

Sygn. akt: KIO 166/13
Sygn. akt: KIO 167/13
Sygn. akt: KIO 169/13

WYROK
z dnia 13 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Anna Packo
Ewa Rzońca

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 25 stycznia 2013 r. przez **Infovide-Matrix Spółkę Akcyjną w Warszawie**

B. w dniu 25 stycznia 2013 r. przez: **AMG.net Spółkę Akcyjną w Łodzi**

C. w dniu 25 stycznia 2013 r. przez: **Sygnity Spółkę Akcyjną w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów w Warszawie**
przy udziale:

A. wykonawcy **Sygnity Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego swoje

przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 166/13 po stronie odwołującego się oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 167/13 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 166/13 i KIO 169/13 po stronie odwołującego się oraz KIO 167/13 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **AMG.net Spółka Akcyjna w Łodzi**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 166/13 i KIO 169/13 po stronie odwołującego się

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxembourg Spółka Akcyjna w Luksemburgu i European Dynamics 1**

Spółka Akcyjna w Atenach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 166/13, KIO 167/13 i KIO 169/13 po stronie zamawiającego

E. wykonawcy **Infovide-Matrix Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 167/13 i 169/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania wniesione przez **Infovide-Matrix Spółkę Akcyjną w Warszawie**, **AMG.net Spółkę Akcyjną w Łodzi**, **Sygnity Spółkę Akcyjną w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu – **Ministerstwu Finansów w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxembourg Spółka Akcyjna w Luksemburgu i European Dynamics Spółka Akcyjna w Atenach** i odrzucenie ich oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Finansów w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Infovide-Matrix Spółkę Akcyjną w Warszawie (15 000 zł 00 gr)** **AMG.net Spółkę Akcyjną w Łodzi (15 000 zł 00 gr)**, **Sygnity Spółkę Akcyjną w Warszawie (15 000 zł 00 gr)** tytułem wpisów od odwołań.
 - 2.2. zasądza od **Ministerstwa Finansów w Warszawie** na rzecz **Infovide-Matrix Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **18 597 zł 75 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.3. zasądza od **Ministerstwa Finansów w Warszawie** na rzecz **AMG.net Spółki Akcyjnej w Łodzi** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z

tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

2.4. zasądza od **Ministerstwa Finansów w Warszawie** na rzecz **Sygnity Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

2

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

.....
.....
.....

3

Sygn. akt: KIO 166/13

Sygn. akt: KIO 167/13

Sygn. akt: KIO 169/13

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Finansów – Departament Finansów Resortu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb związanych z wytworzeniem, rozwojem i utrzymaniem Systemów AES i AIS.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 166/13

W dniu 25 stycznia 2013 r. wykonawca Infovide-Matrix Spółkę Akcyjną w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: European Dynamics Luxembourg S.A. i European Dynamics S.A. z siedzibą w Ettelbruck, Luksemburg Al. J. F. Kennedy 45 - dalej zwanego „Konsorcjum” oraz wobec zaniechania czynności, do których zamawiający jest obowiązany na podstawie przepisów ustawy, tj. wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że winno one zostać wykluczone z postępowania lub jego oferta odrzucona;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, pomimo że nie wniosło ono wymaganego wadium;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, pomimo że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu; względnie, w przypadku uznania, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia

4

oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

- 4) art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą.

Odwolujący się wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie

Konsorcjum z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, iż zgodnie z rozdziałem X specyfikacji istotnych warunków zamówienia („siwz”) wykonawcy obowiązani byli do wniesienia wadium w kwocie 250 000 zł w jednej lub kilku formach wskazanych w ust. 2 rozdziału X siwz (zgodnych z art. 45 ust. 6 ustawy). Jednocześnie, zamawiający postanowił, że wniesione wadium musi obejmować okres związania ofertą i nie może zawierać żadnych ograniczeń sprzecznych z ustawą, w szczególności ograniczających możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Do oferty wybranego Konsorcjum dołączono gwarancję bankową wystawioną przez bank GENIKI z siedzibą w Atenach, służącą jako wadium w niniejszym postępowaniu. Gwarancja została wystawiona w języku angielskim i przetłumaczona przez Konsorcjum na język polski. W treści tej gwarancji (zgodnie z tłumaczeniem j. polski) wskazano, że „zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony w ramach niniejszego przetargu, niniejszym nieodwołalnie i bez żadnego odniesienia do i pomimo sprzeciwu Oferenta zobowiązujemy się do bezzwłocznej zapłaty (najpóźniej w ciągu trzech dni roboczych), zgodnie z postanowieniami artykułu 46 ust. 4a i 5 Ustawy o zamówieniach publicznych kwoty gwarantowanej w momencie otrzymania przez nas od Państwa wniosku na piśmie potwierdzającego, że oferent:

b) został poinformowany w formie pisemnej o przyjęciu jego oferty przez Zamawiającego w okresie związania ofertą i został poproszony o podpisanie umowy:

i. nie mógł lub odmówił terminowego dostarczania zaświadczeń i/lub innych dokumentów, zgodnie z postanowieniami artykułu 25 ust. 1 Ustawy o zamówieniach publicznych, i/lub gwarancji wykonania i/lub spełnienia innych obowiązków wynikających z jego uczestnictwa w wyżej wymienionej procedurze przetargowej (...).”

W ocenie Odwołującego, przytoczona wyżej treść gwarancji bankowej złożonej przez Konsorcjum jako wadium uniemożliwi zamawiającemu realizację jego uprawnienia do zatrzymania wadium w przypadku, o którym mowa w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Nie sposób nie zauważyć, że pomimo, iż bank udzielający gwarancji zobowiązał się do bezzwłocznej zapłaty kwoty wadium zgodnie z postanowieniami art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, to zobowiązanie to zostanie zrealizowane przez bank po otrzymaniu zawiadomienia od

5

Zamawiającego o zaistnieniu okoliczności w istotny sposób odmiennych od wskazanych w treści przepisu art. 46 ust. 4a ustawy. Podnieść należy, iż w przypadku niniejszej gwarancji bankowej warunkiem zrealizowania zobowiązania przez bank do zapłaty kwoty wadium jest przesłanie przez Zamawiającego informacji o tym, że oferta Konsorcjum została przez niego „przyjęta” a Konsorcjum zostało wezwane do podpisania umowy oraz że Konsorcjum nie mogło lub odmówiło dostarczenia zaświadczeń lub dokumentów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, pomimo że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołujący się wskazał na następujące okoliczności.

Konsorcjum, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą składa się z dwóch przedsiębiorców: European Dynamics Luxembourg S.A. z siedzibą na terytorium Wielkiego Księstwa Luksemburga i European Dynamics S.A. z siedzibą na terytorium Republiki Grecji.

Jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, których siedziby znajdują się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązują ich zasady składania dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone przepisem § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) -dalej zwanego „rozporządzeniem”. W przypadku Spółki European Dynamics Luxembourg S.A. z siedzibą w Luksemburgu do oferty nie dołączono dokumentu, z którego wynikałoby, że ww. Spółka nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz dokumentu potwierdzającego brak zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamiast powyższych dokumentów złożono „Oświadczenie pod przysięgą”, sporządzone w j. francuskim i przetłumaczone na j. polski. W treści powyższego oświadczenia również brak jest jednakże oświadczenia o tym, że Spółka nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne - w jego treści znajduje się jedynie informacja o wypełnieniu zobowiązań podatkowych i składek na ubezpieczenie społeczne. Brak ten oznacza, że Spółka nie

wykazała, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwołujący się podniósł, iż nawet w przypadku zawarcia w treści „Oświadczenia pod przysięgą” oświadczenia o niezaleganiu w uiszczaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne, to i tak powyższego oświadczenia nie można by uznać za złożone zgodnie z zasadami wynikającymi z § 4 ust. 3 rozporządzenia. Zgodnie ze wskazanym przepisem jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je

6

dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Na oryginale „Oświadczenia pod przysięgą” złożonego w j. francuskim znajduje się pieczęć w j. greckim, która nie została przetłumaczona na j. polski i nie wiadomo od kogo pochodzi. Nawet gdyby uznać, że jest to pieczęć notariusza, właściwego organu sądowego, administracyjnego albo organu samorządu zawodowego, to pochodzi ona od greckiego notariusza lub greckiego organu. Tymczasem, biorąc pod uwagę, że siedziba European Dynamics Luxembourg S.A. znajduje się na terytorium Wielkiego Księstwa Luksemburga, oświadczenie wymagane przepisem § 4 ust. 3 rozporządzenia powinno zostać złożone przed luksemburskim notariuszem lub właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego tego kraju. Z powyższego względu, pomimo uwzględnienia w treści przedmiotowego oświadczenia o braku zaległości w uiszczaniu opłat na ubezpieczenie społeczne i oświadczenie o braku orzeczenia wobec Spółki zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, powyższa Spółka nie wykazała również tych okoliczności.

W ocenie odwołującego się Spółka European Dynamics Luxembourg S.A. nie wykazała również, że nie zalega w uiszczaniu podatków. Do oferty dołączono co prawda zaświadczenie Centralnego Urzędu Skarbowego Wielkiego Księstwa Luksemburga, ale z jego treści nie sposób wywieść, iż stanowi ono potwierdzenie niezalegania w uiszczaniu podatków. W treści powyższego zaświadczenia Kolektor Administracji opłat rejestracyjnych i domen Centralnego Urzędu Skarbowego w Luksemburgu stwierdza jedynie, że Spółka „spełnia przepisy rozporządzenia Wielkiego Księstwa z dnia 3 sierpnia 2009 r. wprowadzającego w życie ustawę z dnia 25 czerwca 2009 r. o zamówieniach publicznych”. Oświadczenie o braku zaległości znajduje się co prawda w treści „Oświadczenia pod przysięgą”, jednakże biorąc pod uwagę wykazaną powyżej wadliwość tego oświadczenia, nie może to zostać uznane za wypełnienie wymagań wynikających z rozporządzenia.

W ocenie odwołującego się, Konsorcjum, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą nie wykazało również spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W sekcji III. 2.1 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” w ust. 2 pkt 3) lit. n) ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio w rozdziale VIII ust. 3 pkt 3) lit. n) siwz, zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Wykonawcy są obowiązani wykazać, że dysponują osobami, które wejdą w skład zespołu projektowego Wykonawcy, z których: „(...) n) co najmniej jedna osoba posiada kompetencje z zakresu budowy, administracji, optymalizacji i

7

bezpieczeństwa systemów opartych o technologię relacyjnych baz danych oraz przynajmniej w jednym projekcie realizującym system informatyczny o zasięgu ogólnopolskim wykonywała zadania z tym związane”.

