

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 8 i 9 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Qumak Spółka Akcyjna, 02-305 Warszawa, Al. Jerozolimskie 136** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3** przy udziale wykonawcy **Infonet Projekt Spółka Akcyjna, 43-316 Bielsko-Biała, al. Armii Krajowej 220** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1) **uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;**
- 2) kosztami postępowania obciąża Centralny Ośrodek Informatyki, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Qumak Spółka Akcyjna, 02-305 Warszawa, Al. Jerozolimskie 136 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1. zasądza od Centralnego Ośrodka Informatyki, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3 na rzecz wykonawcy Qumak Spółka Akcyjna, 02-305 Warszawa, Al. Jerozolimskie 136 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Qumak Spółka Akcyjna, 02-305 Warszawa, Al. Jerozolimskie 136 tytułem wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

I. Odwołujący - Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, czynności i zaniechania zamawiającego - Centralnego Ośrodka Informatyki z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę systemu pamięci masowej składającego się z dwóch pojedynczych macierzy klasy enterprises”, polegających na:

- 1) wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Infonet Projekt S.A.,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Infonet Projekt S.A., jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ, jak i oferty z rażąco niską ceną,
- 3) zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 4) subiektywnej ocenie przez zamawiającego wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 5) zaniechaniu odtajnienia przez zamawiającego oraz odmowie udostępnienia odwołującemu części oferty Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. w

zakresie złożonych przez te podmioty wyjaśnień i uzupełnień, podczas, gdy ww. części ofert Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. nie wypełniają kumulatywnych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunkujących możliwość zastrzegania danych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

- 6) zaniechaniu zweryfikowania przez zamawiającego okoliczności, na jaką Infonet Projekt S.A. przedłożył w swojej ofercie na stronie 60 oświadczenie producenta Hitachi, zaniechaniu wyjaśnienia, jakiego producenta sprzęt Infonet Projekt S.A. oferuje, zaniechaniu wyjaśnienia zakresu przedkładanego w ofercie Infonet Projekt S.A. certyfikatu ISO od firmy S&T, zaniechaniu wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie ilości miesięcy oferowanego przez tego wykonawcę serwisu producenta dla przedmiotu jego oferty,
- 7) nieudostępnienie odwołującemu dokumentów na podstawie, których zamawiający oszacował kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 7 przez zaniechanie zastosowania przepisu przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, przez m.in. bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego zastrzeżeń Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 przez niezgodne z Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Infonet Projekt S.A., jako oferty niezgodnej z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego w SIWZ,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 przez jego niezastosowanie względem oferty Infonet Projekt S.A., która zawiera rażąco niską cenę względem przedmiotu zamówienia,
- 5) art. 90 ust. 2 przez subiektywną ocenę wyjaśnień Infonet Projekt S.A. złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty,
- 6) art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 7) art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 przez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień i uzupełnień do złożonych ofert przez Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o.,
- 8) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Infonet Projekt S.A. oraz wyjaśnienia i uzupełnienia złożone przez Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 9) art. 96 ust. 3 przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów oraz cen listowych z przewidywanym upustem z założeniem ryzyka kursowego, na podstawie, których zamawiający oszacował budżet na realizację zamówienia, na które to okoliczności powołuje się w „Protokole Postępowania w Trybie Przetargu Nieograniczonego”, sekcja nr 2.

Ponadto, z ostrożności, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 10) art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 11) art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie okoliczności, na jaką Infonet Projekt S.A. przedłożył w swojej ofercie na

stronie 60 oświadczenie producenta Hitachi, zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie oferowanego przez Infonet Projekt S.A. przedmiotu zamówienia w zakresie producenta sprzętu, zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie przedkładanego certyfikatu ISO od podwykonawcy S&T, zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie ilości miesięcy oferowanego przez tego wykonawcę serwisu producenta dla przedmiotu jego oferty.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Infonet Projekt S.A., jako oferty nie spełniającej treści SIWZ oraz oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 4) ujawnienie oferty Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. w zakresie złożonych przez te podmioty wyjaśnień i uzupełnień do oferty,
- 5) ujawnienie wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz udostępnienie ich odwołującemu do wglądu,
- 6) dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Qumak S.A.

Odwolujący wniósł również o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwolujący wskazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Infonet Projekt S.A., co stoi na przeszkodzie uznaniu oferty odwołującego za najkorzystniejszą. Naruszenie przepisów ustawy odwołujący upatruje też w utajnieniu

wyjaśnień i uzupełnień ofert wykonawców Infonet Projekt S.A. i ADT Group Sp. z o.o., a ponadto nie przekazaniu do wglądu odwołującemu wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów i cen listowych z przewidywanym opustem z założeniem ryzyka kursowego, na podstawie, których zamawiający oszacował budżet na realizację zamówienia i powołuje się na nie w „Protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego”, sekcja nr 2, przez co uniemożliwił odwołującemu zapoznanie się z pełną ofertą i wyjaśnieniami Infonet Projekt S.A. i pełne zbadanie, czy oferta wykonawcy spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwolujący podniósł, że obowiązkiem zamawiającego jest w szczególności zbadanie, czy informacje objęte zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewykonanie tego obowiązku może doprowadzić do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia mogącego skutkować wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwolujący stwierdził, że gdyby zamawiający nie zaniechał odtajnienia zastrzeżonej części ofert wymienionej na wstępie, mógłby wykazać, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, a także, że oferty ww. wykonawców zawierały błędy i uchybienia. Odwołujący uznał, że działanie zamawiającego może wpłynąć na wynik postępowania, a w konsekwencji może stracić możliwość uzyskania zamówienia.

W ocenie odwołującego spełniły się przesłanki wskazane w art. 179 Pzp, interes odwołującego doznał uszczerbku w wyniku działań zamawiającego, a odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności podjętych przez zamawiającego, wobec czego wniesienie odwołania należy uznać za zasadne.

Odwolujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania - przekazanie informacji o wyniku postępowania w dniu 16 lipca 2013 r., zatem odwołanie wniesiono w dniu 26 lipca 2013 r. z zachowaniem ustawowego terminu, właściwego ze względu na wartość zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, na podstawie wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 14 lipca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2007/06, na obowiązek zamawiającego rzetelnego ustalenia, czy zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ oraz spełnia

kryteria będące podstawą ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza.

Odwolujący stwierdził, że zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny ofert, co doprowadziło do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp. Zdaniem odwołującego, oferta Infonet Projekt S.A. powinna zostać odrzucona, gdyż nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

6

zamówienia. Zatem, oferta ta nie powinna być poddana ocenie. Zawiera liczne błędy, w tym także wpływające na jej ważność w całości, jak wskazano niżej.

1. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Infonet Projekt S.A. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający badał rażąco niską cenę, zarówno w ofercie ADT Group Sp. z o.o., jak i Infonet Projekt S.A. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Infonet Projekt S.A. są utajnione, jako tajemnica przedsiębiorstwa tej spółki. Zamawiający nie ujawnił i nie udostępnił tej części wyjaśnień pozostałym wykonawcom do wglądu. O tym, że było badanie ceny oferty Infonet Projekt S.A. świadczy jedynie protokół z dn. 02.07.2013 r. z posiedzenia komisji w trybie roboczym.

Zdaniem odwołującego, działanie zamawiającego nie jest uzasadnione i uniemożliwia pozostałym wykonawcom ocenę, czy postępowanie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty zostało przeprowadzone prawidłowo, rzetelnie i zgodnie z wymogami SIWZ. Utajenie części wyjaśnień powoduje również, że zamawiający zobowiązany do stosowania zasad przejrzystości, jawności, wybiera ofertę, w której cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest rażąco niska. Działanie takie budzi wątpliwości w zakresie prawidłowości

i wyboru oferty. Zastrzeżenia przeprowadzenia postępowania najkorzystniejszej odwołującego są tym bardziej uzasadnione, że oferta Infonet Projekt S.A. jest w całej jej części technicznej jawna, a zatem nie sposób znaleźć powodu utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty.

Odwolujący zakwestionował prawidłowość utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i wniósł o udostępnienie tych wyjaśnień pozostałym wykonawcom.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podniósł, że w jego ocenie, oferta Infonet Projekt S.A. powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08:

„Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Przywołany wyrok potwierdza, że w realiach rynkowych i z uwzględnieniem zasady konkurencyjności, niemożliwym jest dostarczenie zamawiającemu przedmiotu zamówienia za cenę zaledwie 5 691 210.00 zł., która stanowi jedynie 54% budżetu zamawiającego.

Zgodnie z szacunkiem zamawiającego przy planowaniu budżetu, kwota ta stanowi rażąco niską cenę, gdyż wartość, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia

7

obejmowała już również opusty, o czym świadczy wpis do protokołu „Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego”, sekcja nr 2. W tym miejscu zamawiający jednoznacznie oświadczył, że: „Wartość zamówienia została ustalona w dniu 06.05.2013 r. [z uwzględnieniem] cen listowych z przewidywanym opustem z założeniem ryzyka kursowego”.

Odwolujący wskazał wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 706/13; KIO 707/13 traktujący o roli i znaczeniu składanych wyjaśnień, że nie mogą one prowadzić do pominięcia treści oświadczenia zawartego w ofercie.

Mając do wglądu część techniczną oferty Infonet Projekt S.A., odwołujący oświadczył, że nie jest możliwe w realiach rynkowych wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego z SIWZ za zaoferowaną cenę. Odwołujący wskazał, że również nie jest w stanie wyobrazić sobie, jakie znaczące dowody mógł przedłożyć wykonawca Infonet Projekt S.A. aby przekonać zamawiającego, że jest w stanie zrealizować zamówienie po tak zaniżonych kosztach. Posiadając wieloletnie doświadczenie w realizacji zamówień danego typu odwołujący jest zdania, że zamawiający dokonując oceny wyjaśnień

Infonet Projekty S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny naruszył art. 90 ust. 2 Pzp i subiektywnie ocenił okoliczności wskazywane przez Infonet Projekt S.A. w jego korespondencji, w oderwaniu od warunków rynkowych. Nie ulega wątpliwości, w ocenie odwołującego, że zamawiający powinien szczegółowo badać ofertę w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, gdyż w sytuacji, gdy zdecyduje się na współpracę z wykonawcą oferującym nierynkowe ceny, musi liczyć się z możliwością niezrealizowania w pełni zamówienia bądź wykonania zamówienia, ale nie w wymaganej jakości i standardzie.

