

Sygn. akt KIO/UZP 1429 /08

WYROK
z dnia 23 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** protestu z dnia **26 listopada 2008 r.**

przy udziale **CompFort Meridian Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 65/79, 00-607 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty CompFort Meridian Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** na rzecz **Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa**.

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 190-251544 w dniu 01.10.2008r.

Zamawiającym jest Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II Nr 70, 00-175 Warszawa zwana dalej "Zamawiającym".

Przedmiotem zamówienia jest "Zakup oprogramowania antywirusowego z 12 miesięcznym supportem producenta" oznaczony u Zamawiającego jako sprawa numer DPZP -2610-24/2008.

W dniu 8 grudnia 2008 r. Comparex Poland sp. z o.o. ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście, a nie uwzględnione przez Zamawiającego.

Wnosząc odwołanie na podstawie art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.Dz.U. 2008r. Nr 171, poz.1058), zwanej dalej "ustawą" Odwołujący zarzucił jak w proteście naruszenie następujących przepisów ustawy : art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2, pkt 3 i pkt 4, pkt 5 i pkt 8, art. 90 ust. 3 ustawy oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu odwołania, poprzez nieuzasadniony wybór oferty spółki CompFort Meridian Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 65/79, 00-607 Warszawa zwanej dalej “CompFort Meridian” jako oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji nie wybranie oferty Odwołującego.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący otrzymał w dniu 20 listopada 2008 r.

Tak jak w poprzedzającym odwołanie, proteście Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu :

1. unieważnienie czynności wyboru oferty CompFort Meridian jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenie z postępowania CompFort Meridian;
4. odrzucenie oferty CompFort Meridian;
5. dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej i zawarcia z nim umowy.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalno – prawną zbieżną z argumentacją zawartą w proteście z dnia 26 listopada 2008r.

I

Odwołujący podtrzymał również zarzut z protestu, pomimo jego uwzględnienia przez Zamawiającego, w zakresie żądania wykluczenia CompFort Meridian z postępowania. Pomimo, że Zamawiający, w rozstrzygnięciu protestu uznał, że treść referencji nie pozwala na zweryfikowanie czy CompFort Meridian spełnia postawiony warunek i Zamawiający wezwał CompFort Meridian do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. To jednak Odwołujący kwestionuje tę czynność Zamawiającego, ponieważ oferta CompFort Meridian w jego ocenie podlega odrzuceniu. Zatem wezwanie CompFort Meridian, do uzupełnienia dokumentów, nie znajduje podstaw prawnych w art. 26 ustawy.

II

Następnie Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Zamawiający powinien odrzucić ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanymi dalej "SIWZ". W ocenie Odwołującego zaoferowany przez CompFort Meridian przedmiot zamówienia tj. oprogramowanie, którego producentem jest według oświadczenia CompFort Meridian firma "Symantec" - nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Zarówno w odwołaniu, jak i w proteście Odwołujący wskazuje trzynaście niezgodności technicznych w ofercie CompFort Meridian kolejno je wymieniając :

1. Zamawiający wskazał w SIWZ na jak najmniejszy pakiet instalacyjny (poniżej 20 MB), produkt oferowany przez CompFort Meridian jest niezgodny w tym zakresie z SIWZ.
2. Zamawiający w SIWZ wskazał, iż produkt winien mieć możliwość wstrzymania przez użytkowników ściągania nowych sygnatur (zdefiniowana ilość potencjalnych i dozwolonych wstrzymań). Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu.
3. Zamawiający w SIWZ ustalił, iż produkt winien mieć możliwość wznowienia ściągania od miejsca jego przerwania. Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu.
4. SIWZ wskazuje, iż produkt powinien skanować pliki Cookies komputera na żądanie, produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu.