W dołączonym do oferty „Wykazie osób” Konsorcjum wskazało trzy osoby rzekomo spełniające powyższy wymóg. Wskazać jednakże należy, iż w odniesieniu do żadnej ze wskazanych osób nie wykazano, aby posiadała ona wymagane doświadczenie w projekcie realizującym system informatyczny o zasięgu ogólnopolskim. Jako doświadczenie Pana O..... wskazano udział w realizacji projektów:

- EMCS Malta i ICS Cypr (Obszar cel), P..... G.....
- CAMEO, FADO i MARS,
- Systemy e-zamówień dla Wielkiej Brytanii, Belgii, Malty i Armenii.

Pan posiada „solidne doświadczenie w wymaganych C..... z kolei, dziedzinach”, zdobyte m.in. w trakcie realizacji projektu DK-SKAT-EMCS (Dania).

śaden z wyżej wykazanych projektów, biorąc pod uwagę miejsce ich wykonywania, nie może zostać uznany za projekt realizujący system informatyczny o zasięgu ogólnopolskim.

W zakresie trzeciej z wykazanych osób - Pana K..... wskazano jedynie, że posiada certyfikat administracji bazą danych Oracle - Oracle lig Data Base Administrator Certified Professional oraz posiada doświadczenie związane z „projektowaniem, administrowaniem i strojeniem baz danych Oracle zdobyte w wielu projektach poczynając od roku 2001”. Nie wskazano jednakże jakiegokolwiek projektu, który potwierdzałby spełnianie wymogu opisanego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, tj. doświadczenia w projekcie realizującym system informatyczny o zasięgu ogólnopolskim.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe, Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Z ostrożności, w przypadku uznania, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na niewniesienie wadium, a jego oferta odrzuceniu, odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przez co naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy.

8

KIO 167/13

W dniu 25 stycznia 2013 r. odwołanie wniósł wykonawca AMG.net Spółka Akcyjna w Łodzi odwołując zarzucając zamawiającemu, że:

- 1) bezpodstawnie dokonał wyboru oferty konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "European Dynamics Luxembourg SA" i "European Dynamics SA", 45 Avenue J. F. Kennedy, L-9053 Ettelbruck, Luxembourg (dalej; "Konsorcjum European Dynamics");
 - 2) bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego;
 - 3) zaniechał poprawienia omyłki w ofercie odwołującego (w tym zaniechał wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy);
 - 4) zaniechał wykluczenia z postępowania Konsorcjum European Dynamics (ewentualnie -zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów);
 - 5) zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez European Dynamics;
 - 6) zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Infoxide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa (dalej "Infoxide-Matrix").
- wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6, art. 90, art. 91 ust. 1 ustawy oraz § 2 ust. 1, § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a także inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. dokonania czynności poprawienia omyłki w ofercie odwołującego;
4. dokonania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum European Dynamics (ewentualnie - czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów);
5. dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum European Dynamics;
6. dokonania czynności odrzucenia oferty Infoxide-Matrix;
7. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego odwołujący się podniósł, iż nie jest prawdą, że odwołujący złożył ofertę, której treść nie

9

odpowiada siwz. Zamawiający nie trafnie uznał bowiem, że w zakresie Usługi Rozwoju Odwołujący zaoferował jedynie 1000 osobodni, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest 3500 osobodni. Zamawiający nie dostrzegł, że niezgodność treści Formularza Oferty w zakresie liczby osobodni w części dotyczącej Usługi Rozwoju z treścią wzoru zawartego w Załączniku B do SIWZ jest wynikiem niezamierzonej przez Odwołującego omyłki. Zaniechanie poprawienia wskazanej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy skutkuje w konsekwencji bezprawnym odrzuceniem oferty Odwołującego.

Zgodnie z pkt 2 rozdział XVI siwz wybór najkorzystniejszej oferty miał zostać dokonany na podstawie uzyskanej oceny w oparciu o kryterium ceny oferty. Ocenie podlega cena całkowita oferty (w złotych brutto). Cena całkowita oferty podana na Formularzu Ofertowym, musi stanowić sumę poszczególnych składników wyszczególnionych w dokumencie "Szczegółowy harmonogram zadań i specyfikacja ceny oferty", sporządzonym zgodnie z szablonem oraz wymaganiami przedstawionymi w Załączniku C do SIWZ (pkt 1 rozdział VI SIWZ). Szczegółowy harmonogram zadań i specyfikacja ceny oferty stanowił dla odwołującego zasadnicze narzędzie służące do skalkulowania "Ceny całkowitej" oferty. Tymczasem, zgodnie z zaleceniem zamawiającego (pkt 2 rozdział XI SIWZ) do przygotowania oferty należało użyć Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik B do SIWZ. Zgodnie z wzorcem oprócz "Ceny całkowitej oferty" w formularzu należało podać tylko niektóre jej składniki, tj. "Cenę łączną za Usługę Utrzymania", "Cenę łączną za Usługę Szkolenia" oraz "Cenę jednego osobodnia" i "Cenę łączną za Usługę Rozwoju (cena jednego osobodnia x 3500 osobodni)". Zgodnie z pkt 3 rozdział VI SIWZ cena za 1 osobodzień (tj. za wykonywanie pracy przez 1 osobę przez osiem godzin) realizowania Usługi Rozwoju (§ 4 Wzoru Umowy), nie może być niższa niż 1250 zł.

"Cena całkowita" oferty Odwołującego wynosi 12.999.665,76 zł, "Cena łączna za Usługę Utrzymania" wynosi 1.682.906,84 zł, "Cena łączna za Usługę Szkolenia" wynosi 61.500,00 zł, zaś "Cena jednego osobodnia" 1.250,00 zł (cena minimalna). W wyniku omyłkowego zastąpienia jednego ze składników iloczynu (liczby osobodni) doszło do omyłki w przedstawieniu "Ceny łącznej za Usługę Rozwoju". Zamiast liczby 4.375.000,00 zł (1.250,00 zł x 3500 osobodni) wpisano 1.250.000,00 zł (1.250,00 zł x 1000 osobodni). /

W wyniku omyłki mylnie oznaczono w Formularzu Ofertowym liczbę osobodni w wymiarze których świadczona będzie Usługa Rozwoju systemu. Omyłka jest tylko i wyłącznie wynikiem niepoprawnego określenia jednego z czynników iloczynu, którego wynik określał „Łączną Cenę za usługę Rozwoju”. Zaistniała omyłka nie miała i nie ma żadnego istotnego wpływu na treść złożonej oferty, w tym w szczególności na "Cenę całkowitą" oferty, gdyż wartość Usługi Rozwoju w wysokości 4.375.000,00 zł (de facto narzucona przez zamawiającego) została uwzględniona w Całkowitej cenie oferty przedstawionej w

10

Formularzu Ofertowym. Ponadto Wykonawca w sposób prawidłowy określił cenę jednego osobodnia, a wartość 3500 osobodni była podstawą wszystkich wewnętrznych kalkulacji, które Wykonawca przeprowadzał przygotowując się do złożenia oferty.

Odwołujący się podniósł także, że za słusznością jego stanowiska przemawia również fakt, że w tym samym Formularzu Ofertowym złożył oświadczenie, iż „Zobowiązuje się do zawarcia Umowy na warunkach określonych we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik F do SIWZ.” Jednym z podstawowych warunków określonych we Wzorze Umowy jest to, iż „Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia Usługi Rozwoju Systemu w limicie nieprzekraczającym 3500 osobodni”.

Ponadto Wykonawca, w swej ofercie na stronach od 45 do 65 załączył „Szczegółowy harmonogram zadań i specyfikacja ceny oferty” przedstawiając tym samym listę zadań, które zobowiązuje się wykonać w ramach Ceny całkowitej oferty wskazanej w Formularzu Ofertowym. W pozycji 157 ww. harmonogramu wymieniona jest wprost wartość 3500 osobodni jako jeden z czynników określających finalną cenę za Usługę Rozwoju. Podpis należycie umocowanego przedstawiciela Wykonawcy, złożony pod tą wartością potwierdza, iż ilość 3500 osobodni była podstawą wewnętrznych wyliczeń wykonawcy, który zobowiązał się w ofercie do przedstawienia uzupełnionego harmonogramu przed zawarciem umowy.

W związku z powyższym, pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o dokonanie poprawienia w ofercie oczywistej polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. W świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy obowiązkiem Zamawiającego było poprawienie zgłoszonej omyłki poprzez korektę ilości dni przedstawionych w Formularzu

Ofertowym z 1000 na 3500. Przy uwzględnieniu prawidłowej wartości ceny jednego osobodnia, tj. 1.250,00 zł, Zamawiający winien był poprawić łączną cenę za Usługę Rozwoju (cena jednego osobodnia x 3500 osobodni), co daje zakładany przez Odwołującego rezultat 4.375. Jednocześnie odwołujący się podkreślił, że analizowana omyłka nie ma żadnego wpływu na "Cenę całkowitą" oferty. Z tego względu różnica między poprawioną ceną Usługi Wsparcia (4.375.000,00 zł) a pierwotnie wskazaną w Formularzu Ofertowym kwotą 1.250.000,00 zł nie może być doliczona do ceny całkowitej oferty, gdyż byłoby to sprzeczne z intencją odwołującego wyrażoną w jego wewnętrznych kalkulacjach, które były podstawą ustalenia "Ceny całkowitej".

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum European Dynamics odwołujący się podniósł, że Konsorcjum European Dynamics nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Z dokumentów i oświadczeń znajdujących się w treści oferty Konsorcjum European Dynamics wynika, że

11

obie spółki wchodzące w skład tego konsorcjum posiadają swoje siedziby poza terytorium RP. Z odpisu z luksemburskiego rejestru przedsiębiorców (str. 366 oferty Konsorcjum European Dynamics) wynika, że spółka European Dynamics Luxembourg SA ma siedzibę w miejscowości Ettelbruck (L-9053) pod adresem 45 Avenue J. F. Kennedy. Z kolei, European Dynamics SA jest spółką prawa greckiego z siedzibą w miejscowości Maroussi (15124) 209, Kifissias Av. & Arkadiou Str.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Ponadto, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2-4 i pkt 6 powołanego rozporządzenia składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: (a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości; (b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; (c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

W szczególności, w ofercie Konsorcjum European Dynamics brakuje dokumentu wystawionego w kraju, w którym swoją siedzibę ma European Dynamics Luxembourg SA (Luksemburg) potwierdzającego, że wobec tej luksemburskiej spółki nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Zarówno oświadczenia zawarte na str. 234-235 oraz 350-356 oferty Konsorcjum European Dynamics, jak i certyfikat zawarty na str. 237-241 nie stanowią dowodów wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jednocześnie odwołujący się zaznaczył, że oświadczenia zawarte w formularzach (str. 351-356 oferty Konsorcjum European Dynamics) dotyczące European Dynamics Luxembourg SA zostały złożone w języku greckim, przed greckim urzędnikiem. Tymczasem w świetle przywołanego wyżej przepisu rozporządzenia dla podmiotu z siedzibą w Luksemburgu powinny zostać złożone dokumenty wystawione w kraju, w którym podmiot ten ma siedzibę. A jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa wyżej (która to okoliczność nie występuje w niniejszej

12

sprawie), zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. W ofercie Konsorcjum European Dynamics brak jest jakichkolwiek dokumentów wystawionych w Luksemburgu, które potwierdzałyby, że wobec

European Dynamics Luxembourg nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. W ofercie brakuje również oświadczenia złożonego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego w Luksemburgu.