Odwołujący zgłosił wniosek dowodowy - o przesłuchanie w charakterze świadka pracownika zamawiającego, który dokonał szacowania budżetu na okoliczność: wyjaśnienia, czy pracownik ten korzystał z cen listowych i zakładał opusty, co zostało określone w protokole z postępowania oraz skąd zamawiający posiadał ceny listowe, jak oszacował opusty oraz na bazie, jakich danych określił wartość budżetu na realizację zamówienia. Informacje te pozwolą udowodnić odwołującemu, że cena oferty Infonet Projekt S.A. jest ceną rażąco niską.

2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Infonet Projekt S.A., jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ.

Zdaniem odwołującego oferta złożona przez Infonet Projekt S.A. nie odpowiada treści SIWZ, a mianowicie:

8

A. Zamawiający w pkt 9.4.4.1 SIWZ oczekiwał:

„9.4.4 W celu potwierdzenia, iż oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego Wykonawca winien załączyć do oferty:

9.4.4.1 szczegółową specyfikację techniczną oferowanych urządzeń (zawierającą, co najmniej nazwę producenta, model oferowanych urządzeń, opis co najmniej wszystkich parametrów wskazanych przez Zamawiającego w cz. II SIWZ - opis przedmiotu zamówienia)”.

W ofercie Infonet Projekt S.A. nigdzie nie ma podanego producenta macierzy ani też modelu. Na stronach 6 - 8 są tylko tzw. kody produktów, ich opis oraz ilości i całość tych danych zatytułowana została, jako „Specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania”. W żadnej z tych pozycji nie ma mowy o producencie i modelu oferowanego urządzenia. W związku z tym zasadnym jest pytanie, skąd zamawiający wie, co jest przedmiotem oferty Infonet Projekt S.A. Poza sporem jest, że kody produktu nie są nazwą handlową, której zamawiający oczekiwał w SIWZ, jako wskazanej przez wykonawców. Z żadnego miejsca w ofercie Infonet Projekt S.A. nie wynika, jakiego producenta jest oferowany sprzęt. Dowód: Wydruk zdjęcia z 6 strony oferty Infonet Projekt S.A. Pozostałe strony oferty Infonet Projekt S.A. od 9 do 14 zawierają tylko potwierdzenie spełnienia wymagań, ale w żaden sposób nie określają, jakie urządzenie i jakiego producenta jest oferowane.

B. Zamawiający w pkt 9.4.4.2 SIWZ oczekiwał:

„9.4.4 W celu potwierdzenia, iż oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego

Wykonawca winien załączyć do oferty: (...),

9.4.4.2 aktualny certyfikat zarządzania jakością ISO 9001, w zakresie co najmniej

świadczenia usług serwisu i naprawy oferowanego sprzętu, bądź certyfikat równoważny, wystawiony na podmiot, który będzie realizował usługi serwisu gwarancyjnego.:

Wymaganie to jest w korelacji z zapisami z Części II SIWZ w brzmieniu:

3. Serwis oferowanych macierzy dyskowych:

3.1. Każda z oferowanych macierzy dyskowych powinna być dostarczona wraz z 84-miesięcznym serwisem producenta macierzy o następującym reżimie (...).

3.2. Wymagana jest ciągłe monitorowanie pracy macierzy przez organizację serwisową producenta, oraz udostępnienie zamawiającemu zdalnego dostępu do logów z systemu monitoringu,

3.3. Dostarczone oprogramowanie objęte będzie 84-miesięcznym wsparciem, które obejmować będzie: dostęp do aktualizacji i poprawek oraz możliwość zgłaszania błędów.”

Infonet Projekt S.A. skorzystał z zasobów firmy trzeciej S&T i jej certyfikatu ISO 9001 w celu potwierdzenia spełnienia wskazanych wymagań. Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisami

9

ISO, firma S&T posiada jedynie certyfikaty na serwis tylko w zakresie „serwisu mobilnego i zdalnego”, a zamawiający wymagał „serwisu i naprawy”. W związku z tym, ISO od S&T spełnia tylko części wymogu zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w Części II SIWZ z ust. 3 pkt 3.2. Certyfikat ISO S&T nie spełnienia wymagań z pkt 3.1. i 3.3. SIWZ. Dowód: Wydruk zdjęcia z oferty Infonet Projekt S.A.- str. 59.

Odwolujący podkreślił, że podniesiona okoliczność została potwierdzona przez Infonet Projekt S.A. w oświadczeniu złożonym przez wykonawcę w formularzu ofertowym. W pkt 4.12 formularza Infonet Projekt S.A. wskazał podwykonawców, gdy w miejscu tym nie ma ujętych żadnych elementów z zakresu 3.1. i 3.3. SIWZ. Zgodnie z wymaganiami SIWZ zakres ten należało bezwzględnie powierzyć producentowi.

Odwolujący zaznaczył, że zamawiający nie wyjaśnił wskazanych rozbieżności w ofercie Infonet Projekt S.A.

Wniosek dowodowy: odwołujący wniósł o przeprowadzenie porównania treści certyfikatu ISO od firmy S&T z treścią analogicznego certyfikatu ISO producenta z oferty Qumak S.A., na okoliczność udowodnienia, że certyfikat ISO S&T nie spełnia wymagań SIWZ.

C. Zamawiający oczekiwał, że oferowane rozwiązanie będzie objęte 84-miesięcznym serwisem producenta - Część II.

W ofercie Infonet Projekt S.A. na stronach 6-8 w zestawieniu zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania” widnieją opisy świadczące o tym, że wykonawca założył 60 miesięczny okres suportu. Zostało to wskazane w wierszach z sekcji 1.5 (strona 7 oferty) oraz z sekcji 1.7 (strona 8 oferty), gdzie w kolumnie z nagłówkiem „ilość” widnieje wartość 60 oznaczająca 60 miesięcy. Tymczasem zamawiający wymagał 84 miesięcy.

W świetle powyższego, odwołujący stwierdził, że być może wykonawca Infonet Projekt S.A. policzył w ofercie tylko 60 miesięcy wsparcia dla zamawiającego i to dlatego cena jego oferty wyraźnie odbiega od innych cen ofert. Odwołujący uznał, że takie opisy w ofercie Infonet Projekt S.A. jednoznacznie świadczą o jej niezgodności z treścią SIWZ.

Ponadto, wskazał, że przy takiej rozbieżności w treści oferty, zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia tej wartości, a tej czynności nie wykonano, a przynajmniej odwołujący nie ma do niej wglądu.

Okolicznością bezsporną, w ocenie odwołującego jest, że oferowane przez Infonet Projekt S.A. rozwiązanie nie odpowiada treści SIWZ.

Wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2012 r., sygn. KIO 1474/12 w przedmiocie oceny treści oferty z treścią SIWZ.

Odwolujący stwierdził, że nie można przepisać czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert przymiotu kompletności i rzetelności, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty Infonet Projekt S.A. jako najkorzystniejszej podczas, gdy wykonawca ten nie będzie w stanie spełnić oczekiwań zamawiającego wskazanych w SIWZ.

3. Zarzut bezpodstawnego zaniechania odtajnienia ofert Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. w zakresie złożonych wyjaśnień i uzupełnień oraz wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Zamawiający odmówił odwołującemu wglądu do wyjaśnień składanych przez Infonet Projekt S.A. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powołując się na zastrzeżenie ich, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego było to działanie bezprawne, nieznajdujące uzasadnienia w przepisach Pzp.

Odwolujący zwrócił uwagę na przepisy art. 8 ust. 1, ust. 3, art. 86 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazując zasadę jawności, odstępowania od niej oraz pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa (informacja posiadająca łącznie trzy cechy: charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, nie została ujawniona do publicznej wiadomości, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności).

Odwolujący wskazał wyrok KIO z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt KIO/UPZ 338/09 w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podniósł, że w tym przypadku zamawiający polega całkowicie na samym oświadczeniu wykonawców, że ich wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności wyjaśniających w tym zakresie.

Uznał, że jedyną podstawą utajnienia wyjaśnień udzielanych w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp jest utrudnienie konkurencji dostępu do wyjaśnień. Wskazał na obowiązek zamawiającego wynikający z uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05.

W ocenie odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Infonet Projekt S.A. nie spełniają wymogów zastrzeżenia ich poufności, gdyż nie zawierają takich informacji, które stanowiły określoną wartość handlową ww. spółki w sytuacji, gdy wiadomym jest, jakie rozwiązanie Infonet oferuje zamawiającemu.

11

Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 12.01.2011 r., sygn. akt KIO 2793/10, w którym Izba orzekła, że „Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób również uznać informacji zawartych w formularzu cenowym. Dokument ten nie zawiera, żadnych szczegółowych kosztów a jedynie ceny poszczególnych sprzętów, oprogramowania ogólnie dostępnych na rynku”.