5. Produkt winien posiadać możliwość określania konfiguracji skanowania dla różnych procesów (priorytetyzacja). Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia w tym zakresie SIWZ.
6. Produkt oferowany przez CompFort Meridian jest niezgodny w zakresie możliwości określania użycia CPU dla zadań skanowania na żądanie wskazanym w SIWZ.
7. Zamawiający wymagał, aby w zakresie oprogramowania antyspamowego program posiadał dedykowane oprogramowanie antyspamowe na platformę MS Exchange zarządzane przez oprogramowanie zarządzające serwerem zarządzającego wymienionego w następnych punktach SIWZ, produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu, gdyż zarządzanie odbywa się z innego serwera zarządzającego.
8. W zakresie oprogramowania zabezpieczającego stacje robocze, Zamawiający wymagał, aby oprogramowanie umożliwiała tryb nauki niewidoczny dla użytkownika. Oferowany produkt jest niezgodny z wymaganiami SIWZ.
9. W zakresie cech charakterystycznych dla oprogramowania serwera zarządzającego, Zamawiający wymagał, aby istniał jeden serwer zarządzający dla wszystkich produktów oraz zarządzanych węzłów ze spójną polityką dla dowolnie i elastycznie definiowanych grup komputerów. Produkt firmy Symantec jest w tym zakresie niespójny z zarządzaniem oprogramowaniem dla serwera pocztowego a więc jest niezgodny z SIWZ.
10. Zamawiający wymagał, aby interfejs systemu zarządzającego dostępny był przez przeglądarkę internetową i protokół https. Produkt oferowany jest niezgodny z wymaganiami SIWZ w zakresie protokołu oraz konsoli.
11. Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie jest zgodny z SIWZ w zakresie możliwości skonfigurowania automatycznego wyboru najszybszego/najbliższego repozytorium do ściągnięcia nowych szczepionek/produktów (po czasie odpowiedzi na polecenie ping, adresacji IP lub stałej listy).
12. Zamawiający wymagał, aby produkt miał możliwość ukrycia obecności systemu produktów ochronnych przed użytkownikiem (brak GUI, oraz wpisu w "Dodaj/Usuń Programy w Panelu Sterowania Windows). Produkt oferowany jest niezgodny w tym zakresie z SIWZ.

13. Zamawiający wymagał, aby system posiadał możliwość powiadamiania o wszystkich zdarzeniach za pomocą poczty elektronicznej, wiadomości SNMP lub wywołania komendy. Produkt oferowany przez CompFort Meridian jest niezgodny w tym zakresie z SIWZ.

Podsumowując przedstawione powyżej zarzuty Odwołujący podnosił, że Zamawiający rozstrzygając protest, nie ustosunkował się do nich. Dla Odwołującego niezadowolająca była odpowiedź Zamawiającego o treści : "Wykonawca składając ofertę oświadczył, iż zapoznał się z treścią specyfikacji (w tym ze wzorem umowy), nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte. (...) Zatem należy stwierdzić, że CompFort Meridian złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami i wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego, zatem jego oferta pozostaje w pełnej zgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. " Zdaniem Odwołującego, takie uzasadnienie Zamawiającego jest niewystarczające. Bowiem z oświadczenia tego nie wynika nawet, że Wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia, który jest zgodny z wymaganiami podanymi przez Zamawiającego w SIWZ, a jedynie, iż "nie wnosi zastrzeżeń do SIWZ". Oświadczenia te nie są tożsame. Według Odwołującego, Zamawiający nie może poprzestać na przyjęciu oświadczenia zawartego w ofercie CompFort Meridian i w konsekwencji zaniechać weryfikacji czy oferowany produkt jest zgodny z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Odwołujący składając protest oczekiwał ze strony Zamawiającego, weryfikacji treści złożonych ofert po względem ich zgodności z SIWZ.

Na poparcie powyższego twierdzenia, Odwołujący przywołał opracowanie, dotyczące orzecznictwa zapadłego na gruncie ustawy: "Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podany w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy. Z całą stanowczością trzeba podkreślić, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego" (A. Kurowska, M. Samowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, "Analiza Wyroków Sądów Okręgowych oraz Analiza Orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych

na podstawie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych", Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 165).

Również przywołał stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 24 lipca 2008 (KIO/UZP 710/08) "zgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie polega bowiem na idealnym przepisaniu specyfikacji lub jej elementów do oferty, lecz zaoferowanie wykonania zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego - a tym samym -niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zaoferowanie wykonania zamówienia w sposób inny niż przez Zamawiającego wymagany. "

Dalej Odwołujący stwierdza, że brak ustosunkowania się przez Zamawiającego do poszczególnych zarzutów Odwołującego, potwierdza ich słuszność i świadczy o konieczności odrzucenia oferty CompFort Meridian na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

III

Kolejno Odwołujący podnosi, iż oferta CompFort Meridian jest sprzeczna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ten wskazał w ofercie, iż zamierza wykonać całość zamówienia bez pomocy podwykonawców. Tymczasem Zamawiający wymagał, aby 12 miesięczny support wykonywany był przez producenta. Ponieważ CompFort Meridian nie jest producentem oferowanego oprogramowania to treść oferty i oferowany sposób świadczenia tej usługi (tj. supportu) jest sprzeczny z treścią SIWZ. Skoro bowiem 12 miesięczny support CompFort Meridian będzie wykonywał sam, nie będzie to wymagany przez Zamawiającego support producenta. Jeżeli zaś support będzie wykonywał producent, to Wykonawca nie uczynił zadość żądaniu Zamawiającego i nie uwzględnił producenta jako podwykonawcy. W każdym z tych wariantów treść oferty CompFort Meridian jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że wymaganie to znalazło się w już w samym tytule postępowania zawartym zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak również w SIWZ, co oznacza, iż miało ono dla Zamawiającego priorytetowe znaczenie. Odstąpienie przez Zamawiającego od wyegzekwowania spełnienia tego wymagania na etapie badania i oceny ofert stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Bowiem część wykonawców, po przeczytaniu ogłoszenia, mogła zrezygnować ze złożenia oferty tylko dlatego, że nie byłiby w stanie zapewnić

supportu producenta. Tymczasem Zamawiający dąży do wyboru oferty, która nie spełnia tego wymagania.