Z kolei w odniesieniu do spółki prawa greckiego European Dynamics SA nie przedstawiono dokumentu, z którego wynikałoby jakie osoby uprawnione są do reprezentowania rzeczzonej spółki, będącego jednocześnie poświadczeniem, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono upadłości (§4 ust. 1 pkt 1) lit. a rozporządzenia). Konsekwencją tego stanu rzeczy jest: - brak możliwości ustalenia czy w odniesieniu do tej spółki złożono zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków organu zarządzającego lub inne dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia w zakresie przewidzianym w art. 24 ust. 1 pkt 4-7 ustawy; - brak dokumentu potwierdzającego niepodleganie wykluczeniu z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy. Dokument znajdujący się na str. 373-375 oferty Konsorcjum European Dynamics nie może zostać uznany za urzędowy dokument rejestrowy spółki, lecz stanowi jedynie "certyfikat" potwierdzający, że European Dynamics SA jest członkiem zrzeszenia przedsiębiorców pod nazwą "Izba Przemysłowo-Handlowa w Atenach". Zabrakło natomiast dokumentu potwierdzającego wpis do Ogólnego Rejestru Handlowego.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum European Dynamics odwołujący się podniósł, że oferta Konsorcjum European Dynamics zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pomimo, że zamawiający prawidłowo wezwał Konsorcjum European Dynamics do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to złożone w tym zakresie wyjaśnienia nie pozwalają uznać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Całkowita cena oferty Konsorcjum European Dynamics wynosi 7.949.378,00 zł (netto), tj. 9.777.734,94 zł (brutto).

Pomniejszając cenę o wartości zawarte w Formularzu Ofertowym:

- Cena łączna za Usługę (netto) 508.674,00 zł
- Cena łączna za Usługę Szkolenia (netto) 97.806,00 zł
- Łączna cena za Usługę Rozwoju (netto) 4.375.00,00 zł,

13

otrzymujemy kwotę 3.650.514,54 zł (brutto), w ramach której zrealizowane powinny być świadczenia wyspecyfikowane w SIWZ. Odwołujący się przyjął, że minimalna cena oprogramowania COTS (wraz z jego utrzymaniem w okresie trwania Usługi Utrzymania) spełniającego warunki wyspecyfikowane w SIWZ to ok. 1.500.000 zł brutto. Pomniejszając z kolei kwotę 3.650.514,54 zł (brutto) o przyjęty koszt licencji COTS uzyskujemy kwotę 2.150.514,54 zł (brutto), która dotyczy czystego rozwoju oprogramowania. Odwołujący stwierdza, że nie jest możliwe zrealizowanie w ramach tej kwoty wymagań i produktów wyspecyfikowanych w SIWZ (dostosowanie posiadanego systemu do specyfiki polskiej administracji celnej) w szczególności w zakresie: modułu TQS; modułu Intrastat; integracji z krajowymi systemami informatycznymi administracji celnej; implementacji polskich komunikatów XML. Odwołujący się podniósł, że oferta Konsorcjum European Dynamics zawiera rażąco niską cenę, wobec czego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Infoxide-Matrix odwołujący się wskazał, że

Całkowita cena oferty Infoxide-Matrix wynosi 10.534.402,65 zł (brutto).

Pomniejszając cenę o wartości zawarte w Formularzu Ofertowym:

- Cena łączna za Usługę 2 182 967,10 zł
- Cena łączna za Usługę Szkolenia 13 776,00 zł
- Łączna cena za Usługę Rozwoju 4 375 00,00 zł

otrzymujemy kwotę 3.962.659,55 zł (brutto), w ramach której zrealizowane powinny być świadczenia wyspecyfikowane w SIWZ. Odwołujący się przyjął, że minimalna cena oprogramowania COTS (wraz z jego utrzymaniem w okresie trwania Usługi Utrzymania) spełniającego warunki określone w SIWZ to ok. 1.500.000 zł (brutto). Pomniejszając kwotę 3.962.659,55 zł o przyjęty koszt licencji COTS uzyskujemy kwotę 2.462.659,55 zł (brutto), która dotyczy czystego rozwoju oprogramowania. Posiadając 2-letnie doświadczenie we wsparciu i rozwoju obecnie funkcjonujących systemów ECS i ICS odwołujący się stwierdził, że

nie jest możliwe zrealizowanie w ramach tej kwoty wymagań i produktów wyspecyfikowanych w SIWZ, takich jak np.: moduł TQS; moduł Intrastat; modyfikacje modułu Walidator; zamiany w systemie ICS związane z wprowadzeniem elementów systemu Celina (sam zakres systemu Celina, który ma zostać zaimplementowany w ramach projektu to bazując na aktualnej dokumentacji do systemu Celina to około 800 przypadków użycia). Jednocześnie zdaniem odwołującego nie jest możliwe dostarczenie nowego systemu spełniającego wspomniane wymagania i pełny zakres obecnych funkcjonalności systemów ECS i ICS w cenie 2.462.659,55 zł (brutto). Mimo utajnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Infoxide-Matrix w ramach procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że

14

oferta zawiera rażąco niską cenę, wobec czego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

KIO 169/13

W dniu 25 stycznia 2013 roku wykonawca Sygnity SA wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

W odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum European Dynamics odwołujący się podniósł:

1) nieuwzględnienie podatku VAT w cenie oferty – i naruszenie przez to art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia Konsorcjum, pomimo że oferta złożona przez ww. podmiot jest niegodna z ustawą nie odpowiada treści specyfikacji i zawiera błąd w obliczeniu ceny, co narusza również stosowne przepisy ustawy o cenach. Względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wyjaśnień w tym zakresie.

2) niespełnienie warunku doświadczenia oraz niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykazanie spełniania wymagań z Rozdziału VIII pkt. 2 ppkt 3a i 3b oraz Rozdziału IX pkt. 6 i 7 oraz innych wymagań wskazanych w treści uzasadnienia. Względnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3) nieprawidłowości dot. dokumentu pełnomocnictwa - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 poprzez nieumocowanie pełnomocnika konsorcjum L. B..... w dacie podpisywania oświadczeń i dokumentów. Względnie naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wadliwego dokumentu lub zaniechanie dokonania wyjaśnień w tym zakresie, o ile tego rodzaju działanie byłoby uzasadnione.

4) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

5) niejednoznaczność oświadczenia zawartego w ofercie - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymogu określenia zakresu podwykonawstwa. Względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty i jej zmianę w zakresie oświadczenia, co do zakresu podwykonawstwa.

15

6) cena rażąco niska, nieuzasadniona ocena wyjaśnień - naruszenie art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie wyjaśnień oraz zaniechanie odrzucenia złożonej oferty.

7) wadliwie ustanowione wadium - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez wadliwie ustanowione wadium i niewykluczenie wykonawcy.

8) uchybienia dot. informacji z odpowiedników KRK dla Zarządu Spółki European Dynamics Luxembourg S.A. - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, względnie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty złożonej przez INFOVIDE-MATRIX S.A.

9) cena za szkolenie jako czyn nieuczciwej konkurencji - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez utrudnianie dostępu do rynku w związku z sprzedażą usług poniżej

kosztów ich zakupu, względnie poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 z zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Względnie zaniechanie wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

10) [cena rażąco niska, nieuzasadniona ocena wyjaśnień] - naruszenie art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez uwzględnienie wyjaśnień INFOVIDE-MATRIX S.A. (zwane również jako „INFOVIDE”) oraz zaniechanie odrzucenia złożonej przez ww. podmiot oferty.

11) [zaniechanie odtajnienia dokumentów niebędących tajemnicą, w tym wyjaśnień dot. podstaw utajnienia oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny] - naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów i oświadczeń nie zawierających znamion tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do SYGNITY S.A.:

12) zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa - naruszenie art. 26 ust. 4 Ustawy (względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnień w zakresie istnienia podstaw dla objęcia przez Sygnity tajemnicą przedsiębiorstwa części dokumentów składających się na ofertę.

W konsekwencji,

13) naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum European Dynamics z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w poprzedzających punktach.

16

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym unieważnienie czynności odtajnienia części oferty odwołującego,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum European Dynamics i Infovide-Matrix
- dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum European Dynamics odwołujący się podniósł:

1) nieuwzględnienie podatku VAT w cenie oferty - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta złożona przez ww. podmiot jest niegodna z ustawą Pzp nie odpowiada treści specyfikacji i zawiera błąd w obliczeniu ceny, co narusza również stosowne przepisy ustawy o cenach. Względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający jako organ władzy publicznej nie jest podatnikiem VAT tym samym usługa realizowana na jego rzecz powinna być opodatkowana w kraju siedziby usługodawcy - już w tym zakresie zasadne byłoby wyjaśnienie, czy należy przyjąć, że będzie to Luksemburg czy Grecja. Zamawiający zaniechał tego rodzaju działań. Tym niemniej, w konsekwencji takiego założenia, oferta European Dynamics powinna zostać podwyższona o VAT wg. stawki obowiązującej w Luksemburgu lub Grecji.

W formularzu ofertowym European Dynamics podało cenę netto jako cenę całkowitą powołując się na art. 196 Dyrektywy 2006/112/WE zmienioną Dyrektywą Rady 2008/8/WE/02/2008 "Dyrektywa unijna VAT").

Zgodnie z powyższym przepisem do zapłaty VAT zobowiązany jest każdy podatnik lub osoba prawna niebędąca podatnikiem zidentyfikowana do celów VAT, na rzecz której świadczone są usługi objęte art. 44, jeżeli usługi te są świadczone przez podatnika niemającego siedziby na terytorium tego państwa członkowskiego.

Zgodnie z art. 44 Dyrektywy miejscem świadczenia usług na rzecz podatnika działającego w takim charakterze jest miejsce, w którym podatnik ten posiada siedzibę swojej działalności gospodarczej.

Na podstawie powyższych przepisów, European Dynamics uznało, że VAT od usług stanowiących przedmiot oferty zapłaci polskie Ministerstwo, i w konsekwencji, usługi te nie

będą podlegały opodatkowaniu VAT w Luksemburgu (lub Grecji) i cena netto będzie równa cenie brutto.