Ponadto odwołujący zauważył, że wyjaśnienia mają charakter wtórny wobec treści oferty wykonawcy, która jest w całości jawna. W szczególności jawna jest szczegółowa specyfikacja sprzętu, jaki ma być dostarczony w ramach postępowania. Trudno zatem wyjaśnić dlaczego np. informacje o cenie tego sprzętu miałyby być poufne. Tym bardziej, że jak się domyśla odwołujący, wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie podaje szczegółowych danych dotyczących np. udzielanych im rabatów przez dostawców sprzętu czy warunków płatności. Odwołujący wskazał, że oferowany przez Infonet Projekt S.A. sprzęt jest powszechnie dostępny na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a jego producenci wręcz powszechnie udostępniają cenniki swoich produktów. Za poufne nie można uznać także innych informacji (o ile w ogóle takowe się pojawiły w piśmie Infonet Projekt S.A.) analizowane przez zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 2 przy ocenie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia (trudno w tej sprawie mówić o takiej oszczędności, skoro przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim dostawa sprzętu i oprogramowania); wybrane rozwiązania techniczne (skoro te rozwiązania techniczne są jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy); wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy (nie wiadomo, jakie to sprzyjające warunki w ogóle mogą mieć miejsce w tym przypadku); oryginalność projektu wykonawcy (w tym postępowaniu w ogóle nie można mówić o jakiegokolwiek oryginalności projektu skoro wszystkie wymagania są z góry narzucone przez zamawiającego w SIWZ i znane wszystkim wykonawcom); wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (zresztą taka pomoc publiczna jest jawna z mocy prawa).

Mając powyższe na uwadze, odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie przez Infonet Projekt S.A. wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp było nieuprawnione, a dokumenty te jako niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być udostępnione odwołującemu. Odwołujący zarzucił też, że nie udostępniono mu do wglądu innych wyjaśnień i uzupełnień, jakie w trakcie postępowania zamawiający wysyłał do Infonet Projekt S.A. oraz tych wyjaśnień i uzupełnień.

12

W ofercie Infonet użycza od firm S&T i Comp wymaganego w postępowaniu potencjału do wykonania zamówienia. W takiej okoliczności zamawiający zgodnie z sekcją III 2.1. SIWZ pkt 9 wymagał: „jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych określonych w pkt. 1-6”.

Odnosnie firmy Comp w ofercie Infonet Projekt S.A. nie ma innych dokumentów formalnych, więc zamawiający powinien pytać o ich uzupełnienie, a skoro Qumak S.A. nie otrzymał ich do wglądu to oznacza, że zostały utajnione.

Odwołujący podniósł również, że nie udostępniono mu do wglądu innych wyjaśnień i uzupełnień, jakie w toku postępowania zamawiający wysyłał do ADT Group Sp. z o.o. oraz tych wyjaśnień i uzupełnień.

Odwołujący przypuszcza, że takowe były, gdyż w ofercie ADT jest ISO 9001 potwierdzone za zgodność z oryginałem przez przedstawiciela ADT, a nie przez właściciela, czyli firmę EMC - strona 34 oferty ADT.

Odwołujący był wzywany na daną okoliczność do wyjaśnień. Jeżeli zatem, zamawiający równo traktuje wszystkich wykonawców powinien wezwać w powyższym zakresie ADT do wyjaśnień. Brak też jest pełnomocnictwa od EMC dla osoby podpisującej ofertę z ADT.

Na zakończenie rozważania zarzutów postawionych w *petitum*, odwołujący podniósł kolejną wątpliwość wobec oferty Infonet Projekt S.A., zwrócił uwagę na załączone do oferty Infonet Projekt na stronie 60 oświadczenia Hitachi i pełnomocnictwa do niego dla upoważnionej osoby, która je podpisała. Jeżeli jest to producent i część serwisu będzie przez niego realizowana, to podmiot taki powinien też załączyć wszystkie dokumenty podmiotowe takie, jak inni podwykonawcy w tym S&T i Comp. Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej niejasności w ofercie Infonet Projekt S.A.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął treść oświadczeń Infonet Projekt S.A., że jego oferta spełnia wymagania SIWZ. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 stycznia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-49/06) „Wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, jest dopełnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Reasumując odwołujący wskazał, że wskutek naruszenia przez zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych i nie odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu z mocy prawa, interes prawny spółki Qumak S.A. doznał uszczerbku. Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, co powoduje utratę możliwości zawarcia umowy z zamawiającym, a przez to utratę korzyści, jakie z tytułu zawarcia i wykonywania umowy mógł uzyskać. Niezastosowanie przepisów prawa przez zamawiającego spowodowało po stronie odwołującego szkodę w wysokości, co najmniej równej sumie nakładów, jakie poczynił on w związku ze złożeniem oferty.

Wobec powyższego odwołujący wniósł, jak w *petitum* odwołania.

Odwołujący złożył w drugim dniu rozprawy pismo oznaczone, jako „Końcowe stanowisko odwołującego”.

II. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający - Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie - wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu odwołania podniósł, że przedstawione zarzuty są chybione i nie zasługują na uwzględnienie, wskazując argumenty.

I. Zarzuty podniesione przez odwołującego.

1. Naruszenie przepisów art. 7 przez zaniechanie ich zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, przez m.in. bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego zastrzeżeń Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający uznał zarzut za nieuzasadniony, w sytuacji, gdy odwołujący w swojej ofercie uczynił to samo, bowiem zastrzegł wskazane elementy oferty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Więc powoływanie się przez odwołującego na fakt, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez innych wykonawców w ich ofertach miało utrudnić dostęp do dokumentów postępowania, w tych okolicznościach zamawiający uznał, jako w sposób oczywisty nieuzasadnione i postrzegane, jako nadużycie prawa.

W dalszej treści, odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisami art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwem SN - wyrok z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 - wskazującymi istotę tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wzywając ich do złożenia wyjaśnień odnośnie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Infonet Projekt S.A. wskazał informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, podając jednocześnie podjęte czynności w celu zachowania poufności informacji i uzasadnił ziszczenie się przesłanki ustawowej. Podobnie wyjaśnienia złożył wykonawca ADT Group

tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów wykonanych zamówień i ich referencji (wyroki - KIO 1072/11, KIO 2700/12, KIO 2713/12), zamawiający uwzględnił utajnienie informacji we wszystkich ofertach, jako właściwe, a więc nie bezkrytycznie, a po stosownym rozważeniu uzasadnienia każdego z wykonawców. Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa we wszystkich ofertach, w tym odwołującego, przystępującego i pozostałych dwóch wykonawców - wskazanego w odwołaniu ADT Group Sp. z o.o. i Andra Sp. z o.o., którego odwołujący nie wymienia w odwołaniu.

2. Naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez niezgodny z ustawą wybór oferty najkorzystniejszej - zamawiający powołując się na art. 2 pkt 5 określający najkorzystniejszą ofertę, stwierdził, że wobec wyłącznego kryterium ceny o znaczeniu 100%, wybór oferty jest zgodny z postanowieniami SIWZ.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako niezgodnej z SIWZ.

A. Brak producenta macierzy modelu. Zamawiający stwierdził, że, po pierwsze, oświadczenie zamieszczone na str. 60 oferty zawiera oświadczenie producenta sprzętu Hitachi Data Systems. Po drugie, opis przedmiotu zamówienia wskazuje na zastosowanie dedykowanego oprogramowania dla rozwiązań Hitachi. Po trzecie, „Specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania” wskazuje na konkretny model macierzy Virtual Storage Platform, produkcji Hitachi. W ocenie członków komisji przetargowej zamawiającego - specjalistów w zakresie IT - wymienione elementy pozwalają na jednoznaczne wskazanie producenta oraz modelu oferowanego rozwiązania.

Jednocześnie zamawiający podkreślił, że pamięci dyskowe klasy enterprise, to specjalistyczne rozwiązania techniczne, które charakteryzują się bardzo dużą wydajnością, możliwością rozbudowy i wysoką niezawodnością, zarówno w warstwie sprzętowej, jak i zastosowanych algorytmów. Biorąc pod uwagę ich specjalistyczny charakter zamawiający wskazał, że są to rozwiązania produkowane i dostarczane od wielu lat przez tych samych producentów, co - dla specjalistów w tej dziedzinie - stanowi powszechnie znaną wiedzę. Dla przykładu zamawiający wskazał, że macierze klasy enterprise są produkowane przez firmy:

- 1) IBM, macierze DS 8x00 (Disk System);
- 2) Hitachi, macierze VSP (Virtual Storage Platform);
- 3) HP, macierze XP;
- 4) EMC, macierze Symmetrix VMAX.

15

Przedstawiony przez wykonawcę w załączniku „Specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania” opis oferowanego sprzętu, w sposób jednoznaczny identyfikuje oferowane rozwiązanie i wszelkie komponenty wchodzące w jego skład, jako macierz Virtual Storage Platform firmy Hitachi.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że rozpatrywał ofertę, jako całość, a nie pojedyncze dokumenty wchodzące w jej skład. W okolicznościach postępowania, oświadczenie przedstawiciela firmy Hitachi, jako producenta rozwiązania, o spełnieniu wymagań dotyczących pochodzenia urządzeń określonych w OPZ, dodatkowo potwierdziło, że wykonawca oferuje produkt firmy Hitachi Data Systems.

B. Niezgodność przedstawionego certyfikatu ISO firmy trzeciej S&T.

Odwołujący wskazał, że podwykonawca S&T dysponuje certyfikatem na „serwis mobilny i zdalny”, zaś zamawiający wymagał certyfikatu na „serwis i naprawę”, w związku z czym przedłożony certyfikat spełnia wymagania jedynie w części.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego PWN: „naprawa - usunięcie w czymś usterek, uszkodzeń i doprowadzenie czegoś do stanu używalności”, „serwis - obsługa w zakresie napraw lub konserwacji sprzętu; też: zespół osób wykonujących usługi w tym zakresie”.

Wobec powyższego zamawiający uznał, że w zakresie pojęcia serwis *de facto* mieści się naprawa. Certyfikat obejmujący „serwis mobilny i zdalny” jest zatem adekwatny do wymagań SIWZ, zwłaszcza ze względu na wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia pkt 3.1 świadczenia serwisu w miejscu wskazanym przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z wymogami SIWZ serwis należało bezwzględnie powierzyć producentowi.