Według Odwołującego, Zamawiający wymagał aby usługa supportu świadczona była przez producenta. Gdyby ofertę złożył producent oferowanego oprogramowania, byłby on jednocześnie "wykonawcą", o którym mowa w przywołanym przez Zamawiającego fragmencie SIWZ. Skoro zaś ofertę złożył podmiot nie będący producentem, to w świetle postanowień SIWZ miał on obowiązek zapewnić, aby support wykonywany był przez producenta. W takich okolicznościach producent pełnił będzie rolę "podwykonawcy". Według Odwołującego brak wskazania w ofercie CompFort Meridian producenta oprogramowania jako podwykonawcy i jednocześnie zaoferowanie przez tego wykonawcę własnego supportu oznacza, iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ.

IV

Odwołujący, tak jak w złożonym proteście podniósł, iż oferta CompFort Meridian powinna być odrzucona, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia co jest zgodne z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy. Bowiem CompFort Meridian, na wezwanie Zamawiającego, nie przedstawił wystarczających wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1-3 ustawy. Cena zaoferowana przez CompFort Meridian stanowi 32,14 % wartości szacunkowej zamówienia. Dwie pozostałe oferty, w tym oferta Odwołującego zawierają ceny znacznie wyższe od ceny oferty CompFort Meridian, a jednocześnie są to ceny zbliżone do szacunków Zamawiającego. Według Odwołującego, skoro CompFort Meridian nie udzielił wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w trybie art.90 ust. 2, to oferta jego powinna być odrzucona.

V

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie ustosunkował się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, zawartego w proteście. Odwołujący podtrzymuje zatem i ponawia argumenty zawarte w proteście.

W procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji o szczególnym znaczeniu jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych wykonawców (dumping -art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują między innymi zakaz

porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 6 -9). Skutkiem naruszenia zakazów jest wydanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania.^{4 5} Zamawiający ma kompetencję do samodzielnego ustalania, czy działania wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przepisy Pzp regulują szczegółowo procedurę weryfikowania dumpingu. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się pisemnie do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak można sądzić również w innych przypadkach zamawiający może dokonywać w tym zakresie samodzielných ustaleń. Skutkiem stwierdzenia popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji jest odrzucenie oferty tego wykonawcy (patrz komentarz do art. 89). (tak: Tomasz Kwieciński w "Prawo zamówień publicznych. Komentarz ", pod red. Tomasza Czajkowskiego, wyd. III Urząd Zamówień Publicznych 2007 r. Warszawa 2006r., str. 77, teza 5).

VI

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż prawidłowo udzielone wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny mają znaczenie nie tylko do oceny czy oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lecz również, czy jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem czy oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Według Odwołującego wyjaśnienia udzielone przez CompFort Meridian nie zawierają informacji które, umożliwiłyby Zamawiającemu ocenę czy oferta zawiera rażąco niską cenę i czy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W piśmie z dnia 14 listopada 2008 r. wykonawca oświadczył bowiem, iż "ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa firmy CompFort Meridian oraz firmy Symantec nie możemy ujawnić szczegółów wyceny oprogramowania wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia. " Ponieważ, Zamawiający może wezwać wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy tylko jeden raz, zatem oferta CompFort Meridian podlega odrzuceniu.

VII

Odwołujący podtrzymał również zarzut z protestu, iż oferta CompFort Meridian jest niezgodna z ustawą, gdyż nie jest to ostateczne i jednoznaczne oświadczenie woli i w konsekwencji wymaga doprecyzowania po terminie składania ofert - nie ma

zatem przedmiotu oferty w rozumieniu ustawy. Wykonawca w ofercie oświadczył jedynie, iż "producentem oprogramowania jest Symantec" nie precyzując jakie to jest oprogramowanie -brak tu nazwy programu, czyli nie jest wskazany przedmiot oferty. Z powyższych względów, Odwołujący podtrzymuje i ponawia zarzuty zawarte w proteście i wnosi o uwzględnienie odwołania w całości. W związku ze stwierdzeniem w odwołaniu, że Odwołujący podtrzymuje i ponawia zarzuty zawarte w proteście, należy przywołać argumentację, na okoliczność naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 1 i pkt 8 ustawy, znajdującą się w proteście.