17

Z kolei, na podstawie art. 13 Dyrektywy krajowe, regionalne i lokalne organy władzy oraz inne podmioty prawa publicznego nie są uważane za podatników w związku z działalnością, która podejmuje lub transakcjami, których dokonują jako organy władzy publicznej, nawet jeśli pobierają należności, opłaty, składki lub płatności w związku z takimi działaniami lub transakcjami.

W konsekwencji, w ocenie odwołującego się, prawidłową podstawą do wystawienie faktury VAT przez dostawcę luksemburskiego (lub greckiego) jest art. 45 Dyrektywy, który stanowi, że miejscem świadczenia usług na rzecz osoby niebędącej podatnikiem jest miejsce, w którym usługodawca ma siedzibę swojej działalności gospodarczej.

Niezależnie od powyższego, zaistniałe okoliczności należy również kwalifikować w zakresie błędu w obliczeniu ceny, z uwagi na niezastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT.

W zakresie zarzutu niespełnienia warunku doświadczenia oraz niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykazanie spełnienia wymagań z Rozdziału VIII pkt. 2 ppkt 3a i 3b oraz Rozdziału IX pkt. 6 i 7 oraz innych wymagań wskazanych w treści uzasadnienia. Względnie naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Zdaniem odwołującego się European Dynamics w żadnej pozycji wykazu wdrożeń nie przedstawiło informacji z wykonanych należycie usług spełniających szczegółowe i specyficzne wymagania określone w SIWZ w rozdziale VIII punkt 2 ppkt 3a oraz 3b tj. dostawą jednej usługi w ostatnich 3-ech latach o wartości minimum 2 mln zł polegającej na) wytworzeniu, dostarczeniu i wdrożeniu specjalistycznego (wykonanego jednostkowo, na zamówienie) systemu informatycznego charakteryzującego się łącznie następującymi cechami:

- funkcjonowaniem w rozproszonej geograficznie strukturze organizacyjnej klienta (co najmniej 50 jednostek w różnych lokalizacjach na terenie co najmniej jednego kraju);
- komunikacją opartą o wymianę komunikatów z wykorzystaniem przez system usług opartych na Web sen/ices;
- minimalną ilością 300 zdefiniowanych użytkowników wewnętrznych korzystających jednocześnie z wytworzonego systemu informatycznego;
- przetworzeniem w okresie jednego dowolnego tygodnia min. 10 000 komunikatów każdy o wielkości min 2 kB/komunikat;
- osiągniętym wolumenem przechowywanych danych ponad 200 GB;
- minimalną ilością 2000 zdefiniowanych/zarejestrowanych użytkowników zewnętrznych korzystających z usługi dostępnej w sieci Web; wykonany i uruchomiony na

18

platformie programowej języka obiektowego specjalizowanego do tworzenia aplikacji internetowych/intranetowych w wersji korporacyjnej;

lub

ii) rozwoju systemu informatycznego o cechach określonych w ppkt i jednej usługi w ostatnich 3-ech latach o wartości minimum 1,5 mln zł polegającej na utrzymaniu przez okres co najmniej 12 miesięcy systemu informatycznego charakteryzującego się łącznie następującymi cechami:

- funkcjonowaniem w rozproszonej geograficznie strukturze organizacyjnej klienta (co najmniej 50 jednostek w różnych lokalizacjach na terenie co najmniej jednego kraju);
- komunikacją opartą o wymianę komunikatów z wykorzystaniem przez system usług opartych na Web sen/ices;
- minimalną ilością 300 zdefiniowanych użytkowników wewnętrznych korzystających jednocześnie z wytworzonego systemu informatycznego;
- przetworzeniem w okresie jednego dowolnego tygodnia min. 10 000 komunikatów każdy o wielkości min. 2 kB/komunikat;
- osiągniętym wolumenem przechowywanych danych ponad 200 GB;
- minimalną ilością 2000 zdefiniowanych/zarejestrowanych użytkowników

zewnętrznych korzystających z usługi dostępnej w sieci Web.

Z kolei w zakresie wymaganego potencjału osobowego odwołujący się zarzucił następujące uchybienie: zgodnie z siwz (rozdz. VIII pkt 3. 3) n) zamawiający wymagał: „co najmniej jedna osoba posiada kompetencje z zakresu budowy, administracji, optymalizacji i bezpieczeństwa systemów opartych o technologię relacyjnych baz danych oraz przynajmniej w jednym projekcie realizującym system informatyczny o zasięgu ogólnopolskim wykonywała zadania z tym związane”;

W wykazie, który przygotował zamawiający wpisane jest już wymaganie "ogólnokrajowy". Wymaganie to dot. pozycji 16 z wykazu (str. 86-87 oferty) – European Dynamics podało 3 osoby. Nie wskazano jednak projektu, w którym nabyte zostało doświadczenie, a podano jedynie, że "doświadczenie zdobył w wielu projektach poczynawszy od 2001".

European Dynamics nie wskazał projektu ogólnopolskiego, tym samym nie spełnia postawionych wymagań.

Ponadto European Dynamics w pozycjach 4, 6, 9, 12, 16. 19 wykazu osób nie potwierdziło spełniania wymagania określonego w SIWZ w rozdziale VIII punkt 3 ppkt 3 a, d, g, j, n, q dotyczącego realizacji projektu o zasięgu ogólnokrajowym, podczas gdy np. w pozycji 5 wykazu takie potwierdzenie znalazło miejsce. Istnieją wątpliwości, czy projekty wskazane w pozycjach 4, 6, 9, 12, 16. 19 spełniają wymagania określone w siwz.

19

Wobec powyższego zamawiający, gdy jest to dopuszczalne, powinien zwrócić się do European Dynamics w trybie art. 26 ust. 3 o przedstawienie nowego wykazu, potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo Konsorcjum European Dynamics nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, ze względu na przedstawienie przeterminowanego zaświadczenia o niezaleganiu z należnościami dla sektora publicznego (str 294 oferty). Tłumaczenie tegoż dokumentu wskazuje na datę wystawienia 9/11/1912. Z tego względu naruszyło art. 24 ust. 2 pkt 4), a więc powinno zostać wykluczone z postępowania.

W zakresie zarzutu nieprawidłowości dot. dokumentu pełnomocnictwa] - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez nieumocowanie pełnomocnika konsorcjum L. B..... w dacie podpisywania oświadczeń i dokumentów. Względnie naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wadliwego dokumentu lub zaniechanie dokonania wyjaśnień w tym zakresie, o ile tego rodzaju działanie byłoby uzasadnione.

Przedłożone (str. 391 oferty) pełnomocnictwo jest wadliwe i nie spełnia ustawowych wymagań, w tym podstawy dla udzielenia pełnomocnictwa - tj. art. 23 ustawy Pzp, stąd istnieją wątpliwości czy jest to pełnomocnictwo udzielone w trybie art. 23 ustawy.

Ponadto analiza porównawcza daty udzielenia pełnomocnictwa jak i daty złożenia podpisów przez L. B..... wskazuje, że oferta nie została podpisana przez osobę należycie umocowaną.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

European Dynamics w treści złożonej oferty jednoznacznie wskazał, że złożył ofertę wg specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 6.11.2012 r., tym samym oferta nie uwzględnia modyfikacji siwz, z późniejszego okresu, co jednocześnie oznacza, że oferta również nie uwzględnia tych modyfikacji.

Dodatkowo wyjaśnienia z dnia 09.01.2013 do treści złożonej oferty zostały podpisane przez osobę o nazwisku D..... M....., która nie została umocowana w żadnym z dokumentów do reprezentowania konsorcjum EUROPEAN DYNAMICS. Tym samym treść oferty nie została wyjaśniona w sposób zgodny z przepisami i nie odpowiada treści SIWZ.

W zakresie zarzutu niejednoznaczności oświadczenia zawartego w ofercie] - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymogu określenia zakresu podwykonawstwa. Względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty i jej zmianę w zakresie oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa.

20

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 3 ppkt 7 siwz - Oferta musi zawierać - jeżeli wykonawca zamierza skorzystać z usług podwykonawców - wskazanie części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom - o ile dotyczy. Treść oświadczenia Eropean Dynamics nie jest jednoznaczna, co stoi w sprzeczności z ww. wymogiem siwz. Jednocześnie jakiegokolwiek negocjacje w tym zakresie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny nieuzasadniona ocena wyjaśnień - naruszenie art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie wyjaśnień oraz zaniechanie odrzucenia złożonej oferty.

Przeprowadzone przez zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie obalają domniemania w tym zakresie. Wykonawca nie przedstawił wiarygodnych dowodów pozwalających obniżyć cenę. W szczególności nie wskazał i nie wykazał sposobu kalkulacji ceny uwzględniającej elementy składowe wymagane w siwz. Zarówno analiza porównawcza do ofert złożonych w tym postępowaniu jak i w odniesieniu do szacunku zamawiającego - ok. 24 mln zł wskazuje, że złożona oferta jest na poziomie ok. 30% tych wartości. Zdaniem odwołującego się zamawiający zaniechał szczegółowych wyjaśnień następujących kwestii: jakie pozycje, jaka pracochłonność, jakie licencje COTS wymagane w siwz wpływają i jak wpływają na wartość ceny całkowitej, dowodzi zasadności postawionego zarzutu i faktu że domniemanie rażąco niskiej ceny nie zostało obalone zbyt ogólnymi argumentami wykonawcy.

W zakresie zarzutu wadliwie ustanowionego wadium - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez wadliwie ustanowione wadium.

Zgodnie z treścią gwarancji bankowej (str. 387 oferty) ustanowionej jako wadium, w pkt 1 lit. b ppkt i nie wskazano, iż obejmuje ona również przypadek nie złożenia „pełnomocnictw”, co stanowi istotne uchybienie wymogom ustawowym. Dodatkowo wskazać należy, iż wysokość sumy gwarancji wadialnej określona została słownie na „sto pięćdziesiąt tysięcy złotych”, zgodnie zaś z rozdziałem X pkt. 1 siwz zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych. Zatem wykonawca nie dokonał ustanowienia wadium w wymaganej wysokości, W konsekwencji European Dynamics winien być wykluczony z postępowania ze względu na naruszenie art. 24 ust 2 pkt 2.

W zakresie uchybienia dot. informacji z odpowiedników KRK dla Zarządu Spółki European Dynamics Luxembourg S.A. oraz European Dynamics S.A. - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy Pzp.

Zarówno zgodnie z przepisami ustawowymi jak i brzmieniem siwz, w przypadku gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, składane są „odpowiedniki” dokumentów. W odniesieniu do KRK składa się odpowiednie dokumenty z miejsca, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. European Dynamics

21

przedstawiło informacje dla zarządu spółki European Dynamics Luxembourg SA z siedzibą w Luxemburgu z wymiaru sprawiedliwości greckiego. Powyższe dowodzi naruszenia ustawowych wymogów w tym względzie lub względnie wskazuje na zaniechanie zamawiającego do uzupełnienia właściwych dokumentów.