Zamawiający uważa ten zarzut za chybiony, gdyż w części III SIWZ we wzorze umowy § 7

ust. 1 wskazał: „Wykonawca zapewnia, że dostarczony sprzęt będzie objęty gwarancją producenta (która może być realizowana także przez podmioty autoryzowane przez producenta) (...)”, ponadto w części I SIWZ w pkt. 9.4.4.2 zamawiający wskazał, że wymaga przedłożenia dokumentu „aktualny certyfikat zarządzania jakością ISO 9001, w zakresie co najmniej świadczenia usług serwisu i naprawy oferowanego Sprzętu, bądź certyfikat równoważny, wystawiony na podmiot, który będzie realizował usługi serwisu gwarancyjnego.” Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że użycie sformułowania serwis producenta odnosi się również do autoryzowanego serwisu producenta, który wykonuje usługę w imieniu producenta.

C. Okres gwarancji. Odwołujący wskazał, że w zestawieniu „szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania” widnieją opisy świadczące o tym, że Infonet Projekt S.A. założył 60 miesięczny okres suportu, co może wpływać na kalkulację niskiej ceny oferty, a zamawiający nie wyjaśnił tej okoliczności. Zamawiający podkreślił, że w ofercie Infonet Projekt S.A. wskazano oferowany okres gwarancji, jako zgodne z wymogami SIWZ 84 miesiące. Oświadczenie takie jest ujęte w formularzu oferty pkt 4.6 (strona 4 oferty), oraz powtórzone w „opisie przedmiotu zamówienia” (str. 13 oferty), zarówno w zakresie sprzętu, jak i oprogramowania. Dodatkowo oświadczenie producenta sprzętu Hitachi Data Systems potwierdza okres udzielanej na urządzenia gwarancji producenta. Wobec powyższego w ocenie zamawiającego, nie wystąpiła w tym zakresie niezgodność oferty z SIWZ. Dokument „szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania” jest traktowany przez zamawiającego stosownie do jego tytułu, jako konfiguracja technicznych komponentów oferowanego rozwiązania. Jednocześnie zamawiający stwierdził, że również w tym dokumencie poza podaną przez odwołującego w wierszach 1.5 i 1.7 wartością 60, wskazującą na 60 miesięczny okres suportu zaoferowano także w wierszach od 2 do 5 wartość 24 opisywaną, jako „other support” oraz „other maintenance”, co wskazuje na kolejne 24 miesiące gwarancji. 4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie względem oferty Infonet Projekt S.A., która zawiera rażąco niską cenę względem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że w realiach rynkowych nie jest możliwe dostarczenie zamawiającemu przedmiotu zamówienia, powołując się na swoje wieloletnie doświadczenie rynkowe. Zamawiający podkreślił, że poza wskazaniem orzecznictwa w przedmiotowym zakresie odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów ani faktów potwierdzających, że cena zaoferowana przez Infonet Projekt S.A. jest ceną nierealistyczną, a tym samym rażąco niską, a w tym wypadku to po stronie odwołującego stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy leży ciężar dowodu wykazania, że cena oferowana przez Infonet Projekt SA jest rażąco niska. Zamawiający dokonał badania oferty Infonet Projekt S.A., w tym wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia musi brać pod uwagę czynniki obiektywne wskazane w art. 90 ust. 2 ustawy oraz fakt, że „o rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku” (wyrok z 29 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 466/08). W złożonych wyjaśnieniach Infonet Projekt SA wskazał, że cena została

skalkulowana w oparciu o wycenę producenta, wycenę usług autoryzowanego serwisu producenta oraz zapewnienie wykonawcy zysku, przy założeniu zaproponowania możliwie najniższej ceny z uwagi na fakt, że stanowiło to wyłączne kryterium oceny ofert. W szczególności Infonet Projekt SA wskazał na podstawę ustalenia ceny sprzętu oraz sposób oszczędności przy realizacji serwisu. Wykonawca wskazał także, że w oferowanej cenie uwzględnił zysk własny.

W ocenie zamawiającego, argumenty Infonet Projekt S.A. przedstawione w wyjaśnieniach zasługują na uznanie. Wskazują one w szczególności na oszczędność metody wykonania oraz dostępny dla wykonawcy sposób realizacji przez uzyskane ceny zakupu sprzętu. W zaistniałej sytuacji oferta Infonet Projekt S.A. w ocenie zamawiającego, nie zawierała rażąco

niskiej ceny, a co za tym idzie nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4. Zamawiający wskazał, że należy także pamiętać, że cena zamówienia oszacowana przez zamawiającego stanowi punkt odniesienia do wszczęcia badania w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Nie jest to jednak wyznacznik bezwzględnie wiążący i ostateczny. Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu wszystkie złożone oferty zawierały ceny niższe niż szacowana wartość zamówienia.

5. Art. 90 ust. 2 ustawy przez subiektywną ocenę wyjaśnień Infonet Projekt S.A. złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Zamawiający wskazał, że dokonał obiektywnej oceny wyjaśnień Infonet Projekt S.A., w szczególności w zakresie obiektywnych przesłanek określonych w art. 90 ust. 2 ustawy. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Infonet Projekt S.A., ze względu na oszczędność metody wykonania zamówienia oraz dostępny dla wykonawcy sposób realizacji przez uzyskane ceny zakupu sprzętu, jednocześnie wskazanie na planowany zysk własny wykonawcy, są zasadne. Wobec czego ocena zamawiającego oparta była na przesłankach obiektywnych.

6. Art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień Infonet Projekt S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Infonet Projekt S.A. nie miało wpływu na czynność wyboru najkorzystniejszej ofert. Ponadto, odwołujący nie wezwał zamawiającego do odtajnienia wyjaśnień przed wniesieniem odwołania.

Odwołujący wskazał, że zaniechanie odtajnienia uniemożliwiło mu „zapoznanie się z pełną ofertą i wyjaśnieniami Infonet Projekt S.A. i pełnego zbadania, czy oferta ww. wykonawcy spełni wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zamawiający podkreślił, że

niezależnie od zasady jawności postępowania przetargowego (z zastrzeżeniem art. 8 ust. 2 i 3 ustawy), badanie oceny zgodności ofert z SIWZ jest rolą zamawiającego. Zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia wyjaśnień Infonet Projekt S.A. nie naruszyło interesów odwołującego, w szczególności nie wpłynęło ani na możliwość złożenia odwołania ani na zakres złożonego odwołania.

Zamawiający też wskazał, że ewentualne niezasadne utajnienie informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty. Stosownie do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 „negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 pzp zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle, że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.”

7. Art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień i uzupełnień do złożonych ofert przez Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o.

Odwołujący nie wskazał, o jakie wyjaśnienia i uzupełnienia chodzi w powyższym zarzucie, wobec czego zamawiającemu trudno jest odnieść się do tej treści.

Zamawiający po stwierdzeniu, że oferta zawiera część objętą tajemnicą wezwał Infonet Projekt S.A. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Infonet Projekt S.A. wykazał, że informacje zawarte w wyodrębnionej części oferty stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na fakt, że mają charakter handlowy, posiadają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane, a oferent podjął należyte środki dla zachowania ich poufności. W tej sytuacji, w konsekwencji zarówno wezwanie do wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie, jak również odpowiedź oferenta są odpowiednio zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Analogicznie wygląda kwestia wezwania do złożenia wyjaśnień przez ADT Group Sp. z o.o.

w zakresie zrealizowanych dostaw objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - utajnione zostało wezwanie do uzupełnień i odpowiedź oferenta.

19

Zamawiający podkreślił, że również odwołujący zastrzegł część swojej oferty, powoływanie się więc przez niego na fakt, iż to jemu zastrzeżenie ofert przez innych wykonawców miało utrudnić dostęp do dokumentów postępowania, w tych okolicznościach, jest w sposób oczywisty nieuzasadnione i może być postrzegane jako nadużycie prawa.

8. Art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Infonet Projekt SA oraz ADT Group Sp. z o.o., także wyjaśnienia i uzupełnienia złożone przez Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień i uzupełnień Infonet Projekt S.A. i ADT Group Sp. z o.o., zamawiający podniósł argumentację jak w pkt 7 - wyżej.

Odnosnie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez ADT Group Sp. z o.o. zamawiający podkreślił, że oferta tego wykonawcy została odrzucona, a odwołujący nie wystąpił o odtajnienie wyjaśnień. Wyjaśnienia te nie powinny być zostać objęte tajemnicą, jednakże zaniechanie ich odtajnienia nie miało wpływu na przebieg postępowania.

Zamawiający wskazał, że zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Infonet Projekt S.A. nie miało wpływu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również, że odwołujący nie wezwał zamawiającego do odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień.

9. Art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów oraz cen listowych z przewidywanym opustem z założeniem ryzyka kursowego na podstawie, których zamawiający oszacował budżet na realizację zamówienia, a na które to okoliczności powołuje się w „Protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego” sekcja nr 2.

Zamawiający podniósł, że odwołujący otrzymał protokół z otwarcia ofert w dniu 1 lipca 2013 r. i wówczas powziął wiedzę o kwocie, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec tego wynikający z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy 10 dniowy termin na zgłaszanie ewentualnych zarzutów w związku ze sposobem oszacowania wartości przedmiotu zamówienia upłynął w dniu 11 lipca 2013 r.

Z ostrożności proceduralnej zamawiający wyjaśnił, że w Protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wykazał, że wartość zamówienia oszacował na kwotę 8 517 600 zł, na podstawie cen listowych z przewidywanym opustem cenowym, z założeniem ryzyka kursowego. Zamawiający dokonał badania rynku, tj. weryfikacji cen listowych producentów rozwiązań technicznych analogicznych dla będących przedmiotem prowadzonego

20

postępowania. Nie były to zapytania o konkretne oferty, wobec czego zamawiający nie dysponuje dokumentami od producentów/sprzedawców.