Według Odwołującego oferta złożona przez CompFort Meridian nie zawiera zatem elementów przedmiotowo istotnych dla zawarcia umowy przez Zamawiającego z danym Wykonawcą. Niezbędne bowiem dla jej zawarcia jest dookreślenie przedmiotu umowy, czyli de facto konieczność modyfikacji treści oferty, co zarówno, w świetle art. 87 jak i art. 140 ust.1 i art. 144 ust.1 ustawy jest niedopuszczalne.

Przepis art. 140 ust. 1 pzp stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Skoro w ofercie CompFort Meridian brak jest określenia zakresu świadczenia (brak jest określenia przedmiotu oferty, co niewątpliwie wchodzi w zakres świadczenia) tym samym Zamawiający nie może zawrzeć ważnej umowy z CompFort Meridian

Z tego samego powodu, według Odwołującego, oferta CompFort Meridian podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy jako niezgodna z ustawą ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważna na podstawie innych przepisów.

Odwołujący w złożonym proteście i odwołaniu powołuje się na interes prawny do wniesienia protestu i odwołania, gdyby bowiem Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy, to oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą, zatem to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

W dniu.5 grudnia 2008 r. Zamawiający w odpowiedzi na złożony przez Odwołującego protest postanowił po jego analizie uwzględnić protest w części dotyczącej:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty CompFort Meridian jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3. wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w razie ich nieuzupełnienia, wykluczenie CompFort Meridian z postępowania.

oraz oddalić protest w części dotyczącej:

1. odrzucenia oferty CompFort Meridian;
2. dokonania wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej i zawarcia z nim umowy.

W uzasadnieniu Zamawiający przedstawił następującą argumentację formalno - prawną.

Zamawiający przychylił się do stanowiska Protestującego w zakresie dotyczącym zarzutu zaniechania wystąpienia do Wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień spełnienia warunku udziału w w/w postępowaniu, tj. wykazania przez wykonawców posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający, po przeanalizowaniu złożonego protestu, stwierdza, iż dokument złożony na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia (tzw. referencje) może budzić wątpliwości, czy swoim zakresem obejmuje dostawy wymienione przez CompFort Meridian w wykazie zrealizowanych zamówień.

Natomiast co do żądania zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Zgodnie z orzeczeniem Zespołu Arbitrów z dnia 24.01.2005 r. sygn. akt. UZP/ZO/0-82/05 oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Zamawiający w Rozdziale I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób dokładny opisał przedmiot zamówienia, wobec czego wykonawca posiadał możliwość uprzedniego zapoznania się z treścią Specyfikacji, a co za tym idzie z treścią opisu przedmiotu oraz z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. CompFort Meridian składając ofertę oświadczył, iż zapoznał się z treścią specyfikacji (w tym ze wzorem umowy), nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte. Oceniając charakter prawny oferty należy wskazać, iż posiada ona walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w

zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada SIWZ, wobec powyższego zdaniem Zamawiającego nie ma przesłanek do kwestionowania zgodności zaoferowanego oprogramowania przez CompFort Meridian z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zatem według Zamawiającego, CompFort Meridian złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami i wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego, zatem jego oferta pozostaje w pełnej zgodności z treścią SIWZ.

Tym samym Zamawiający nie zgodził się z zarzutem Odwołującego, że oferta CompFort Meridian jest sprzeczna z treścią SIWZ, gdyż CompFort Meridian wskazał w ofercie, że zamierza wykonać całość zamówienia bez pomocy podwykonawców.

Według Zamawiającego w treści SIWZ Zamawiający szczegółowo określił przedmiot zamówienia. Zgodnie z rozdziałem I Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający żądał, aby Wykonawca zainstalował nośniki elektroniczne, na których utrwalone jest Oprogramowanie wraz z Dokumentacją oraz Dokumentem licencyjnym potwierdzającym prawo Zamawiającego do korzystania z Oprogramowania przez 12 363 Użytkowników opieki serwisowej oraz z aktualizacji oprogramowania. Opieka serwisowa świadczona będzie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego przez okres 12 miesięcy od daty podpisania przez umocowanych przedstawicieli Stron bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 4 do niniejszej Specyfikacji.

Mając na uwadze zapis § 3 ust. 1 pkt 2 projektu umowy stanowiący załącznik do SIWZ, dotyczący oświadczenia wykonawcy, iż posiada dział wsparcia lub dział help - desk przygotowany do świadczenia Opieki serwisowej dla Oprogramowania lub Aktualizacji Oprogramowania w zakresie określonym w § 6 umowy, -do którego Wykonawca nie wniósł zastrzeżeń, Zamawiający nie widzi podstaw do odrzucenia w/w oferty.

Żądanie Odwołującego, iż oferta CompFort Meridian winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - odrzucenie oferty która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według Zamawiającego, podnoszone zarzuty naruszenia ustawy są bezpodstawne, co skutkuje oddaleniem protestu w tym zakresie.