Od strony 350 oferty przedstawiono oświadczenia konsorcjum dotyczące spełnienia art. 24. Ust. 1 pkt 8. Ze strony Euraean Dynamics S.A. oświadczenie to złożyło tylko dwóch członków zarządu. Zgodnie zaś z przedstawionymi przez European Dynamics S.A. dokumentami przedstawionym (na str. 405-407 oferty) zarząd spółki składa się z 5 osób. Wykonawca ten zatem zaniechał przedstawienia wymaganych oświadczeń dotyczących pozostałych trzech członków zarządu. Powyższe dowodzi naruszenia ustawowych wymogów w tym względzie lub względnie wskazuje na zaniechanie zamawiającego do uzupełnienia właściwych dokumentów.

W odniesieniu do oferty INFOVIDE-MATRIX S.A. odwołujący podniósł, co następuje:

W zakresie zarzutu dot. cena za szkolenie jako czyn nieuczciwej konkurencji - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez utrudnianie dostępu do rynku w związku z sprzedażą usług poniżej kosztów ich zakupu, względnie poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 z zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Względnie zaniechanie wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ załącznik nr 6 do umowy „Zasady realizacji usługi szkolenia” (nazwa pliku „zal_06_Zasady_Realizacji_Uslugi_Szkolenia.doc”) zamawiający

wymagał dostarczenia szkoleń przedstawionych w tabeli, których cenę należało przedstawić w formularzu cenowym pod pozycją cena łączna za szkolenia.

Wykaz szkoleń zgodnie z wymaganiami SIWZ

Tytuł szkolenia Czas trwania Liczba uczestników

4 dni szkoleniowe 20 Szkolenia dla Administratorów

5 Szkolenia dla Użytkowników

Podsystemu AES/Walidator 3 dni szkoleniowe

Szkolenia autoryzowane COTS

Szkolenia podstawowe z systemu zarządzania bazą danych zastosowanego w Systemie

2 dni (lub liczba godzin wskazana przez producenta) 15 (7 jeśli SYBASE)

Szkolenia zaawansowane z systemu zarządzania bazą danych zastosowanego w Systemie

9 dni (lub liczba godzin wskazana przez producenta) 5 (3 jeśli SYBASE)

Szkolenie z systemu operacyjnego serwerów baz danych (w przypadku gdy system będzie

inny niż Windows lub AIX i inny niż dla serwerów aplikacji) 4

(lub liczba godzin wskazana przez producenta) 3

22

(jeśli Windows lub AIX - brak szkoleń)

Szkolenia z systemu operacyjnego serwerów aplikacji

(w przypadku gdy system będzie inny niż Windows) 2

(lub liczba godzin wskazana przez producenta) 20

2 Szkolenia z serwerów aplikacji zastosowanych w

Systemie

(lub liczba godzin wskazana przez producenta) 20

(dla JBoss-10 osób)

Pozostali wykonawcy przedstawili następujące ceny szkoleń, które znacząco odbiegają od ceny zaoferowanej przez INFOVIDE.

- EUROPEAN DYNAMICS - 97.806,00 zł
- Petancomp - 174.660,00 zł
- SKG SA - 440.000,00 zł
- Asseco - 770.472,00 zł
- AMG.net-61.500,00 zł
- Sygnity-196.800,00 zł

W ocenie odwołującego powyższe wskazuje jednoznacznie na czyn nieuczciwej konkurencji i na oczywiste zaniechania zamawiającego w tym zakresie - zaniechanie wyjaśnień w tym zakresie

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny - nieuzasadniona ocena wyjaśnień - naruszenie art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie wyjaśnień Infovide - Matrix oraz zaniechanie odrzucenia złożonej przez ww. podmiot oferty.

Odwołujący się stwierdził, że przeprowadzone przez zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie obalają domniemania w tym zakresie. Wykonawca nie przedstawił wiarygodnych dowodów pozwalających obniżyć cenę. W szczególności nie wskazał i nie wykazał sposobu kalkulacji ceny uwzględniającej elementy składowe wymagane w siwz.

Zarówno analiza porównawcza do ofert złożonych w tym postępowaniu jak i w odniesieniu do szacunku Zamawiającego - ok. 24 mln zł skazuje, że złożona oferta jest na poziomie ok. 43 % tych wartości. Zaniechanie szczegółowych wyjaśnień, co najmniej, jakie pozycje, jaka pracochłonność, jakie licencje COTS wymagane w SIWZ wpływają i jak wpływają na wartość ceny całkowitej, dowodzi zasadności postawionego zarzutu i faktu że domniemanie rażąco niskiej ceny nie zostało obalone zbyt ogólnymi argumentami wykonawcy.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów niebędących tajemnicą, w tym wyjaśnień dot. podstaw utajnienia oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny-

23

naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów i oświadczeń nie zawierających znamion tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego nie było podstaw aby uznać jako prawidłowe zastrzeżenie

tajemnicy przedsiębiorstwa, w stosunku do wykazu doświadczenia oraz wykazu osób. W szczególności wykaz doświadczenia nie może stanowić tajemnicy w tych przypadkach, gdy doświadczenie było realizowane na rzecz jednostek publicznych. Niezależnie jednak od powyższego, należy zwrócić uwagę, na fakt, iż to wykonawca zastrzegający informację winien wykazać, że uzasadnione jest objęcie tajemnicą określonych dokumentów i informacji. Jeśli uzasadnienie zastrzeżenia, jak też sam charakter informacji jednoznacznie nie wskazują na taki charakter informacji, przedmiotowe zastrzeżenie nie jest zasadne i powinno zostać uchylone.

W odniesieniu do oferty Sygnity SA:

W zakresie zarzutu zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnień w zakresie istnienia podstaw dla objęcia przez Sygnity tajemnicą przedsiębiorstwa części dokumentów składających się na ofertę.

Powyższe uchybienia doprowadziły w konsekwencji również do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez European Dynamics z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w poprzedzających punktach.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wszystkie trzy odwołania są zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 166/13

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący niewłaściwego wniesienia wadium przez Konsorcjum European Dynamics.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem X specyfikacji istotnych warunków zamówienia („siwz”) wykonawcy obowiązani byli do wniesienia wadium w kwocie 250 000 zł w jednej lub

24

kilku formach wskazanych w ust. 2 rozdziału X siwz (zgodnych z art. 45 ust. 6 ustawy). Jednocześnie, zamawiający postanowił, że wniesione wadium musi obejmować okres związania ofertą i nie może zawierać żadnych ograniczeń sprzecznych z ustawą, w szczególności ograniczających możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Do oferty wybranego Konsorcjum dołączono gwarancję bankową wystawioną przez bank GENIKI z siedzibą w Atenach, służącą jako wadium w niniejszym postępowaniu. Gwarancja została wystawiona w języku angielskim i przetłumaczona przez Konsorcjum na język polski. W treści tej gwarancji (zgodnie z tłumaczeniem j. polski) wskazano, że „zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony w ramach niniejszego przetargu, niniejszym nieodwołalnie i bez żadnego odniesienia do i pomimo sprzeciwu Oferenta zobowiązujemy się do bezzwłocznej zapłaty (najpóźniej w ciągu trzech dni roboczych), zgodnie z postanowieniami artykułu 46 ust. 4a i 5 Ustawy o zamówieniach publicznych kwoty gwarantowanej w momencie otrzymania przez nas od Państwa wniosku na piśmie potwierdzającego, że oferent:

b) został poinformowany w formie pisemnej o przyjęciu jego oferty przez Zamawiającego w okresie związania ofertą i został poproszony o podpisanie umowy:

i. nie mógł lub odmówił terminowego dostarczania zaświadczeń i/lub innych dokumentów, zgodnie z postanowieniami artykułu 25 ust. 1 Ustawy o zamówieniach publicznych, i/lub gwarancji wykonania i/lub spełnienia innych obowiązków wynikających z jego uczestnictwa w wyżej wymienionej procedurze przetargowej (...).”

W ocenie Izby przytoczona wyżej treść gwarancji nie stanowi skutecznego zabezpieczenia dla zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego. I tak pod pojęciem wadium, w myśl art. 70 § 1 K.c., należy

rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że

25

w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Rodzi się pytanie, co w przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zawiera oświadczenia, które ograniczają zobowiązanie gwaranta w stosunku do wymogów wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 K.c.). I tak, jeżeli z treści gwarancji wynika, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami (tak jak w niniejszym przypadku – pod warunkiem otrzymania wniosku na piśmie potwierdzającego, że oferent został poinformowany w formie pisemnej o przyjęciu jego oferty i został poproszony o podpisanie umowy) przyjąć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą.

Gwarancja winna wskazywać okoliczności, zaistnienie których spowoduje konieczność zatrzymania wadium. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 13 listopada 2009 roku (sygn. akt XII Ga 350/09) stwierdził, że *gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.* I tak w treści gwarancji winno znaleźć się zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie a także wówczas, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach zawartych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Obligatoryjnym bowiem elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które

26

zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Wykonawcę, który złożył taką „niepełną” gwarancję, należałoby zatem wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy.

Izba uznała za zasadny zarzut nie dołączenia do oferty prawidłowego dokumentu, z którego wynikałoby, że European Dynamics Luxembourg SA nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Spółka złożyła wraz z ofertą „Oświadczenie pod przysięgą” z dnia 26 listopada 2012 roku, w którym osoby reprezentujące spółkę oświadczyły, że spółka wypełniła swoje zobowiązania dotyczące opłacania składek na ubezpieczenie społeczne i opłat podatkowych zgodnie z rozporządzeniami i przepisami mającymi zastosowanie w Luksemburgu lub innym kraju Unii Europejskiej (str. 235 i 236 oferty). Oświadczenie sporządzone zostało w języku

francuskim i przetłumaczone na język polski. Na oświadczeniu znajduje się pieczęć w języku greckim, która nie została przetłumaczona na język polski.

