia skoro sam złożył już ofertę, wyliczył przewidywany koszt realizacji zamówienia, a tym samym przewidywaną liczbę roboczogodzin, mając na uwadze własną kadrę pracowników i ich umiejętności. Wychodząc zaś poza ramy przedmiotowego postępowania przetargowego, to nie sposób przypisać takim informacjom obiektywnej wartości gospodarczej. Ilość roboczogodzin jest obliczona na potrzeby konkretnego postępowania, konkretnych i indywidualnych potrzeb Zamawiającego i możliwość ich wykorzystania poza ramy przedmiotowego postępowania nie została w żaden sposób wykazana przez wykonawcę BSB. Wykonawca również nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej informacji zawartych w złożonym harmonogramie. Informacje zawarte w tym dokumencie wynikają z opisu przygotowanego przez Zamawiającego i wskazanego w SIWZ. Wskazać również należy, że okoliczność włożenia przez wykonawcę określonego wkładu pracy w celu przygotowania wyjaśnień czy też harmonogramu nie chroni automatycznie ww. dokumentów jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Chęć uzyskania zamówienia wiąże się nierozerwalnie z koniecznością zaangażowania pracowników wykonawcy w przygotowanie oferty i dokumentów towarzyszących, jednakże wkład pracy w przygotowanie takich dokumentów nie jest samodzielną przesłaną do zastrzeżenia ich treści jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podkreślić dalej należy, że część informacji zawarta w treści wyjaśnień ma charakter jawny, gdyż została przekazana przez Zamawiającego wszystkim wykonawcom. Ponadto sam Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 stycznia 2016 r. przekazanym Odwołującemu ujawnił część informacji zastrzeżonych w treści wyjaśnień z dnia 13 października 2015 r.

Wskazać również należy, że jedną z przesłanek koniecznych do wykazanie zasadności zastrzeżenia określonych informacji jest wykazanie, że przedsiębiorca podjął w swojej spółce działania zmierzające do ochrony zastrzeżonych informacji. W złożonych wyjaśnieniach Izba nie odnalazła takich informacji. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób treść wyjaśnień jest chroniona w przedsiębiorstwie, nie przedłożył listy osób mających dostęp do informacji ani

też nie przedstawił opisu ani żadnych dokumentów potwierdzających, że wykonawca BSB podjął działania zmierzające do nieujawnieni treści informacji osobom trzecim. Nie wykazał tym samym spełnienia przesłanki formalnej dla uznania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W końcu podkreślić należy, że zasadą postępowania przetargowego jest jawność postępowania. Umożliwia ona weryfikację działań zamawiających oraz wykonawców biorących udział w postępowaniu i ma na celu eliminację działań nieprawidłowych, sprzecznych z prawem. Izba stoi na stanowisku, że ograniczenie zasady jawności winno mieć miejsce w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych indywidualną specyfiką wykonawcy w ramach konkretnego postępowania przetargowego. Zjawisko zastrzegania szeregu informacji stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawców jest niepokojącą praktyką narastającą w postępowaniach przetargowych. Działanie takie zaprzecza wyrażonej przez ustawodawcę w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadzie jawności postępowania i pozbawia innych wykonawców prawa weryfikacji prawdziwości i rzetelności oświadczeń składanych przez wykonawców. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym winni mieć świadomość jawności postępowania przetargowego oraz konsekwencji z tym związanych. Złożenie oferty może się wiązać niejednokrotnie z ujawnieniem informacji, które w subiektywnej ocenie danego wykonawcy mają wartość gospodarczą. Odejście od zasady jawności postępowania zawsze winno być wykazane rzetelną i dokładną analizą charakteru zastrzeżonych informacji w ramach konkretnego postępowania przetargowego oraz skutków ich ujawnienia jakie może ponieść wykonawca. Wykazanie tych okoliczności nie może ograniczać się do ogólnych sloganów powtarzanych przez wykonawców, lecz to rzetelnej analizy, trudnej niejednokrotnie do przeprowadzenia, lecz koniecznej do odejścia od naczelnej zasady postępowania przetargowego tj. zasady jawności.