W wyniku analizy i badania ofert Zamawiający powziął wątpliwość, czy oferta złożona przez wykonawcę: Comfort Meridian zawiera rażąco niską cenę. Dochowując należytej staranności, Zamawiający zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy, pismem znak: DPZP-2610-24/MS/2008 z dnia 7.11.2008r. zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W przedmiotowym piśmie Zamawiający, za powołanym przepisem ustawy, dokładnie sprecyzował, czym będzie się kierował przy ocenie dostarczonych wyjaśnień tj. oszczędnością metody wykonania zamówienia, wybranymi rozwiązaniami technicznymi, wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi dla wykonawcy, oryginalnością projektu wykonawcy oraz wpływem pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W dniu 14 listopada 2008 r. Wykonawca przedłożył pismo wyjaśniające, z którego wynikało, iż CompFort Meridian jest platynowym partnerem firmy Symantec w związku z powyższym CompFort Meridian ma najwyższy status partnerski i najwyższe upusty handlowe. Ponadto z przedłożonych wyjaśnień wynikało, że ceny kalkulowane są w oparciu o ceny bezpośredniego producenta, który zgodnie z własną polityką cenową stosuje system specjalnych upustów w zależności od wielkości zamówienia, charakteru klienta końcowego (jednostka budżetowa) oraz warunków konkurencji na danym rynku; kalkulacja cenowa uwzględnia ceny określone przez producenta koszty operacyjne związane z procesem sprzedaży oraz kilkuprocentową marżę zysku CompFort Meridian. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił, że dzięki nowoczesnej strukturze organizacyjnej i stosunkowo dużej ilości pracowników merytorycznych do pracowników administracyjnych, może utrzymać dosyć niskie koszty ogólne firmy.

Według Zamawiającego przedłożone wyjaśnienia wystarczyły i wyjaśniły w sposób pełny wątpliwości, jakie pojawiły się w toku badania treści oferty. W związku z powyższym Zamawiający nie znalazł podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt. 4 ustawy.

Bowiem według Zamawiającego nie w każdym przypadku nawet znaczne różnice cen pomiędzy poszczególnymi ofertami świadczą o złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Według Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia jednoznacznie wskazują na obiektywne przyczyny, które decydują o konkurencyjności ceny oferty złożonej przez CompFort Meridian oraz jednoznacznie wykluczają zaistnienie rażąco niskiej ceny.

Do postępowania odwoławczego, pismem z dnia 18.12.2008r. przystąpił po stronie Zamawiającego, CompFort Meridian, wnosząc oddalenie odwołania w całości .

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Skład orzekający Izby, w wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego, po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, zgłoszonymi, przez uczestniczących w postępowaniu, dowodami oraz po uwzględnieniu złożonych na rozprawie oświadczeń i wyjaśnień uczestniczących w rozprawie stron, uwzględnia odwołanie i nakazuje odrzucenie oferty Przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego CompFort Meridian Polska sp. z o.o..

Zarówno Odwołujący jak i Przystępujący do postępowania odwoławczego posiadają interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej.

W przedmiotowym postępowaniu, przy jedynym kryterium cena, złożone zostały następujące oferty :

1. CompFort Meridian Polska sp. z o.o. (Przystępujący do postępowania odwoławczego) - brutto 337.252,75zł. ,
2. Comparex Poland sp. z o. o. (Odwołujący) - brutto 843 866,01 zł.,
3. Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. - brutto 992. 452,19 zł.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2008 powiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CompFort Meridian Polska sp. z o.o.

Wskutek wniesionego protestu przez Odwołującego (Comparex Poland sp. z o.o.), Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty.

W przypadku uwzględnienia odwołania, najkorzystniejszą ofertą będzie oferta Comparex Poland sp. z o.o.

Izba w toku przeprowadzonego postępowania, na posiedzeniu, nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania Comparex Poland sp. z o.o. oraz postanowiła o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu Przystępującego CompFort Meridian Polska sp. z o.o.

Rozpoznając zarzuty podniesione w proteście i w odwołaniu Izba ustaliła i zważyła co następuje.

1. Co do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czyli naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego jako sprzecznej z treścią siwz.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, nie odrzucenie oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego, jako sprzecznej z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego oferta Przystępującego nie odpowiada opisanemu przedmiotowi zamówienia w Rozdziale SIWZ w następującym zakresie.

1. Zamawiający wskazał w SIWZ na jak najmniejszy pakiet instalacyjny (poniżej 20 MB), produkt oferowany przez CompFort Meridian jest niezgodny w tym zakresie z SIWZ.
2. Zamawiający w SIWZ wskazał, iż produkt winien mieć możliwość wstrzymania przez użytkowników ściągania nowych sygnatur (zdefiniowana ilość potencjalnych i dozwolonych wstrzymań). Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu.
3. Zamawiający w SIWZ ustalił, iż produkt winien mieć możliwość wznowienia ściągania od miejsca jego przerwania. Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu.
4. SIWZ wskazuje, iż produkt powinien skanować pliki Cookies komputera na żądanie, produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu.
5. Produkt winien posiadać możliwość określania konfiguracji skanowania dla różnych procesów (priorytetyzacja). Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia w tym zakresie SIWZ.