Zgodnie z § 4 ust. 3 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, potwierdzających m.in. fakt niezalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Oświadczenie o niezaleganiu z uiszczaniem opłat na ubezpieczenie społeczne obowiązany jest złożyć wykonawca, a zatem – w tym przypadku – spółka European Dynamics Luxembourg SA z siedzibą w Luksemburgu. Spółka ta jest reprezentowana przez następujące osoby: L..... B..... i F..... V..... - K....., a zatem osoby te powinny złożyć wymagane oświadczenie przed notariuszem lub właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego znajdującym się w Luksemburgu, czyli miejscu, gdzie spółka ma siedzibę. W ocenie Izby nieuprawniony jest pogląd, iż cytowany wyżej przepis umożliwia także złożenie takiego oświadczenia w miejscu zamieszkania członków zarządu, czyli w Grecji. Możliwość taka istnieje wówczas, gdyby osoby te składały oświadczenie we własnym imieniu, a nie w imieniu spółki. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty potwierdzające brak

27

podstaw do wykluczenia z postępowania składają nie tylko wykonawcy, ale i – w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp – ich wspólnicy i członkowie zarządów. Są oni zobowiązani do złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, a w przypadku, gdy w kraju ich zamieszkania takiego dokumentu się nie wydaje – oświadczeń złożonych przed właściwym organem miejsca zamieszkania osoby. Wykładnia § 4 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje, iż w sytuacji, gdy osoba fizyczna składa oświadczenie w imieniu spółki, powinna zrobić to w kraju, w którym spółka ma siedzibę, natomiast, gdy oświadczenia składa w imieniu własnym (jako członek zarządu), winna je złożyć w kraju swojego miejsca zamieszkania.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący nie wykazania przez spółkę European Dynamics Luxembourg SA, iż nie zalega ona w uiszczaniu podatków. Izba ustaliła, że konsorcjum złożyło dokument wystawiony przez Rząd Wielkiego Księstwa Luksemburga Urząd Skarbowy, z którego wynika, iż European Dynamics Luxembourg s.a. spełnia przepisy rozporządzenia Wielkiego Księstwa z dnia 3 sierpnia 2009 w sprawie wejścia w życie ustawy z dnia 25 czerwca 2009 o zamówieniach publicznych.

W ocenie Izby fakt, iż spółka spełnia przepisy wskazanego rozporządzenia nie musi być równoznaczny z niezaleganiem z podatkami. Izbie nie przedłożono żadnego dowodu, z którego by wynikało, iż tak właśnie należy rozumieć informację zawartą w oświadczeniu. W ocenie Izby treść zaświadczenia winna zostać przez zamawiającego wyjaśniona w celu wyeliminowania podniesionych wątpliwości.

Uwzględnienie dwóch powyższych zarzutów nie skutkowało nakazaniem zamawiającemu wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów ani też do ich wyjaśnienia z uwagi na fakt, iż Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie konsorcjum z przedmiotowego postępowania.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nie wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Izba ustaliła, że w sekcji III 2.1 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” w ust. 2 pkt 3 lit. n ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio w rozdziale VIII ust. 3 pkt 3 lit. n siwz zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy są obowiązani wykazać, że dysponują osobami, które wejdą w skład zespołu projektowego wykonawcy, z których co najmniej jedna osoba posiada kompetencje z zakresu budowy, administracji, optymalizacji i bezpieczeństwa systemów opartych o technologię relacyjnych baz danych oraz przynajmniej w jednym projekcie realizującym system informatyczny o zasięgu ogólnopolskim wykonywała zadania z tym związane.

Zamawiający wraz z siwz sporządził formularz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W pkt 16 wykazu należało wpisać osobę odpowiadającą warunkom postawionym w sekcji III 2.1 ust. 2 pkt 3 lit. n ogłoszenia o zamówieniu i rozdziale VIII ust. 3 pkt 3 lit n siwz, przy czym – zgodnie ze sporządzonym przez zamawiającego opisem zawartym w pkt 16 tabeli – należało wpisać tam osobę, która posiada kompetencje z zakresu budowy, administracji, optymalizacji i bezpieczeństwa systemów opartych o technologię relacyjnych baz danych oraz przynajmniej w jednym projekcie realizującym system informatyczny o zasięgu ogólnokrajowym wykonywała zadania z tym związane.

Z powyższego wynika, iż we wskazanych punktach ogłoszenia o zamówieniu, siwz i wykazu osób powstała rozbieżność polegająca na użyciu w ogłoszeniu i siwz sformułowania „ogólnopolski”, a w wykazie – „ogólnokrajowy”. Fakt zaistnienia takiej rozbieżności został również potwierdzony przez zamawiającego.

Z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów wynika, iż zapisy siwz muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców. Takie stanowisko znalazło się m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 28 maja 2007 roku sygn. akt UZP/ZO/0-604/07 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 636/08. W związku z powyższym nie można czynić zarzutu wykonawcy, który dostosował się do zapisu specyfikacji, mimo, że w jej innym miejscu postawiony warunek miał inne brzmienie.

Izba ustaliła, że na poparcie spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobami, posiadającymi wskazane wyżej doświadczenie, konsorcjum European Dynamics wskazało 3 osoby. Wykonawca stwierdził, iż Pan I..... O..... posiada doświadczenie w realizacji projektów EMCS Malta i ICS Cypr (Obszar cel), CAMEO, FADO i MARS, Systemy e-zamówień dla Wielkiej Brytanii, Belgii, Malty i Armenii. J..... C..... zajmował się administracją, optymalizacją wydajności, projektowaniem i wdrażaniem polityk bezpieczeństwa RDBMS w DK-SKAT-EMCS. Pan P..... K..... posiada certyfikat administracji bazą danych Oracle – Oracle 11g Data Base Administrator Certified Professional oraz posiada doświadczenie zdobyte w wielu projektach poczynawszy od roku 2001.

Zważywszy na fakt, iż Izba uznała, iż wykonawcy mogli również wskazywać specjalistów posiadających doświadczenie w realizacji projektów o zasięgu ogólnokrajowym, Pan I..... O..... i Pan J..... C..... spełniają wymogi w zakresie niezbędnego doświadczenia.

KIO 167/13

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący nie wykazania przez konsorcjum European Dynamics braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że spółka European Dynamics Luxembourg SA złożył wraz z ofertą oświadczenie pod przysięgą z dnia 26 listopada 2012 roku, w którym jej przedstawiciele oświadczyli m.in., iż spółka, jej przedstawiciele prawni i członkowie zarządu nie zostali wykluczeni przez ostateczne orzeczenie sądu z udziału w zamówieniach publicznych dotyczących dostaw usług lub produktów i realizacji kontraktów publicznych oraz ogólnie postępowaniach dotyczących zamówień publicznych.

Odwołujący się wykazał, że w Wielkim Księstwie Luksemburg wydaje się zaświadczenia o wpisie spółek do Rejestru Karnego. Złożył do akt sprawy zaświadczenie wydane przez Prokuraturę przy Sądzie Wyższej Instancji Wielkiego Księstwa Luksemburga Rejestru Karnego, z którego wynika, że European Dynamic Luxembourg SA nie jest wpisana do Rejestru Karnego. Zgodnie z art. 35 pkt 3 Kodeksu Karnego Wielkiego Księstwa Luksemburga kary kryminalne lub poprawcze, jakim podlegają osoby prawne to m.in. wykluczenie z uczestnictwa w zamówieniach publicznych. Brak zatem wpisu w Rejestrze Karnym jest równoznaczny z brakiem orzeczenia o zakazie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

A zatem stwierdzić należy że spółka obowiązana była złożyć wraz z ofertą zaświadczenie właściwego organu, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienia. Zgodnie bowiem z § 4 ust. 3 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) tylko wówczas, gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, potwierdzających m.in. fakt niezalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Izba nie nakazała zamawiającemu wezwania konsorcjum European Dynamics do uzupełnienia dokumentów z uwagi na konieczność wykluczenia konsorcjum i odrzucenia jego oferty z powodu potwierdzenia się innych zarzutów wobec tego wykonawcy.

30

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienia zarzut dotyczący nie przedstawienia dokumentu, z którego wynikałoby, jakie osoby są uprawnione do reprezentowania spółki prawa greckiego European Dynamics SA.

Izba ustaliła, że na stronach 405-415 oferty konsorcjum European Dynamics znajduje się kopia Oficjalnego Dziennika Rządowego Republiki Greckiej nr 10217z 21 sierpnia 2009 roku, uwierzytelniona w dniu 23 listopada 2012 roku, zawierająca ogłoszenie o rejestracji spółki European Dynamics SA. Zgodnie z powyższym ogłoszeniem członkami zarządu spółki są: C..... V....., F..... V....., L..... B....., D..... K..... i N..... T.....

Izba uznała za zasadny zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Konsorcjum European Dynamics.

Na podstawie druku ZP-PN Izba ustaliła, że wartość zamówienia została ustalona na kwotę 29.128.048,78,15 zł.

W postępowaniu złożono oferty zawierające następujące ceny:

- 1) SKG SA w Bielsku-Białej – 17.218.845,00 zł
- 2) Konsorcjum firm: European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics SA w Luksemburgu - 9.777.734,94 zł (brutto)
- 3) Pentacomp Systemy Informatyczne SA w Warszawie – 15.997.000,00 zł
- 4) Asseco Poland SA w Rzeszowie – 21.402.000,00 zł
- 5) Sygnity SA w Warszawie – 15.499.230,00 zł
- 6) AMG.net SA w Łodzi – 12.999.665,76 zł
- 7) DahliaMatic Sp. z o.o. w Warszawie – 8.648.402,65 zł
- 8) Infovide-Matrix SA w Warszawie – 10.534.402,65 zł.

Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2012 roku wezwał konsorcjum European Dynamics do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 31 grudnia 2012 roku wykonawca konsorcjum European Dynamics złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż:

- posiada wieloletnie doświadczenie i rozległą wiedzę w dziedzinie celnej, nie tylko w projektach IT,
- wykonywał dostawę w ciągu ostatnich 4 lat podobnych projektów dla wielu administracji celnych w innych państwach członkowskich UE,
- posiada pakiet gotowych produktów, zgodnych z wymaganiami organów celnych w UE, dostępność (opracowanych i będących w produkcji) głównych części aplikacji wymaganych w specyfikacji przetargu w tytule,

31

- regularnie śledzi ewolucję w dziedzinie cel w UE i posiada gotowe zaawansowane metody i linie produkcyjne do budowy aplikacji celnych.

Wykonawca podał, iż zaprojektował, opracował i sprzedaje od 2008 roku ECDP (Dynamiczną Platformę Europejskich Służb Celnych). Posiada zatem gotową,

zaawansowaną i efektywną ze względu na koszty skuteczną metodykę i linię produkcyjną dedykowaną do rozwoju aplikacji celnych. W dewelopmencie polskiej aplikacji importu będzie wykorzystana platforma ECDP, a to pozwala na znaczne zmniejszenie wymaganych nakładów i kosztów.

Wykonawca stwierdził ponadto, iż był dostawcą, a także rozwijał grecki Zintegrowany System Informacji Celnej oraz wspiera duński system EMCS. Dysponuje zespołem projektowym obejmującym wysoko kwalifikowanych ekspertów. Wszyscy członkowie zespołu brali udział w podobnych projektach celnych. Pozwala to zminimalizować nakłady związane ze zrozumieniem domeny biznesowej.