W ocenie Izby wykonawca BSB nie udźwignęli ciążącego na nim ciężaru dowodu wykazania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w dniu 13 października 2015 r. jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że zamawiający odrzuca oferty wykonawców, którzy nie złożyli wyjaśnień lub jeżeli wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby żadne z powyższych okoliczności nie wystąpiły w ramach analizowanego stanu faktycznego.

Po pierwsze wskazać należy, że zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę BSB został postawiony w okolicznościach utajnienia treści złożonych wyjaśnień przez wykonawcę BSB. Odwołujący mimo utajnienia treści wyjaśnień z dnia 13 października 2015 r. zdecydował się na postawienie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podstawa faktyczna zarzutów Odwołującego została ograniczona do zakwestionowania stawki roboczogodziny zaproponowanej przez wykonawcę BSB za realizację Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usług szkoleniowych. Odwołujący nie zakwestionował globalnej ceny za realizację zamówienia, ograniczając się do zakwestionowania wyceny wybranych dwóch elementów składających się na realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący zakwestionował również złożone przez wykonawcę BSB wyjaśnienia, wskazując w sposób ogólny, iż nie wykazały one, iż cena zaoferowana za realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Tak przestawione uzasadnienie faktyczne powyższych zarzutów nie mogło stanowić, w ocenie Izby, podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp czy też art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Uznając niezasadność podniesionych zarzutów Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim istotną okoliczność pominiętą w treści odwołania, a mianowicie fakt, iż cena oferty wykonawcy BSB nie była ceną najniższą za wykonanie zamówienia. Odwołujący złożył ofertę o ponad 1 milion zł tańszą od oferty wykonawcy BSB. Tym samym stawianie zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty wykonawcy BSB jest w ocenie Izby nieuzasadnione. Co więcej Odwołujący nie przestawił Izbie żadnej argumentacji na wykazanie, że wykonawca BSB nie ma możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Zakwestionowania zaś przez Odwołującego wycena roboczogodziny dla dwóch elementów składających się na przedmiot zamówienia została oceniona przez Izbę w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, nie zaś ceny rażąco nisko. Nie sposób bowiem uznać ceny zaproponowanej przez wykonawcę BSB za realizację zamówienia za cenę rażąco niską mając na uwadze następujące okoliczności: (i) cena zaproponowana przez Odwołującego za realizację zamówienia jest ceną o 20% niższą od ceny wykonawcy BSB; (ii) Odwołujący nie zakwestionował ceny globalnej zaproponowanej przez wykonawcę BSB za realizację zamówienia; (iii) Odwołujący ograniczył podstawę faktyczna zarzutów do ogólnych stwierdzeń, nie zaś to treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BSB w dniu 13 października 2015 r.; (iv) wykonawca BSB przedstawił szczegółowe wyliczenia kosztów realizacji każdego elementu składającego się na realizację zamówienia wraz z przyjętą metodologią takiej wyceny; (v) Odwołujący zakwestionował wycenę roboczogodziny dla Usług szkolenia oraz Usługi Modyfikacji i Rozwoju w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny

nieposiadając wiedzy na temat przyjętej przez wykonawcę BSB metodologii wyceny kosztów realizacji zamówienia.