6. Produkt oferowany przez CompFort Meridian jest niezgodny w zakresie możliwości określania utylizacji CPU dla zadań skanowania na żądanie wskazanym w SIWZ.
7. Zamawiający wymagał, aby w zakresie oprogramowania antyspamowego program posiadał dedykowane oprogramowanie antyspamowe na platformę MS Exchange zarządzane poprzez oprogramowania zarządzające serwerem zarządzającego wymienionego w następnych punktach SIWZ, produkt oferowany przez CompFort Meridian nie spełnia tego wymogu, gdyż zarządzania odbywa się z innego serwera zarządzającego.
8. W zakresie oprogramowania zabezpieczającego stacje robocze, Zamawiający wymagał, aby oprogramowanie umożliwiała tryb nauki niewidoczny dla użytkownika. Oferowany produkt jest niezgodny z wymaganiami SIWZ.
9. W zakresie cech charakterystycznych dla oprogramowania serwera zarządzającego, Zamawiający wymagał, aby istniał jeden serwer zarządzający dla wszystkich produktów oraz zarządzanych nodów ze spójną polityką dla dowolnie i elastycznie definiowanych grup komputerów. Produkt firmy Symantec jest w tym zakresie niespójny z zarządzaniem oprogramowania dla serwera pocztowego a więc jest niezgodny z SIWZ.
10. Zamawiający wymagał, aby interfejs systemu zarządzającego dostępny był przez przeglądarkę internetową i protokół https. Produkt oferowany jest niezgodny z wymaganiami SIWZ w zakresie protokołu oraz konsoli.
11. Produkt oferowany przez CompFort Meridian nie jest zgodny z SIWZ w zakresie możliwości skonfigurowania automatycznego wyboru najszybszego/najbliższego repozytorium do ściągnięcia nowych szczepionek/produktów (po czasie odpowiedzi na polecenie ping, adresacji IP lub stałej listy).
12. Zamawiający wymagał, aby produkt miał możliwość ukrycia obecności systemu produktów ochronnych przed użytkownikiem (brak GUI, oraz wpisu w "Dodaj/Usuń Programy w Panelu Sterowania Windows). Produkt oferowany jest niezgodny w tym zakresie z SIWZ.
13. Zamawiający wymagał, aby system posiadał możliwość powiadamiania o wszystkich zdarzeniach za pomocą poczty elektronicznej, wiadomości

SNMP lub wywołania komendy. Produkt oferowany przez CompFort Meridian jest niezgodny w tym zakresie z SIWZ.

Zamawiający, rozpoznając wniesiony w powyższym zakresie zarzut, stwierdził, w rozstrzygnięciu protestu, co następuje.

CompFort Meridian składając ofertę oświadczył, iż zapoznał się z treścią specyfikacji (w tym ze wzorem umowy), nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte. Oceniając charakter prawny oferty należy wskazać, iż posiada ona walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada SIWZ, wobec powyższego zdaniem Zamawiającego nie ma przesłanek do kwestionowania zgodności zaoferowanego oprogramowania przez CompFort Meridian z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zatem według Zamawiającego, CompFort Meridian złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami i wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego, zatem jego oferta pozostaje w pełnej zgodności z treścią SIWZ.

Ponadto na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż nie żądał w ofercie potwierdzenia, iż każdy wymóg techniczny jest spełniony, na zasadzie tabelki i wpisania w poszczególnych pozycjach "tak" lub "nie". Nazwa produktu jest rzeczą wtórną nie wymaganą w tym postępowaniu, bowiem weryfikacja zgodności treści oferty z treścią SIWZ, nastąpi na etapie realizacji zamówienia, bowiem każdy z wykonawców przystępuje potencjalnie do przygotowania programu pod SIWZ. W efekcie na tym etapie nie jest możliwe sprawdzenie czy ofertowy produkt, odpowiada wymogom SIWZ, bowiem musi on dopiero powstać.

Skład orzekający Izby dokonując weryfikacji zapisów SIWZ, pod kątem określenia w ofercie przez wykonawców, oferowanego produktu stwierdził brak takiego zapisu w SIWZ. Jedynie we wzorze formularza ofertowego znajduje się zapis, który oferent powinien wypełnić o treści " Producentem oprogramowania jest" natomiast w tabeli znajdującej się w formularzu ofertowym zamieszczono w kolumnie "przedmiot zamówienia"

“1.oprogramowanie antywirusowe zabezpieczające stacje robocze” oraz “2.oprogramowanie antywirusowe zabezpieczające serwery” bez wskazania, że należy podać nazwę oprogramowania.