Wykonawca podkreślił, że jego cena jest niska, ponieważ jego firma dokonała inwestycji technologicznych (Platforma ECDP) w ciągu ostatnich kilku lat, posiada doświadczonych ekspertów, zaawansowaną linię produkcyjną, nowoczesne narzędzia oraz wcześniejsze doświadczenie w realizacji podobnych projektów celnych, oferuje istotne części wymaganych aplikacji jako elementy ECDP w minimalnej cenie.

Izba wskazuje, iż materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogólnie nie zostać złożone (art. 90 ust. 3). Tudzież uznać można, iż zamawiający będzie zwolniony z pełnego udowodnienia wykonawcy, iż oferowana przezeń cena jest rażąco niska w przypadku gdy wystąpi domniemanie faktyczne wystąpienia ceny tego typu, a wykonawca obalić takiego domniemanie nie zdoła.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

32

Co do zasady fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien ten podmiot, który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i nań się powołuje. Jednakże ciężar ostatecznego dowodu w przedmiocie charakteru ceny w świetle powołanych regulacji art. 90 ustawy może ulec odwróceniu. Dojść do tego może w przypadku powstania faktycznego domniemanie wystąpienia w danych okolicznościach ceny rażąco niskiej. Nawet więc bez ostatecznego udowodnienia poziomu cen rynkowych i wykazania w ten sposób realnych cen ofertowych, będzie możliwe przyjęcie wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku wystąpienia okoliczności pośrednio na nią wskazujących, gdy jednocześnie wykonawca nie wykaże okoliczności przeciwnych lub wykaże okoliczności, które pozwoliły mu swoją cenę obniżyć (np. okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp).

Zastrzec należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia).

Odwolujący się dokonał kalkulacji czynników mających wpływ na cenę oferty konsorcjum European Dynamics. Stwierdził, iż pomniejszając cenę o wartości zawarte w formularzu ofertowym:

- cena łączna za usługę (netto): 508.674,00 zł
- cena łączna za usługę szkolenia (netto) 97.806,00 zł
- łączna cena za usługę rozwoju (netto) 4.375.000,00 zł

otrzymujemy kwotę 3.650.514,54 zł (brutto), w ramach której zrealizowane powinny być świadczenia wyspecyfikowane w siwz. Odwołujący się podniósł, iż minimalna cena

oprogramowania COTS (wraz z jego utrzymaniem w okresie trwania usługi utrzymania), spełniającego warunki wyspecyfikowane w siwz to ok. 1.500.000 zł brutto. Pomniejszając z kolei kwotę 3.650.514,54 zł (brutto) o przyjęty koszt licencji COTS uzyskujemy kwotę 2.150.514,54 zł (brutto), która dotyczy czystego rozwoju oprogramowania. W ocenie odwołującego się nie jest możliwe zrealizowanie w ramach tej kwoty wymagań i produktów wyspecyfikowanych w siwz.

33

Porównując ceny zaoferowane przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, a także mając na względzie argumentację odwołującego się w niniejszej sprawie powstało domniemanie faktyczne, iż zaoferowana przez konsorcjum European Dynamics może być ceną rażąco niską. W tej sytuacji to na konsorcjum spoczywał obowiązek udowodnienia, że zarzut ten jest bezpodstawny.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum European Dynamics Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wykonawca wskazał kilka okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, ale nie wykazał sposobu tego wpływu, 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. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również 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. Zdaniem Izby wyjaśnienia przystępującego konsorcjum nie obaliły domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, a zatem Izba nakazała odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Izba nie uznała za zasadny zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się.

Izba stwierdziła, że zgodnie z pkt 2 rozdział XVI siwz wybór najkorzystniejszej oferty miał zostać dokonany na podstawie uzyskanej oceny w oparciu o kryterium ceny oferty. Ocenie podlega cena całkowita oferty (w złotych brutto). Cena całkowita oferty podana na Formularzu Ofertowym, musi stanowić sumę poszczególnych składników wyszczególnionych w dokumencie "Szczegółowy harmonogram zadań i specyfikacja ceny oferty", sporządzonym zgodnie z szablonem oraz wymaganiami przedstawionymi w Załączniku C do SIWZ (pkt 1 rozdział VI SIWZ). Szczegółowy harmonogram zadań i specyfikacja ceny oferty stanowił dla odwołującego zasadnicze narzędzie służące do skalkulowania "Ceny całkowitej" oferty. Tymczasem, zgodnie z zaleceniem zamawiającego (pkt 2 rozdział XI SIWZ) do przygotowania oferty należało użyć Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik B do SIWZ. Zgodnie z wzorcem oprócz "Ceny całkowitej oferty" w formularzu należało podać

34

tylko niektóre jej składniki, tj. "Cenę łączną za Usługę Utrzymania", "Cenę łączną za Usługę Szkolenia" oraz "Cenę jednego osobodnia" i "Cenę łączną za Usługę Rozwoju (cena jednego osobodnia x 3500 osobodni)". Zgodnie z pkt 3 rozdział VI SIWZ cena za 1 osobodzień (ti. za wykonywanie pracy przez 1 osobę przez osiem godzin) realizowania Usługi Rozwoju (§ 4 Wzoru Umowy), nie może być niższa niż 1250 zł.

W Formularzu ofertowym odwołującego się "Cena całkowita" wynosi 12.999.665,76 zł, "Cena łączna za Usługę Utrzymania" wynosi 1.682.906,84 zł, "Cena łączna za Usługę Szkolenia" wynosi 61.500,00 zł, zaś "Cena jednego osobodnia" 1.250,00 zł, "Ceny łącznej za Usługę Rozwoju": 1.250.000.00 zł (1.250,00 zł x 1000 osobodni). /

Odwołujący się w tym samym Formularzu Ofertowym złożył oświadczenie, iż „Zobowiązuje się do zawarcia Umowy na warunkach określonych we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik F do SIWZ." Jednym z podstawowych warunków określonych we Wzorze Umowy jest to, iż „Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia Usługi Rozwoju Systemu w limicie nieprzekraczającym 3500 osobodni".

Ponadto Wykonawca, w swej ofercie na stronach od 45 do 65 załączył „Szczegółowy harmonogram zadań i specyfikacja ceny oferty” przedstawiając tym samym listę zadań, które zobowiązuje się wykonać w ramach Ceny całkowitej oferty wskazanej w Formularzu Ofertowym. W pozycji 157 ww. harmonogramu wymieniona jest wprost wartość 3500 osobodni jako jeden z czynników określających finalną cenę za Usługę Rozwoju.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego się, iż niezgodność ilości osobodni jest omyłką, którą można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl wzmiankowanego przepisu zamawiający poprawia w ofercie omyłki (inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe), polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopażeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., mieszczących się w pojęciu omyłki.

W rozpoznawanym przypadku istota zagadnienia sprowadza się do "pojmowania i wykładni" przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3.. Należy przy tym pamiętać, że w każdym przypadku, w którym ustawodawca w danej normie prawnej używa tzw. klauzuli ogólnej lub zwrotu niedookreślonego będzie pojawiał się problem "pojmowania i wykładni zapisu ustawy". Stwierdzić należy, że stosowanie wskazanej regulacji winno charakteryzować się daleko posuniętą ostrożnością, i w żadnej mierze nie powinna regulacja ta stanowić podstawy do łamania bądź omijania zasad regulujących rozstrzygnięcie zamówienia publicznego. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 roku (sygn. akt XII

35

Ga 102/09) nie ulega kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.

Izba nie zgadza się z odwołującym się, iż obowiązkiem zamawiającego było poprawienie zgłoszonej omyłki poprzez korektę ilości dni przedstawionych w formularzu ofertowym z 1000 na 3500. Należy zauważyć, że przy uwzględnieniu prawidłowej wartości ceny jednego osobodnia, tj. 1250,00 zł zamawiający winien był poprawić łączną cenę za usługę rozwoju (cena jednego osobodnia x 3500 osobodni) z kwoty 1.250.000 zł na 4.375.000,00 zł.

Należy zważyć, iż cena za usługę rozwoju miała być wskazana przez wykonawców w formularzu ofertowym, obok innych elementów cenotwórczych, takich jak: cena łączna za usługę utrzymania i cena łączna za usługę szkolenia. Zamawiający dokonując ewentualnej poprawy ceny za usługę rozwoju nie mógł mieć wiedzy, czy i w jaki sposób poprawa ta wpłynie na cenę całkowitą oferty. Z kolei złożenie w tym zakresie wyjaśnień przez odwołującego się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiłoby nieuprawnione negocjacje dotyczące złożonej oferty. Tymczasem elementem istotnym w procesie dokonywania poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest to, iż zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Inforvide-Matrix.

Odwołujący się podniósł, iż całkowita cena oferty Inforvide-Matrix wynosi 10.534.402,65 zł (brutto). Pomniejszając cenę o wartości zawarte w Formularzu Ofertowym:

- cena łączna za usługę – 2.182.967,10 zł
- cena łączna za usługę szkolenia – 13.776,00 zł
- łączna cena za usługę rozwoju 4.375.000,00 zł.

otrzymujemy kwotę 3.962.659,55 zł (brutto), w ramach której zrealizowane powinny być świadczenia wyspecyfikowane w siwz. W ocenie odwołującego się minimalna cena

36

oprogramowania COTS (wraz z jego utrzymaniem) to około 1.500.000,00 zł (brutto).

Pomniejszając kwotę 3.962.659,55 zł o przyjęty koszt licencji COTS uzyskujemy kwotę 2.462.659,55 zł (brutto), która dotyczy czystego rozwoju oprogramowania. Zdaniem odwołującego się realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2012 roku zwrócił się do wykonawcy Inforvide - Matrix o złożenie wyjaśnień dotyczących wysokości ceny.

Pismem z dnia 3 stycznia 2013 roku wykonawca udzielił stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia wykonawcy objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba oceniła złożoną i wyjaśnienia i skonstatowała, że złożone przez wykonawcę Inforvide-Matrix wyjaśnienia dowodzą, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca podał szereg wartości, w tym wartość licencji, stawkę za dzień pracy ekspertów, którzy będą brali udział w przedsięwzięciu oraz wysokość przewidywanego zysku. Wskazał również na rozwiązania, które zamierza zastosować przy realizacji zamówienia. Zdaniem Izby wyjaśnienia te są wystarczające dla uznania, że zarzut rażąco niskiej ceny nie jest uzasadniony.

Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać nie tylko to, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający zobowiązany wziąć pod uwagę zarówno wszystkie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 (oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów), ale również inne czynniki, na które wskaże wykonawca, a które bez zakłócania uczciwej konkurencji wpłynęły na wysokość ceny w złożonej ofercie.

Wskazując na powyższe Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia przepisów podniesionych przez odwołującego się, w szczególności art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp.