Zamawiający dokonał szacunków w zakresie cen oraz potencjalnych opustów odnosząc się do standardów rynkowych. Z doświadczenia zamawiającego wynika, że niekiedy wykonawcy oferują ceny niższe od zakładanych przez zamawiającego dysponując warunkami szczególnymi pozwalającymi im zaistnieć, bądź budować pozycję w sektorze „rządowym”, przy czym zamawiający podkreślił, że zamówienia te są realizowane prawidłowo i terminowo, przy spełnieniu wszystkich wymagań SIWZ. Jak już podano, wartość szacunkowa zamówienia stanowi punkt odniesienia do wszczęcia procedury z art. 90 ustawy, a więc wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wskazuje, że powołanie świadka na okoliczność wyjaśnienia, czy pracownik zamawiającego korzystał z cen listowych, jest bezprzedmiotowe w kontekście potwierdzenia tego przez zamawiającego.

II. Zarzuty zgłoszone przez odwołującego z ostrożności.

1. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwolujący nie wskazał uzasadnienia zarzutu w związku z czym zamawiający podnosi, że pismami z dnia 4 lipca 2013 r., zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy wezwał wykonawców Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ADT Group Sp. z o.o. pismem z dnia 05.07.2013 r. przesłał brakujące dokumenty, które jednakże nie potwierdzały spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę. Pismem z dnia 10 lipca 2013 r. wykonawca Infonet Projekt S.A. przesłał wymagane przez zamawiającego dokumenty oraz wyjaśnienia potwierdzające spełnianie wymagań podmiotowych. W związku z powyższym, zarzut niewezwania wykonawców Infonet Projekt S.A. oraz ADT Group Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych, należy uznać za chybiony.

2. Art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie okoliczności, na jaką Infonet Projekt S.A. przedłożył w swojej ofercie na stronie 60 oświadczenie producenta Hitachi, zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie producenta sprzętu, zaniechanie wezwania Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie przedkładanego certyfikatu ISO od podwykonawcy S&T, zaniechanie wezwania

Infonet Projekt S.A. do wyjaśnień w zakresie ilości miesięcy oferowanego przez tego wykonawcę serwisu producenta dla przedmiotu jego oferty.

Zamawiający wskazał, że odniósł się do tych zarzutów odwołującego w pkt 3 części I, odpowiadając na zarzut zaniechania odrzucenia oferty Infonet Projekt S.A. jako niezgodnej z SIWZ. Zamawiający ponownie podkreślił, że:

- oświadczenie producenta Hitachi, w ocenie zamawiającego, potwierdzało oświadczenia wykonawcy, w tym w zakresie gwarancji i jej okresu, autoryzacji podmiotu świadczącego serwis oraz kanału dystrybucji,
- producent sprzętu wymieniony jest w ww. oświadczeniu, zawarty w ofercie opis przedmiotu zamówienia wskazuje na zastosowanie oprogramowania dedykowanego dla rozwiązań Hitachi, a „Specyfikacja techniczna oferowanego rozwiązania” przedstawia konkretny model macierzy Virtual Storage Platform, która jest produktem Hitachi.

Zgodnie z wzorem umowy, § 7 ust. 1 stanowi: „Wykonawca zapewnia, że dostarczony sprzęt będzie objęty gwarancją producenta (która może być realizowana także przez podmioty autoryzowane przez producenta), S&T posiada certyfikat ISO na „serwis mobilny i zdalny”, co spełnia wymagania zamawiającego.

Okres gwarancji wskazany jest w formularzu oferty pkt 4.6 (strona 4 oferty) oraz powtórzony w „opisie przedmiotu zamówienia” (str. 13 oferty), zarówno w zakresie sprzętu jak i oprogramowania. Dodatkowo oświadczenie producenta sprzętu Hitachi Data Systems potwierdza okres udzielanej na urządzenia gwarancji producenta.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł, jak na wstępie.

III. Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - Infonet Projekt S.A. w „Piśmie procesowym przystępującego” z dnia 7 sierpnia 2013 r. przedstawił stanowisko odnośnie zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wnosząc m.in. o pominięcie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako spóźnionego zarzutu zaniechania ujawnienia wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwolujący spełnia przesłanki warunkujące możliwość wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, w zakresie kwestionowania wybranej oferty. Jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i po odrzuceniu oferty wykonawcy ADT Group Sp. z o.o., oferta odwołującego jest drugą w kolejności ofertą w rankingu ofert pod względem ceny, po ofercie wykonawcy Infonet Projekt S.A. wybranej, jako oferta najkorzystniejsza. Zatem, wykazanie

okoliczności skutkujących uwzględnieniem odwołania stwarza odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Wykonawca Infonet Projekt S.A. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w dalszej części

uzasadnienia „przystępującym”.

Izba uwzględniła opozycję zamawiającego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcy Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego. Zamawiający uprawdopodobnił, że wykonawca, którego oferta zajmuje trzecią pozycję w rankingu ofert pod względem ceny nie ma interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, gdyż nawet w przypadku wyeliminowania firmy Infonet Projekt S.A. z postępowania, przystępujący nie uzyskałby możliwości zlecenia mu zamówienia.

Wykonawca uzasadniający interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego przesłankami z art. 179 ust. 1 Pzp i oczekując na tej podstawie zmniejszenia liczby wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a w konsekwencji eliminacji z postępowania także odwołującego po stronie, którego przystępuje, nie wykazuje interesu, o którym stanowi przepis art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego Infonet Projekt S.A. o pominięcie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako spóźnionego, zarzutu zaniechania ujawnienia wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Wniosku takiego nie złożył zamawiający, co jest nieodzowne zgodnie z treścią art. 185 ust. 5 Pzp. Ponadto, wyjaśnienia przystępującego dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak ujawniono na rozprawie, nie zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Otwarcie ofert miało miejsce 1 lipca 2013 r. Odwołujący wystąpił pisemnie do zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień dotyczących ceny wybranej oferty w dniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 16 lipca 2013 r. Odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyznaczenie terminu wglądu do protokołu posiedzeń komisji, pełnej korespondencji kierowanej do wykonawców i udzielonych przez nich wszystkich wyjaśnień i uzupełnień złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Pzp, nieobjętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 22 lipca 2013 r. odwołujący złożył wniosek o wyznaczenie terminu wglądu do ofert. Zamawiający wyznaczył termin (korespondencja elektroniczna) na dzień 24 lipca 2013 r. Zamawiający udostępnił w dniu 24 lipca 2013 r. protokoły z posiedzeń komisji przetargowej, w tym kilka protokołów z roboczych posiedzeń, wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny skierowane do ADT Group Sp. z o.o., wyjaśniania tego wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny (nie objęte tajemnicą

23

przedsiębiorstwa), protokół z postępowania, wnioski innych podmiotów nie uczestniczących w postępowaniu o wgląd do dokumentacji postępowania. W tym dniu odwołujący uzyskał wgląd do ofert. W dniu 25.07.2013 r. odwołujący zwrócił się z wnioskiem o przesłanie mu opisu procedury badania rynku przez zamawiającego, a więc procedury na podstawie, której zamawiający oszacował wartość zamówienia. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu wyjaśnień przystępującego złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp uznając je omyłkowo, jak wyjaśnił na rozprawie, jako objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na podstawie akt sprawy, dowodów i wyjaśnień złożonych na rozprawie, Izba ustaliła, że: zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa systemu pamięci masowej składającego się z dwóch pojedynczych macierzy klasy enterprise”.

Wartość zamówienia przekracza równowartość 130 000 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.05.2013 r., nr 2013/S 099-169171.

Zamawiający, na podstawie cen listowych z przewidywanym opustem cenowym, z założeniem ryzyka kursowego, ustalił wartość zamówienia na kwotę 8 517 600,00 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 10.476.648,00 zł, to jest kwotę uwzględniającą około 60-65% opustów cenowych.

W postępowaniu złożono 4 oferty przez niżej wskazanych wykonawców, wraz z cenami ich ofert:

- 1) ADT Group Sp. z o.o. - 3 671 550,00 zł
- 2) Infonet Projekt S.A. - 5 691 210,00 zł
- 3) odwołujący - 8 499 300,00 zł
- 4) Andra Sp. z o.o. - 9 299 998,02 zł.

Zamawiający zwrócił się do wykonawców 1) ADT Group Sp. z o.o. i 2) Infonet Projekt S.A., w

trybie art. 90 ust. 1 Pzp, o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na ich ceny. W wyniku oświadczenia złożonego przez wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. o błędzie w obliczeniu ceny, oferta tego wykonawcy została skutecznie odrzucona. Izba ustaliła, że wykonawca ADT Group Sp. z o.o. utracił status uczestnika postępowania w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Zatem, brak jest zasadności badania zarzutów dotyczących tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty w świetle przesłanek, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

24

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego - Infonet Projekt S.A. Wyjaśnienia wybranego wykonawcy wezwanego do ich złożenia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp nie zostały utajnione. Zamawiający nie udostępnił wyjaśnień odwołującemu w dniu 24 lipca 2013 r., gdyż omyłko zakwalifikował je, zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, do dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia zostały przekazane odwołującemu przez zamawiającego na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2013 r., odwołujący w dniu 9 sierpnia 2013 r. przedstawił swoje stanowisko uznając wyjaśnienia za gołosłowne i nieoparte żadnymi dowodami, a cenę oferty wybranej za noszącą znamiona rażąco niskiej. Nieudostępnienie wyjaśnień przystępującego nie miało bezpośredniego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, jednakże uniemożliwiło odwołującemu konstruowanie odwołania z uwzględnieniem informacji zawartych w wyjaśnieniach. I. Izba uwzględniła odwołanie wobec wykazania zasadności zarzutów - oceny wyjaśnień przystępującego, dokonanej przez zamawiającego, w szczególności na podstawie własnej wiedzy o możliwości uzyskania maksymalnych opustów cenowych, gdy informacja taka nie wynika z wyjaśnień wezwanego wykonawcy, co wskazuje na potwierdzenie zarzutu: subiektywnej oceny zamawiającego. W konsekwencji potwierdzone zostały również zarzuty: nieudostępnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyboru oferty najkorzystniejszej i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzuty - 5, 6, 8, 1 i 2 str. 3 i 4 odwołania). Zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując: „zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek wyczerpania procedury wyjaśniającej, zanim odrzuci on ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W związku z powyższym zamawiający wzywa (...) do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w złożonej ofercie. Jednocześnie zamawiający informuje, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę wytyczne art. 90 ust. 4 [2] ustawy, tj.: obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunkom wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