Z kolei z trzech złożonych ofert tylko Odwołujący dopisał w tych kolumnach nazwy oprogramowania.

W świetle tak sformułowanych tabeli pn. przedmiot zamówienia, Izba stwierdziła, że brak podstaw do wymagania od oferentów wpisania nazw oprogramowania w ofercie, skoro brak takiego wymogu w SIWZ.

Dyskwalifikowanie z tego powodu oferentów, którzy nie zamieścili nazw oprogramowania byłoby nieuzasadnione wobec tak sformułowanej tabeli w formularzu ofertowym, a także braku sformułowania wymogu podania nazw oprogramowania w zapisach SIWZ.

Reasumując, podanie z własnej inicjatywy nazwy oprogramowania, przez jednego z trzech oferentów, wobec braku takiego wymogu w SIWZ, nie może powodować obowiązku podania nazw przez pozostałych oferentów, ze skutkiem uznania ich ofert jako sprzecznych z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego sądowego, celem ustalenia czy Przystępujący do postępowania odwoławczego, dysponuje oprogramowaniem spełniającym wymagania techniczne SIWZ, skoro oprogramowanie takie nie zostało podane w ofercie, a wymogu podania nazwy oprogramowania Zamawiający nie sformułował w SIWZ. Tym bardziej Izba nie uwzględniła dowodu z opinii Polskiego Towarzystwa Informatycznego sporządzonej przez rzeczoznawcę Andrzeja Niemca.

Bowiem żądanie podania nazwy oprogramowania antywirusowego w formularzu ofertowym stanowiłoby w przedmiotowym przypadku zmianę warunków SIWZ po złożeniu ofert, co jest niedopuszczalne w myśl art. 38 ust.4 ustawy.

Reasumując zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie został uwzględniony. W związku z powyżej podanymi okolicznościami faktycznymi również Izba nie uwzględniła zarzutu niezgodności treści oferty z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1) i niważności oferty na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8).

2. co do zarzutu braku podania w ofercie nazwy podwykonawcy, co stanowi naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy i świadczy o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż oferta CompFort Meridian jest sprzeczna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ten wskazał w ofercie, iż zamierza wykonać całość zamówienia bez pomocy podwykonawców. Tymczasem Zamawiający wymagał, aby 12 miesięczny support wykonywany był przez producenta. Ponieważ CompFort Meridian nie jest producentem oferowanego oprogramowania to treść oferty i oferowany sposób świadczenia tej usługi (tj. supportu) jest sprzeczny z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że wymaganie to znalazło się w już w samym tytule postępowania zawartym zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak również w SIWZ, co oznacza, iż miało ono dla Zamawiającego priorytetowe znaczenie. Odstąpienie przez Zamawiającego od wyegzekwowania spełnienia tego wymagania na etapie badania i oceny ofert stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Bowiem część wykonawców, po przeczytaniu ogłoszenia, mogła zrezygnować ze złożenia oferty tylko dlatego, że nie byłiby w stanie zapewnić supportu producenta.

W rozstrzygnięciu protestu z kolei Zamawiający przedstawił następujące stanowisko. Zgodnie z rozdziałem I Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający żądał, aby Wykonawca zainstalował nośniki elektroniczne, na których utrwalone jest Oprogramowanie wraz z Dokumentacją oraz Dokumentem licencyjnym potwierdzającym prawo Zamawiającego do korzystania z Oprogramowania przez 12 363 Użytkowników opieki serwisowej oraz z aktualizacji oprogramowania. Opieka serwisowa świadczona będzie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego przez okres 12 miesięcy od daty podpisania przez umocowanych przedstawicieli Stron bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 4 do niniejszej Specyfikacji.

Mając na uwadze zapis § 3 ust. 1 pkt 2 projektu umowy stanowiący załącznik do SIWZ, dotyczący oświadczenia wykonawcy, iż posiada dział wsparcia lub dział help - desk przygotowany do świadczenia Opieki serwisowej dla Oprogramowania lub Aktualizacji Oprogramowania w zakresie określonym w § 6 umowy, -do którego

Wykonawca nie wniósł zastrzeżeń, Zamawiający nie widzi podstaw do odrzucenia w/w oferty.

W ocenie Izby, w kontekście zapisów SIWZ, nieupoważnione jest twierdzenie Odwołującego o postawieniu przez Zamawiającego wymogu wsparcia serwisowego (supportu) przez producenta oprogramowania antywirusowego, jeżeli wykonawca nie jest producentem oprogramowania.