Dalej wskazać należy, że wykonawca BSB w trakcie rozprawy powołał się na złożone w dniu 13 października 2015 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż wyjaśnienia te nie potwierdzają realności wyliczenia kosztów realizacji zamówienia. Argumentacja zaś Odwołującego sprowadzała się do generalnych stwierdzenia, iż wykonawca nie uwzględnił wszystkich koszów oraz że koszty za wykonanie Usług szkoleniowych oraz Usługi Modyfikacji i Rozwoju zbyt niskie. Co prawda wyjaśnienia były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ale nie pozbawiało to Odwołującego możliwości podejmowania inicjatywy dowodowej. Co prawa Odwołujący złożył dowody w postaci wyciągu ze sprawozdań finansowych wykonawcy BSB za lata 2012 – 2014 oraz informacje z biuletynu statystycznego województwa kujawsko – pomorskiego za III kwartał 2015 r., publikacji GUS pn. Zatrudnienie i wynagrodzenie w gospodarce narodowej w pierwszym półroczu 2015 r., raport płacowy - podsumowanie 2014 – firmy CPL, jednakże dowody te nie potwierdzają w ocenie Izby, iż istniały przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy BSB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 czy też art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Co do sprawozdań finansowych i informacji o średnim koszcie zatrudnienia pracownika w przeliczeniu na roboczogodzinę oraz kosztów prowadzenia działalności w przeliczeniu na roboczogodzinę, to informacja to nie odbiega do informacji zawartych w treści wyjaśnień wykonawcy BSB. Średnia wartość roboczogodziny obliczona na podstawie stawek wskazanych na stronie 6 jest wartością zbliżoną. Zakwestionowanie przez Odwołującego kosztu roboczogodziny za wykonania Usług szkolenia oraz Modyfikacji i Rozwoju oparte zostało, w ocenie Izby, na niepełnej wiedzy wykonawcy. Odwołujący bowiem nie znał treści wyjaśnień wykonawcy BSB i formułując swój zarzut nie wiedział, że koszt roboczogodziny wskazany w formularzu oferty nie uwzględnia określonych kosztów. Nieuwzględnienie zaś powyższych kosztów w wycenie roboczogodziny Izba uznała ze czyn nieuczciwej konkurencji, nie zaś za okoliczność stanowiącą podstawę do stwierdzenia zaoferowania przez wykonawcę BSB rażąco niskiej ceny. Przyjęta bowiem przez wykonawcę BSB metodologia wyceny roboczogodziny była w cenie Izby manipulacją cenami jednostkowymi zamierzającymi do zagwarantowania sobie jak najwyższego wynagrodzenia za realizację gwarantowanej części zamówienia i uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert „Cena”.

Co się zaś tyczy przedłożonych publikacji, Izba podziela stanowisko Przystępującego przedstawione w piśmie z dnia 5 października 2015 r. Raport płacowy CPL Job dotyczy

oczekiwań płacowych w branży informatycznej, nie zaś średniego wynagrodzenia w branży informatycznej w Bydgoszczy. Informacja z Biuletynu statystycznego województwa kujawsko – pomorskiego odnosi się do średniego wynagrodzenia w województwie kujawsko – pomorskim. Słusznie jednak wskazał Przystępujący, że na 6.217 pracowników, aż 5120 osób jest zatrudnionych przez 7 zagranicznych firm, gdzie wynagrodzenie kształtuje się na poziomie wyższym. Poza tym informacja o średnim wynagrodzeniu na terenie województwa kujawsko – pomorskiego nie może być jedynie początkiem dowodu co do rażąco niskiej ceny, nie zaś dowodem per se. Poza tym dokument ten odnosi się do szerokiej branży Informacji i Komunikacji, nie zaś specyficznie do średniego wynagrodzenia osób niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia przez wykonawcę BSB nie potwierdziły, iż zaoferował on cenę rażąco niską za realizację zamówienia. Wykonawca BSB przedstawił analizę kosztów realizacji zamówienia oraz sposobu ich wyliczenia, przewidywaną liczbę roboczogodzin, liczbę pracowników przeznaczanych do realizacji poszczególnych etapów zamówienia. Z treści wyjaśnień wynika, w ocenie Izby, że pomimo braku uwzględnienia w wycenie kosztu roboczogodziny dla wykonanie Usług szkolenia, Modyfikacji i Rozwoju oraz Asysty Technicznej i Konserwacji kosztów nieprodukcyjnych i marży, wykonawca BSB uwzględnił te potencjalne koszty w ramach usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu. Świadczą o tym stwierdzenia wykonawcy BSB zawarte na stronie 7 i 14 wyjaśnień, gdzie wykonawca wyjaśnia, iż 1 RB dla usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji systemu uwzględnione są koszty nieprodukcyjne Spółki.