25

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Przystępujący udzielił wyjaśnień: „W pierwszej kolejności należy podkreślić, że określając cenę wykonania zamówienia, spółka Infonet Projekt S.A. kierowała się przede wszystkim tym, aby oferowana cena: 1) obejmowała całkowity koszt wykonania i dostarczenia zamawiającemu wszystkich elementów zamówienia wskazanych w SIWZ określających przedmiot zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, 2) gwarantowała wykonanie zamówienia z zachowaniem najwyższej jakości i staranności, 3) umożliwiła wykonawcy uzyskanie zysku na poziomie, który jest akceptowalny z punktu widzenia celu działalności wykonawcy i uzasadnia zaangażowanie Infonet Projekt S.A. w projekt. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 466/08: „O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty

odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku".

Realizacja zamówienia przez wykonawcę, spowoduje osiągnięcie zysku, czego uzasadnienie znajduje się w dalszej części niniejszego pisma. Zdaniem wykonawcy, skalkulowana oferta cenowa, została oparta o wycenę producenta sprzętu, wycenę usług autoryzowanego serwisu producenta spełniającą wszystkie wymagania SIWZ, a realizacja zamówienia zapewnia wykonawcy zysk. Natomiast obniżenie oferowanej ceny w stosunku do zaoferowanej spowodowałoby nieopłacalność przedsięwzięcia po stronie wykonawcy. Innymi słowy wykonawca zaproponował możliwie najniższą cenę, skoro to właśnie cena stanowiła zgodnie ze SIWZ kryterium decydujące w 100% o wyborze oferty, jednocześnie umożliwiając realizację przedmiotu zamówienia rzetelnie i terminowo zgodnie z przedstawionym w trybie zamówienia publicznego projektem umowy.

Oferowana przez wykonawcę cena wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób nie może zostać uznana za cenę zaniżoną. Dowodem tego są wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ustawy Pzp i zgodnym z kierunkiem ich oceny wskazanym w ust. 2 powoływanego przepisu.

Wykonawca wskazuje i opisuje poniżej obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przy tym wyjaśnienia te są jak najbardziej szczegółowe zawierają wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego ich wyliczenia.

Mając na uwadze powyższe, wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienia.

1. Cena oferowanych macierzy dyskowych klasy enterprises została ustalona na podstawie oferty handlowej producenta sprzętu (Hitachi Data Systems), zgodnie ze wszystkimi wymaganiami technicznymi SIWZ. Wartość oferty handlowej producenta jest zależna od sektora rynku dla którego oferta jest kalkulowana oraz uzależniona od aktualnej polityki cenowej. Dostawy macierzy dla sektora publicznego w szczególności rynku rządowego (Government) objęte są programem wysokich rabatów cenowych wybranych konfiguracji sprzętowych oferowanych urządzeń. Dodatkowo cena oferowanych macierzy w ofercie wykonawcy uwzględnia specjalny rabat projektowy producenta sięgający kilkudziesięciu procent standardowej ceny nominalnej (tzw. ceny sugerowanej (ang. SRP)), na której zamawiający mógł opierać się przyjmując założenia budżetowe.

2. Realizacja zamówienia opiera się również o wykonanie usług instalacji, obsługi serwisowej, które realizowane będą przez autoryzowany na polskim rynku przez producenta sprzętu, podmiot związany z wykonawcą umową podwykonawstwa.

Autoryzowany serwis producenta oferuje realizację prac instalacyjnych, wdrożeniowych oraz utrzymania serwisowego na warunkach korzystniejszych niż dostępne bezpośrednio u producenta ceny poszczególnych usług o analogicznym zakresie, zapewniając jednocześnie spełnienie wszystkich niezbędnych standardów, w tym zachowanie wymagań wskazanych w SIWZ. Podmiot ten jako autoryzowany partner serwisowy, ma dostęp do wszelkich narzędzi, kodów, części zamiennych niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Atrakcyjność ceny usługowej, wynika ponadto z faktu, że utrzymanie stoków części zamiennych jest oparte o elementy zamienne posiadane do obsługi innych podobnych w przedmiocie zamówienia kontraktów serwisowych. Fakt ten ma niepodważalny wpływ na zaoferowaną cenę usług i stanowi o atrakcyjności cenowej oferty usług w porównaniu do prac realizowanych bezpośrednio przez producenta sprzętu (stawki za usługi serwisu producenta są kilkukrotnie wyższe niż analogiczne usługi wykonywane przez autoryzowanego partnera).

3. Wykonawca oferując cenę całościową w przedmiotowym postępowaniu uwzględnił ponadto wszelkie ryzyko, jakie niesie ze sobą dostawa, terminy płatności, model rozliczenia, ryzyko kursowe dla płatności dla dostawców w walucie obcej, koszty zarządzania projektem oraz godziwy zysk - marżę handlową.

W odniesieniu do powyższych argumentów, cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną, realistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, przez co oferta wykonawcy nie może zostać uznana za ofertę z rażąco niską ceną, albowiem zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07

„rozpatrywanie, czy cena oferty jest ceną rażąco niską winno być dokonywane w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Za ofertę z rażąco niską ceną

należałoby uznać taką ofertę, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień”. Potwierdzenie powyższego znajduje się ponadto w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 14 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2020/06, zgodnie z którym „cenę rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień”.

Z ostrożności wykonawca zwraca również uwagę, że zamawiający nie będzie uprawniony do sformułowania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w sytuacji, gdyby kwestionował w ogólności ujęcie w kalkulacji kosztów niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia, czy ewentualnie odnoszącą się do nich wycenę, a więc podnosiłby zarzuty wobec części składowych kalkulacji oferty. Nawet wtedy, gdy zdaniem zamawiającego kalkulacja jednostkowych elementów lub określonej części oferty odbiegałaby od cen rynkowych, nie będzie to świadczyło o rażąco niskiej cenie całej oferty wykonawcy, która powinna być oceniana całościowo.

Ponadto z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika nakaz indywidualnego podejścia do wyjaśnień oferenta, który może przedstawić czynniki, które spowodowały, że dzięki nim cenę obniżono. Wobec rozbieżności pomiędzy ceną oferowanego rozwiązania a środkami przewidzianymi na jego realizację, warto zauważyć, że koszty zakupu urządzeń na rynku ITC w skali kilku miesięcy dynamicznie zmieniają się. Szacując środki budżetowe, zamawiający mógł posługiwać się cennikami, które w momencie złożenia ofert będą już mocno nieaktualne, a zatem zabezpieczone środki mogą przewyższać rynkową wartość dostaw i usług określonych w przedmiotowym postępowaniu.

W świetle przytoczonych argumentów i odniesień oferta Infonet Projekt S.A. jest rzetelna, wiarygodna a wskazana cena została ustalona w oparciu o ofertę handlową producenta sprzętu, autoryzowany serwis producenta, zapewniając jednocześnie godziwy zysk Wykonawcy.

Wskazana w ofercie cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, które wpłynęły na jej wysokość, bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji.”

Oceniając czynność zamawiającego - ocenę wyjaśnień przystępującego w kontekście założenia, że cena oferty zawiera znaczne opusty cenowe, Izba miała na uwadze, że w sytuacji, gdy zamawiający przyjął cenę przedmiotu zamówienia w kwocie 10 476 648 zł, jako cenę z zastosowaniem 65% rabatu, to cena bez rabatu powinna wynieść 16 117 920 zł. Zaoferowanie przez przystępującego ceny w kwocie 5 691 210 zł (stanowiącej 54,32 % ceny zamawiającego z rabatem - 10 476 648 zł) wskazuje na uwzględnienie w cenie oferty przystępującego rabatu wynoszącego 64,69%. Cena oferty stanowi w istocie 35,31%

28

wartości przedmiotu zamówienia bez rabatów, jest więc ceną niską. Z wyjaśnień nie wynika potwierdzenie i zakres uzyskanych rabatów, co podniósł odwołujący w dniu 9.08.2013 r. Wyjaśnienia wykonawcy (szczegółowe) dotyczące elementów oferty przedstawione w pkt 1-3, str. 2-4 pisma nie zostały potwierdzone dowodami.

Z kolei zamawiający mając doświadczenie w stosowaniu wysokich rabatów, nie sprecyzował w wezwaniu skierowanym do przystępującego, konieczności potwierdzenia uzyskanego rabatu, aczkolwiek w końcowej części wezwania wskazał na „ocenę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami”.

Odwołujący złożył dowód wskazujący cenę katalogową zaoferowanego przez przystępującego rozwiązania, wynoszącą 22 138 642,72 zł. Cena oferty przystępującego stanowi 25,71 % tej kwoty, a więc uzyskany rabat stanowiłby 74,29%, co również potwierdza konieczność dokładnego wyjaśnienia ceny oferty.