KIO 169/13

Izba uwzględniła zarzut dotyczący przedstawienia przez konsorcjum European Dynamics wadliwego zaświadczenia o niezaleganiu z należnościami dla sektora publicznego.

37

Izba ustaliła, że na str. 295-296 oferty znajduje się dokument wystawiony przez Ministerstwa Finansów Republiki Greckiej, z którego wynika, że wykonawca European Dynamics SA nie zalega w odniesieniu do należności dla sektora publicznego. Dokument został sporządzony w języku greckim i złożony wraz z tłumaczeniem na język polski. W wersji polskiej dokument opatrzony jest datą „dziewiąty listopada tysiąc dziewięćset dwanaście”.

Powyższe, co do zasady, powinno zostać wyjaśnione przez wykonawcę. Jednakże z uwagi na fakt nakazania zamawiającemu wykluczenia konsorcjum European Dynamics z postępowania nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień nie znajduje podstaw.

Izba uznała za zasadny zarzut związany z nieumocowaniem pełnomocnika konsorcjum L..... B..... w dacie podpisywania oświadczeń i dokumentów.

Izba ustaliła, że na stronie 392 oferty konsorcjum European Dynamics znajduje się pełnomocnictwo udzielone przez członków konsorcjum Panu L..... B..... do reprezentowania konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo zostało udzielone w dniu 29 listopada 2012 roku.

Na stronie 27 oferty znajduje się oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oświadczenie zostało podpisane przez Pana L..... B..... i opatrzone datą 28 listopada 2012 roku.

Izba uznała, że Pan L..... B..... podpisał wskazane oświadczenie w imieniu konsorcjum, nie będąc do tego umocowanym. Jednakowoż – z uwagi na nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy konsorcjum European Dynamics z postępowania – brak było podstaw do nakazania zamawiającemu wezwania do uzupełnienia wadliwych dokumentów.

Izba uwzględniła zarzut zaoferowania przez konsorcjum European Dynamics rażąco niskiej ceny. Argumentacja Izby odnośnie tego zarzutu wskazana została w części uzasadnienia odnoszącej się do tożsamego zarzutu podniesionego przez wykonawcę AMG.net.

Izba uznała za zasadny zarzut wadliwego ustanowienia wadium przez konsorcjum European Dynamics.

Izba ustaliła, że na stronie 388-390 oferty European Dynamics znajduje się gwarancja wadialna wystawiona przez GENIKI Bank. Z treści gwarancji nie wynika, że Bank wypłaci

38

zamawiającemu kwotę wadium w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złoży wymaganych pełnomocnictw.

W zakresie tego zarzutu Izba podtrzymuje argumentację wskazaną w części uzasadnienia związanego z rozpoznaniem zarzutu dotyczącego wadliwego wadium, podniesionego przez wykonawcę Infovide-Matrix.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia przez konsorcjum European Dynamics podatku VAT w cenie oferty.

Izba swoje rozstrzygnięcie w tym zakresie oparła na stanowisku Ministerstwa Finansów Departamentu Podatku od Towarów i Usług, zawartego w piśmie z dnia 25 stycznia 2013 roku, złożonego przez zamawiającego jako dowód w postępowaniu.

Z pisma wynika, iż konsorcjum firm, które zostało wybrane w procedurze przetargowej ma swoją siedzibę w Luksemburgu i brak jest jakichkolwiek informacji, by posiadało ono w Polsce stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, które uczestniczyłoby w świadczeniu usług objętych procedurą przetargową. Mając powyższe na uwadze, faktura, która zostanie wystawiona przez ww. konsorcjum nie powinna zawierać kwoty podatku VAT, natomiast powinna zawierać informację, że podatek rozlicza nabywca. Ministerstwa Finansów zostało zidentyfikowane dla celów dokonywania transakcji wewnątrzwspólnotowych (posiada ważny numer VAT UE) i zobowiązane jest, w przypadku usług, do których ma zastosowanie zasada ogólna (art. 28b ww. ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług), rozliczyć podatek VAT według stawki obowiązującej w kraju dla danego rodzaju usług (w tym przypadku wg stawki 23%, gdyż chodzi o usługi informatyczne).

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykazanie spełniania wymagań z rozdziału VIII pkt 2 ppkt 3a i 3b oraz rozdziału IX pkt 6 i 7 oraz innych wymagań wskazanych w treści uzasadnienia, względnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby trudno w tej sytuacji mówić w ogóle o podniesieniu zarzutu przez odwołującego się. Odwołujący się ograniczył się tylko do przytoczenia wskazanych warunków i stwierdzenia, że konsorcjum European Dynamics w żadnej pozycji wykazu wdrożeń nie przedstawiło informacji z wykonanych należycie usług, spełniających szczegółowe i specyficzne wymagania określone w siwz w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 3a oraz 3b.

39

Odwołujący się nie wskazał, dlaczego - w jego ocenie – wykazane usługi nie spełniają postawionego warunku. Szczegółowe informacje przedstawił dopiero na rozprawie, jednak w ocenie Izby stanowiło to nieuprawnione rozszerzenie zarzutu. Stąd też Izba nie zajmowała się analizowaniem danych przekazanych przez odwołującego się na rozprawie i zarzut oddaliła, jako wadliwy formalnie.

Izba nie uwzględniła zarzutu związanego z brakiem wymaganego doświadczenia w zakresie doświadczenia w realizacji systemów o zasięgu ogólnokrajowym. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną w części uzasadnienia odnoszącego się do tożsamego zarzutu podniesionego przez wykonawcę Infovide-Matrix.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią siwz, polegającej na złożeniu przez wykonawcę European Dynamics oferty według specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 6 listopada 2012 roku, bez uwzględnienia modyfikacji z późniejszego okresu. Izba wyraża przekonanie, iż odwołujący się, jako profesjonalny uczestnik obrotu, powinien mieć świadomość tego, iż tego rodzaju niezgodność ocenia się na podstawie treści oferty, a nie złożonego oświadczenia.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niejednoznaczności oświadczenia zawartego w ofercie European Dynamics w zakresie wymogu podwykonawstwa, względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji

dotyczących złożonej oferty i jej zmianę w zakresie oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa. Odwołujący się nie wskazał, na czym miałyby polegać rzeczona niejednoznaczność, a zatem zarzut należało oddalić jako wadliwy formalnie.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego podpisania wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2013 roku przez Pana D..... M.....

Izba ustaliła, że na stronie 10 oferty konsorcjum European Dynamics znajduje się informacja, iż dla celów niniejszego postępowania osobą nominowaną po stronie wykonawcy w okresie przetargowym jest D..... M..... Pismo zostało podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji konsorcjum, a zatem Izba uznała, iż Pan D..... M..... jest uprawniony do udzielania wyjaśnień w imieniu konsorcjum.

Izba nie uwzględniła zarzutu dot. wadliwości pełnomocnictwa dla Pana L..... B..... w zakresie nie spełniania ustawowych wymagań, w tym podstawy dla udzielenia pełnomocnictwa, tj. art. 23 ustawy Pzp. Odwołujący się nie wskazał, na czym owa wadliwość miałyby polegać, dlatego też zarzut należało oddalić jako wadliwy formalnie.

40

Izba nie uwzględniła zarzutu dot. informacji z odpowiedników KRK dla zarządu spółki European Dynamics Luxembourg SA oraz European Dynamics SA.

Izba ustaliła, że w ofercie na stronach 321-333 znajdują się dokumenty stanowiące odpowiedniki polskiego KRK dla wszystkich członków Zarządu Spółki European Dynamics SA. Izba w tym zakresie uznała zarzut za niezrozumiały.

Ponadto Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w tym, iż członkowie zarządu European Dynamics Luxembourg SA złożyli dokumenty stanowiące odpowiedniki polskiego KRK z greckiego wymiaru sprawiedliwości. Z odpisu z rejestru spółki znajdującego się na str. 397-399 oferty wynika, iż miejscem zamieszkania członków zarządu spółki jest Grecja, a zatem złożenie greckich dokumentów należy uznać za właściwe.

W zakresie oferty złożonej przez wykonawcę Infovide-Matrix Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez utrudnianie dostępu do rynku w związku ze sprzedażą usług poniżej kosztów ich zakupu, względnie poniżej kosztów ich wytworzenia, co wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działalnie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, względnie zaniechanie wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze wskazanym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Izba zwraca uwagę, że przedmiotem nabywanym przez zamawiającego w ramach niniejszego postępowania nie jest usługa szkolenia, a zatem nie można twierdzić, iż wykonawca Infovide-Matrix sprzedaje zamawiającemu taką usługę. Tym samym nie została spełniona podstawowa przesłanka zawarta w art. 15 ust. 1 pkt 1 wskazanej ustawy. Usługa szkolenia zawiera się co prawda w przedmiocie zamówienia, niemniej jednak nie jako osobny przedmiot, ale część znacznie większej całości.

Ponadto odwołujący się oparł uzasadnienie zarzutu na konkretnych produktach na podstawie posiadanych ofert. Nie uwzględnił w swojej kalkulacji tego, że w zakresie szkoleń autoryzowanych COTS zamawiający wskazał, że ma to być konkretna ilość dni lub liczba godzin wskazana przez producenta, która może różnić się od tej, podanej przez

41

zamawiającego. Ponadto niektóre ze szkoleń nie muszą być przeprowadzane, jeżeli systemem operacyjnym będzie Windows lub AIX.

Odwołujący się złożył do akt sprawy ofertę Infovide-Matrix w postaci wydruku ze strony internetowej, z której wynika, iż wykonawca ten oferuje szkolenia JBoss za cenę 9.100 PLN + VAT, zaznaczając przy tym, że tego rodzaju szkolenie to tylko jeden rodzaj szkolenia wchodzącego w zakres wszystkich szkoleń w przedmiotowym postępowaniu. Izba wskazuje na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn.. akt I ACa 231/07, Apel.-W-wa 2008, nr 4, poz. 32, iż z żadnego przepisu prawa nie wynika

obowiązek przedsiębiorcy do sprzedawania takich samych towarów wszystkim swoim klientom po tej samej cenie. Przysługująca przedsiębiorcy swoboda ustalania cen obejmuje także prawo do obniżania ceny swoich towarów z korzyścią dla poszczególnych odbiorców czy ich grup (...). Niewątpliwie nie jest dyskryminacją zróżnicowane traktowanie klientów mające uzasadnienie ekonomiczne, jeżeli oparte jest na kryteriach jednolitych dla wszystkich kontrahentów na danym szczeblu obrotu towarowego".

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia dokumentów niebędących tajemnicą, w tym wyjaśnień dotyczących podstaw utajnienia oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

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). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie 42

związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, 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.

Wykonawca Infovide-Matrix wyjaśnił, iż w odniesieniu do informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący się na rozprawie cofnął zarzut dotyczący zaniechania – w stosunku do jego oferty – przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....
.....
.....