W ocenie Izby, wobec ograniczonej i niezwykle ubogiej argumentacji i dowodów Odwołującego w zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień wykonawcy BSB, Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia powyższych przepisów przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Odwołujący argumentował, że z treści gwarancji przedłożonej przez wykonawcę BSB wynika, iż Zamawiający może się z niej zaspokoić wyłącznie w sytuacji kumulatywnego zaistnienia okoliczności wskazanych w pkt 1) oraz 2) treści gwarancji. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Wskazać należy, że z uwagi na abstrakcyjny

charakter gwarancji bankowej, jej zapisy podlegają literalnej wykładni. Ta zaś, w omawianym stanie faktycznym, nie prowadzi do wniosków prezentowanych przez Odwołującego.

Po pierwsze, pomiędzy punktem 1) oraz 2) spornej gwarancji bankowej nie występuje jakikolwiek funktor, a tym bardziej funktor „i" lub „oraz", który wskazywałby na konieczność kumulacji (koniunkcji) przesłanek wskazanych w pkt 1) oraz 2) gwarancji bankowej. Argument Odwołującego jakoby w treści gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę BSB powinien znajdować się spójnik „lub", gwarantujący Zamawiającemu prawo zaspokojenia się z gwarancji zarówno w sytuacjach wskazanych w pkt 1) i 2) jest w ocenie Izby argumentem niezasadnym. Skoro bowiem bank nie zdecydował się na wprowadzenia spójnika „i" pomiędzy punktem 1) oraz 2) dla ograniczenia możliwości zaspokojenia się Zamawiającego wyłącznie do sytuacji kumulatywnego zaistnienia ww. przesłanek, to tym samym, kierując się literalną wykładnią, uznać należy, że dopuścił możliwość zatrzymania wadium zarówno w sytuacji wystąpienia przesłanek wskazanych w pkt 1) jak i w pkt 2). Gdyby wolą banku objęcie koniunkcją pkt 1) oraz 2), to winien to wprost uczynić, czego w ocenie Izby nie zrobił.

Po drugie, w ocenie Izby wprowadzone do gwarancji pkt 1) oraz 2) mają wyłącznie charakter enumeracyjny, nie zaś koniunkcyjny. Bank wprowadził odrębne punkty dla wyrażenia odrębnych stanów, okoliczności, które nie mogą zaistnieć równocześnie. Spójnik „i" został wprowadzony wyłącznie w zakresie pkt 1) i odnoszenia go również do enumeratywnie

wymienionego następnego punktu stoi w sprzeczności z literalną wykładnią treści gwarancji.

Wobec powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania zasadności zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do stwierdzenia, iż w złożonych wyjaśnieniach wykonawca BSB musiał niezgodnie z prawdą zapewnić o rzetelności i prawdziwości swoich cen. Tak sformułowany zarzut nie może zostać uwzględniony. Po pierwsze ocena wyjaśnień wykonawcy BSB w zakresie sposobu wyliczenia cen roboczogodziny za Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi szkolenia podlega ocenia w kategoriach poprawności, kompletności czy rzetelności. Ocenie w kategorii prawdy czy fałszu podlegają okoliczności faktyczne zawarte w treści wyjaśnień. Takich nieprawdziwych faktów, okoliczności faktycznych zawartych w treści

wyjaśnień wykonawcy BSB Odwołujący nie wskazał. Kwestionowany koszt roboczogodziny za wykonanie Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usług szkoleniowych Izba oceniała w kategoriach prawidłowości i rzetelności wyliczeń. Niepoprawność skalkulowania ceny z uwagi na przyjęcie nieprawidłowej metodologii rozliczenia kosztów nie podlega w cenie Izby ocenie w kategoriach prawda – fałsz. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga wskazania określonych faktów, okoliczności faktycznych, które mogą być przedmiotem dowodzenia w kategoriach prawda – fałsz. Samo zakwestionowanie przez Odwołującego kosztu roboczogodziny, bez odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych, obiektywnie weryfikowalnych, wskazanych w treści wyjaśnień czyni podniesiony zarzut niezasadnym. Rzetelność nie podlega ocenie w kategoriach prawa – fałsz, gdyż jest to informacja o charakterze ocennym, nie zaś o faktach.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 8 ustawy Pzp, miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczona stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……