Przystępujący udzielając wyjaśnień wskazał elementy, które mają wpływ na kształtowanie ceny, jednak nie są one skonkretyzowane na tyle, by można było uznać za udowodnione tak znaczne obniżenie ceny oferty w stosunku do cen katalogowych. W szczególności budzi wątpliwość, zdaniem Izby, ocena dokonana na tej podstawie, że zamawiający przyjął, iż cena oferty przystępującego została skalkulowana z uwzględnieniem kilkudziesięcioprocentowego rabatu (na rozprawie wskazał dwie wielkości 80% i 65%) udzielonego przez producenta, w sytuacji, gdy przystępujący nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych wielkości rabatu. W tej sytuacji nie można odmówić słuszności odwołującemu, że

ocena wyjaśnień ma znamiona oceny subiektywnej.

Przystępujący powołał się w wyjaśnieniach na wycenę producenta - ofertę handlową Hitachi Data Systems z uwzględnieniem wysokich rabatów cenowych, specjalnego rabatu projektowego producenta, wskazał też, że konstruując cenę oferty przyjął możliwie najniższą cenę ze względu na kryterium oceny ofert, a w końcowej części wyjaśnień wskazał oczekiwany godziwy zysk. Nie załączył żadnego potwierdzenia wyjaśnień, chociażby pochodzącego od producenta w przedmiocie wynegocjowanych rabatów (z zastrzeżeniem w razie potrzeby nieudostępniania informacji, jako handlowej tajemnicy przedsiębiorstwa), w sytuacji, gdy najistotniejszym elementem kształtującym ceny ofert w tym postępowaniu, jak wykazano na rozprawie, są opusty cenowe i ryzyko związane z gwarancją, a więc ceny ustalone na podstawie indywidualnych negocjacji z producentami.

Przy tak krańcowo rozbieżnych możliwościach kształtowania cen ofert na podstawie odpowiednich negocjacji z producentami, brak jest również przesłanek do uznania na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez odwołującego, że cena oferty

przystępującego jest ceną rażąco niską czy, że wyjaśnienia nie zostały złożone lub potwierdzają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp).

Oferowane przez poszczególnych wykonawców rozwiązania techniczne są zbliżone, jak wskazał na rozprawie odwołujący, produkty oferowane przez odwołującego i przystępującego pochodzą od różnych producentów - jako nazwy handlowe, natomiast fizycznie jest to ten sam sprzęt, różniący się logo producenta. Należy więc przyjąć, że ceny ofertowe wszystkich wykonawców, których oferty oceniono, albo zostały skalkulowane z uwzględnieniem bardzo wysokich rabatów, albo są nierealne. Niezbędne jest powtórzenie badania i oceny oferty przystępującego w zakresie potwierdzenia uzyskania oferty handlowej od producenta sprzętu ze wskazaniem rabatu cenowego, wysokości specjalnego rabatu projektowego oraz kosztów usługi serwisowej, pozwalających na konstruowanie ceny oferty na wskazanym w ofercie poziomie.

W rozstrzygnięciach arbitrażowych przyjęto linię orzeczniczą potwierdzoną również w stanowiskach sądów o możliwości, w razie potrzeby, powtórzenia czy uzupełnienia czynności wyjaśniania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 Pzp (w granicach złożonych już wyjaśnień), podobnie jak przy stosowaniu art. 87 ust. 1 Pzp w celu wyjaśnienia treści oferty. Podnieść należy, że inicjatywa w zakresie procedury określonej w art. 90 ust. 1-3 Pzp należy do zamawiającego. Wszczynając tę procedurę zamawiający wskazuje na domniemanie rażąco niskiej ceny, zatem w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień, wykonawca ma obowiązek przedstawić odpowiednie informacje, stosowne do wezwania zwłaszcza, że zamawiający w granicach art. 90 ust. 1 Pzp uprawniony jest również do sprecyzowania obszarów oferty, które wymagają wyjaśnienia. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie wskazuje na konieczność załączenia dowodów, ale już przepis ust. 3 tego artykułu nakazuje dokonanie oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, co obliuguje wykonawcę do przedstawienia stosownych dowodów, a zamawiającego do oceny wyjaśnień z uwzględnieniem dostarczonych dowodów.

Reasumując, Izba uznała, że przy uwzględnieniu wskazanych na wstępie omawiania tej części odwołania zarzutów, brak jest jednocześnie podstawy do uznania, że zostały udowodnione zarzuty - 4, 9 - zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty oraz zaniechania udostępnienia dokumentów i cen listowych z przewidywanym opustem, z założeniem ryzyka kursowego (str. 3 i 4 odwołania).

W tym ostatnim przypadku zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytanie odwołującego, zwrócił się do odwołującego o wskazanie dokumentu, jaki chciałby odwołujący uzyskać (załączona korespondencja elektroniczna). Jednocześnie zamieścił w korespondencji

informację na temat ustalenia wartości zamówienia wskazując m.in. „(...) szacunek został wykonany przez naszego pracownika na podstawie badania rynku oraz jego analizy a nie na podstawie konkretnych propozycji rynku”. Zamawiający udostępnił odwołującemu w dniu 24 lipca 2013 r. protokół postępowania. Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego ustalający wartość zamówienia złożył wyjaśnienia, co tym samym spowodowało

bezzasadność przeprowadzenia w tym zakresie dowodu z zeznań świadka w osobie tego pełnomocnika.

II. Izba nie uwzględniła zarzutów:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Infonet Projekt S.A., jako oferty niezgodnej z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego w SIWZ - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

A. Pkt 9.4.4.1 SIWZ - wymóg potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania, przez załączenie do oferty: szczegółowej specyfikacji technicznej oferowanych urządzeń (zawierającej, co najmniej nazwę producenta, model oferowanych urządzeń, opis co najmniej wszystkich parametrów wskazanych przez zamawiającego w cz. II SIWZ - opis przedmiotu zamówienia).

Przystępujący załączył do oferty specyfikację techniczną oferowanego rozwiązania wskazując kod produktu, opis produktu, ilość i wartość (str. 6-8 oferty). W dalszej części (str. 9-14 oferty) zamieścił opis przedmiotu zamówienia, wskazując w kolumnie po lewej stronie tabeli - wymaganą konfigurację sprzętową pojedynczej macierzy dyskowej (sprzętu), natomiast w kolumnie po prawej stronie tabeli - oferowaną konfigurację sprzętową pojedynczej macierzy dyskowej (sprzętu),

Na rozprawie zamawiający potwierdził, że nie zamieścił w SIWZ wzoru według, którego miała być sporządzona specyfikacja. Wykonawcy zobowiązani zostali do opracowania specyfikacji według własnych inwencji. Celem specyfikacji było potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, a więc potwierdzenie zaoferowania niezbędnych parametrów. Na rozprawie wykazano, że specyfikacja techniczna przystępującego wraz z opisem przedmiotu zamówienia str. 6-8 i 9-14 oferty pozwala na identyfikację sprzętu i uznanie jej zgodności z wymaganiami zamawiającego. Na str. 6 oferty w 1 wierszu pod lp. 1 podany jest kod produktu VSP-SOLUTION.S oraz opis produktu - Virtual Storage Platform, wskazujący nazwę producenta Hitachi. Zamieszczony opis w połączeniu z oświadczeniem ze str. 60 oferty wystawionym przez przedstawiciela producenta potwierdza, że oferowane rozwiązanie przedstawione w specyfikacji technicznej jest produktem Hitachi. Przykładowo, w kolumnie lewej opisu zamieszczonego na str. 11, w ostatniej części tabeli, wskazano oprogramowanie producenta Hitachi (Hitachi Tuning Manager). Na str. 12 w drugiej części tabeli wskazano także oprogramowanie tego

producenta (Hitachi Dynamic Link Manager). Na podstawie przedstawionego opisu zamawiający zidentyfikował, że jest to sprzęt producenta Hitachi spełniający wymagania w zakresie opisanych parametrów.

Przystępujący potwierdził na rozprawie, że określenie „Virtual Storage Platform” (w skrócie „VSP”) stanowi nazwę własną, zastrzeżoną określającą macierz dyskową produkcji Hitachi Data Systems Corporation, jest zarazem określeniem modelu ww. macierzy. Określenie „Virtual Storage Platform” jednocześnie identyfikuje model macierzy produkcji Hitachi Data Systems Corporation (oświadczenie z 06.08.2013 r. przedłożone do akt sprawy). Potwierdził również, że skrót „VSP” nazwy własnej - Virtual Storage Platform - jest zastrzeżonym wspólnotowym znakiem towarowym Hitachi (przedłożony na rozprawie dokument w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski).

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony, mając na uwadze, że zamawiający żądał załączenia specyfikacji nie określając sposobu przedstawienia jej treści, jak również wzoru według, jakiego należało sporządzić specyfikację. Przedstawienie „Specyfikacji technicznej oferowanego rozwiązania” wraz z opisem przedmiotu zamówienia (str. 6-8 i 9-14 oferty przystępującego), wobec potwierdzenia przez zamawiającego jego czytelności technicznej, a przede wszystkim potwierdzenia konkretnego modelu macierzy Virtual Storage Platform produkcji Hitachi oraz identyfikacji oferowanego rozwiązania i wszelkich komponentów wchodzących w jego skład, jako macierz Virtual Storage Platform firmy Hitachi, przy braku ze strony odwołującego jakiegokolwiek dowodu przeciwnego, czyni ten zarzut nieudowodnionym.

W drugim dniu rozprawy odwołujący oświadczył, że informatycy, z którymi przeprowadził rozmowy wyrażali inne opinie niż prezentowane przez zamawiającego stanowisko, jednakże nie przedłożył żadnego potwierdzenia, jako dowodu w sprawie.

B. Pkt 9.4.4.2 SIWZ - wymóg załączenia do oferty aktualnego certyfikatu zarządzania jakością ISO 9001, w zakresie co najmniej świadczenia usług serwisu i naprawy (...).

Zamawiający ocenił, że certyfikaty obu wykonawców - odwołującego i przystępującego odpowiadają wymaganiom. Śaden z nich nie wskazuje wprost pojęcia naprawy, natomiast w przekonaniu zamawiającego, mającym potwierdzenie w definicji pojęć zamieszczonej w przywołanym w odpowiedzi na odwołanie Słowniku Języka Polskiego PWN, w zakresie pojęcia serwisu mieści się naprawa. W każdej z trzech ocenianych ofert opis nie zawiera nazewnictwa literalnie zgodnego z opisem w SIWZ i w każdym z certyfikatów załączonych do trzech (3) ocenianych ofert pojęcie serwisu i naprawy jest inaczej określone, aczkolwiek brak jest podstaw, by któremuś z nich przypisać niezgodność z SIWZ. W ofercie przystępującego (str. 59) zamieszczono Certyfikat Rejestracji FS 78695 uzyskany przez S&T Services Polska

32

Sp. z o.o., w którego treści wskazano zakres „Projektowanie, budowa i eksploatacja systemów opartych na technologii informacyjnej oraz świadczenie usług serwisu mobilnego i zdalnego w tym zakresie” (udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania zamieszczonego na str. 44 oferty - udział w realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej).

W piśmie z 7 sierpnia 2013 r., przedłożonym przez przystępującego na rozprawie, firma S&T Services Polska Sp. z o.o. potwierdziła, że jest autoryzowanym partnerem serwisowym urządzeń Hitachi Data Systems oraz realizuje usługi serwisowe (naprawa zdalna, serwis on-site) zgodnie z normami ISO 9001.

Oświadczenie Hitachi Data Systems (Polska) Sp. z o.o. z dnia 06.08.2013 r. (przedłożone na rozprawie) o treści „Niniejszym oświadczam, że Hitachi Data Systems nie świadczy na terytorium Polski serwisu bezpośrednio, lecz wyłącznie za pośrednictwem sieci autoryzowanych partnerów serwisowych, do której należy m.in. firma S&T Services Polska Sp. z o.o., posiadająca certyfikat ISO 9001”, również potwierdziło uprawnienia serwisanta do świadczenia usług serwisowych i naprawy na podstawie certyfikatu załączonego do oferty przystępującego.

W ofercie odwołującego, w zamieszczonym na str. 8 certyfikacie, określono zakres w odniesieniu do serwisu i naprawy, jako: „(...) serwis oraz pomoc techniczna (...)”. Identyczny opis zamieszczono w certyfikacie załączonym w ofercie wykonawcy Andra Sp. z o.o. (str. 58).

Odnosnie określenia „support” wskazującego naprawę (opis zamieszczony w certyfikacie załączonym przez odwołującego, teks oryginalny, str. 8 oferty) przystępujący złożył wyciąg str. 11/79 Słownika Angielsko-Polskiego wyd. PWN wyjaśniając, że przetłumaczona treść wyrazu „support” oznacza pojęcia - „od poparcia po obsługę”, bez wskazania pojęcia „naprawa”.

W świetle powyższego, Izba uznała, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu przedstawionego w odwołaniu.

C. Wymóg 84-miesięcznego serwisu producenta dla oferowanych rozwiązań.

Z oferty przystępującego wynika 84 miesięczny okres serwisu: oświadczenie przystępującego - str. 4 oferty Formularz oferty pkt 4.6 „Udzielam (udzielamy) na dostarczony Sprzęt 84-miesięcznego okresu gwarancji i wsparcia technicznego.”; oświadczenie Hitachi Data Systems (Polska) Sp. z o.o. z dnia 27.06.2013 r. załączone do oferty (str. 60), o treści: „Dostarczone urządzenia będą objęte 84 miesięczną gwarancją producenta”.

33

Na rozprawie wyjaśniono, na podstawie treści oferty, zaoferowanie 84 miesięcznego okresu gwarancji, omawiając sposób wykazania okresów gwarancji w rozbiciu na 60 miesięcy i 24 miesiące dla dwóch macierzy. Oświadczenie Hitachi Data Systems (Polska) Sp. z o.o. z 08.08.2013 r., przedłożone na rozprawie, potwierdza wymagany okres gwarancji oraz uzasadnia sposób przedstawienia tego okresu w ofercie: „W specyfikacji technicznej oferowanego rozwiązania, zamieszczonej na str. od 6 do 8 oferty Infonet-Projekt S.A., wymagany przez Zamawiającego w ww. postępowaniu przetargowym 84-miesięczny serwis producenta macierzy (Część II SIWZ, pkt 3.1) został ujęty w Lp. 1.5, 1.7 oraz 2, 3, 4, i 5. W Lp. od 1.5 do 1.5.10 (str. 7 oferty Przystępującego) oraz w Lp. od 1.7 do 1.7.9 (str. 8 oferty Przystępującego) w kolumnie z nagłówkiem „ilość” wskazano 60, co oznacza 60 miesięcy

serwisu producenta na każdą z dwóch macierzy, a zatem w sumie 120 miesięcy serwisu, co wskazano w kolumnie z nagłówkiem „wartość”. Jednocześnie w Lp. 2, 3, 4, i 5 (str. 8 oferty Przystępującego) wskazano 24 miesiące serwisu producenta, co w połączeniu z 60 miesiącami serwisu wskazanymi w od 1.5 do 1.5.10 (str. 7 oferty Przystępującego) oraz w Lp. od 1.7 do 1.7.9 (str. 8 oferty Przystępującego) daje 84 miesiące serwisu. Powyższe rozbitcie wynika z wewnętrznej konstrukcji cennika Hitachi Data Systems. Standardowo cennik ten pozwala na wyszczególnienie 60 miesięcy wsparcia dla sprzedawanych produktów. Stąd Lp. od 1.5 do 1.5.10 (str. 7 oferty Przystępującego) oraz Lp. od 1.7 do 1.7.9 (str. 8 oferty Przystępującego) dotyczą 2 sztuki macierzy VSP, wskazując dla każdej z nich 60 miesięcy wsparcia (czyli w odpowiednich wierszach jest liczba 120). Natomiast dodatkowe 24 miesiące dla każdej macierzy jako rozwiązanie niestandardowe jest rozbite na część dotyczącą sprzętu macierzy (Lp. 2 i 4) oraz dodatkowych 24 miesięcy wsparcia dla oprogramowania macierzy wymaganego w SIWZ (Lp. 3 i 5). Ujmując rzecz inaczej Lp. 2 i 3 dają łącznie dodatkowe 24 miesiące wsparcia dla pierwszej macierzy nr 1, a Lp. 4 i 5 dają łącznie dodatkowe 24 miesiące dla drugiej macierzy. W sumie zatem w specyfikacji technicznej oferowanego rozwiązania wskazano 84 miesiące wsparcia dla każdej macierzy.” Przedłożone dowody, niezakwestionowane przez odwołującego, potwierdzają prawidłową ocenę oferty przystępującego w tym zakresie. Odwołujący nie podważył ustaleń, nie wykazał niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skutkującej odrzuceniem oferty.

2. Bezpodstawne zaniechanie odtajnienia ofert przystępującego i podmiotu, który utracił status wykonawcy (ADT Group Sp. z o.o.), w zakresie złożonych wyjaśnień i uzupełnień, poza dotyczącymi ceny oferty przystępującego - zarzut 7 i 8, str. 4 odwołania. Zarzut nie został potwierdzony. Wykonawca - przystępujący utajnił tylko wykaz wykonanych zamówień wraz z referencjami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Był wzywany do

uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, a także do wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający pozytywnie ocenił czynność zastrzeżenia przystępującego, podobnie jak zastrzeżenia dokonane przez pozostałych wykonawców, w tym również zastrzeżenia odwołującego dotyczące przeważającej części oferty.

W uchwale z 21 października 2005 r., III CZP 74/05, Sąd Najwyższy - Izba Cywilna, orzekł: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być też informacje lub dokumenty wymagane na podstawie przepisów (...) w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.”

Oceniając zarzut Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący mając prawo wglądu do ofert od czasu ich otwarcia, a do dokumentów i oświadczeń od czasu ich złożenia, nie zwracał się z wnioskiem o udostępnienie wyjaśnień i uzupełnień złożonych przez wykonawców wskazanych w zarzucie. We wniosku z 16 lipca 2013 r. wniósł o umożliwienie mu wglądu do m.in. udzielonych wyjaśnień i uzupełnień złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Pzp, nieobjętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Nie zostały potwierdzone zarzuty przedstawione w końcowej części uzasadnienia odwołania dotyczące firm S&T Services Polska Sp. z o.o. i Comp S.A. Wymagane dokumenty podmiotowe zostały złożone przez przystępującego.

Firma S&T Services Polska Sp. z o.o. udostępniła zasoby wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania zamieszczonego na str. 44 oferty, wraz z deklaracją udziału w

realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej. Przystępujący załączył do oferty dokumenty podmiotowe firmy - str. 45 - 59 oferty.

35

Firma Comp S.A. - na str. 66 oferty załączono zobowiązanie (oświadczenie) podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów, bez implikacji podwykonawstwa w realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wzywał przystępującego do wyjaśnienia, czy Comp S.A. będzie tylko udostępniał zasoby, czy też będzie wykonywał częściowo zamówienie. Przystępujący złożył wyjaśnienia.

Sposób udostępnienia zasobu oraz treść zobowiązania tego podmiotu - nie były przedmiotem zarzutu przedstawionego w odwołaniu.

W świetle przedstawionych ustaleń i dokonanej oceny, nie zostały potwierdzone zarzuty podniesione „z ostrożności” - str. 4 i 5 odwołania.

Izba uwzględniła odwołanie wobec potwierdzenia zarzutów - oceny wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, co uzasadnia zastosowanie przepisu art. 192 ust. 2 Pzp. Izba uznała za niezbędne powtórzenie czynności badania i oceny oferty Infonet Projekt S.A. w kontekście jej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wraz z końcową oceną pozostałych nieodrzuconych ofert.

Reasumując, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

36