Fakt wymogu opieki serwisowej oraz aktualizacji oprogramowania przez okres 12 miesięcy wcale nie wskazuje na obowiązek wykonywania tych czynności przez producenta oprogramowania, w przypadku gdy wykonawca nie jest producentem oprogramowania, a co za tym idzie obowiązku wskazania w ofercie jako podwykonawcy producenta oprogramowania.

Trafnie Zamawiający wskazał, że sposób wykonywania opieki serwisowej opisany został w projekcie umowy i sprowadzony do posiadania przez wykonawcę działu wsparcia lub działu help – desk, przygotowanego do świadczenia opieki serwisowej dla oprogramowania lub aktualizacji oprogramowania, w zakresie uregulowanym w art. 6 projektu umowy.

Przystępujący odnosząc się na rozprawie do zarzutów Odwołującego w zakresie braku uprawnienia do modyfikacji oprogramowania, nie zaprzeczył, że takie prawo ma tylko producent. Niemniej wyjaśniając zarzut oświadczył, że w przypadku wprowadzania poprawek do oprogramowania przez producenta, Zamawiający ma do nich prawo, przy czym w ramach supportu, Przystępujący dokonuje ich instalacji, czyli zapewnia wdrożenie. Przystępujący oświadczył również, że w zakresie podwykonawstwa przewidzianego w przedmiotowej SIWZ nie jest wymagany udział producenta oprogramowania to jest firmy Symantec, ponieważ wszelkie obowiązki wynikające ze wsparcia oprogramowania Przystępujący wykonywać będzie we własnym zakresie.

Reasumując Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego co do naruszenia art.98 ust.1 pkt 2 ustawy w związku z zaoferowaniem przez Przystępującego wykonywania wsparcia serwisowego nie bezpośrednio przez producenta oprogramowania antywirusowego.

Skład orzekający Izby również nie podzielił poglądu Odwołującego, że zawarcie w tytule zamówienia “ zakup oprogramowania z supportem producenta” wskazuje na

konieczność bezpośredniego wparcia serwisowego przez producenta, a nie przez inne jednostki do tego upoważnione przez producenta.

Tak samo tytuł nie mógł skłaniać do rezygnacji z zainteresowania zamówieniem przez inne podmioty niż sami producenci, ponieważ każdy z potencjalnych dostawców mógł zapoznać się z SIWZ na stronach internetowych Zamawiającego (www.arimr.gov.pl), bądź w razie wątpliwości przez skierowanie pytania do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy.

Tym samym zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 7 ust.1 ustawy, przez Zamawiającego nie został przez Odwołującego wykazany.

3. co do zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie odrzucenia oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pomimo, że złożone wyjaśnienia w trybie art.90 ustawy nie usunęły wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego do postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego, uznając zasadność zarzutu rażąco niskiej ceny, odnoszącego się do oferty, złożonej przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołujący w złożonym proteście i odwołaniu wskazał na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4.

Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wyniosła 1 049 200,00 zł.

Taka kwota została odczytana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert.

Zestawienie cenowe i procentowe złożonych ofert przedstawiało się następująco to jest w stosunku do kwoty odczytanej przed otwarciem ofert :

Oferta CompFort Meridian : brutto 337.252,75 zł. 32,14 %

Oferta Comparex : brutto 843. 866,01zł. 80,43 %

Oferta Bazy i Systemy Bankowe : brutto 992 452,19 zł. 94,56 %

Zgodnie z art.90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi

dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił się do CompFort Meridian o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. CompFort Meridian w piśmie z dnia 14 listopada 2008 r. oświadczył, iż "ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa firmy CompFort Meridian oraz firmy Symantec nie możemy ujawnić szczegółów wyceny oprogramowania wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia." Stwierdzenie to, słusznie jak wskazał Odwołujący, powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty CompFort Meridian. Ponieważ takie zachowanie CompFort Meridian należy zakwalifikować jako odmowę złożenia wyjaśnień (art. 98 ust. 3 zd.1).

Bowiem wykonawca nie może zasłaniać się tajemnicą przedsiębiorstwa w celu uniknięcia obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 3 ustawy, ponieważ informacje dotyczące ceny oferty powinny być przedstawione Zamawiającemu a co najwyżej utajnione na wniosek wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający nie miał podstaw do uznania odpowiedzi CompFort Meridian za przedstawiającą wyjaśnienia. Wbrew oświadczeniu Przystępującego na rozprawie, Zamawiający nie jest upoważniony do kontaktów z Symantec, celem uzyskania informacji na temat przywilejów wynikających z platynowego partnerstwa. Z konstrukcji przepisu art. 90 ust. 3 wynika, że to wykonawca przedkłada dowody potwierdzające, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynności przewidziane w art. 90 ustawy są czynnościami obligatoryjnymi. Zamawiający skoro miał podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, nie może po wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a następnie wobec udzielenia ogólnikowych wyjaśnień to jest na zasadzie twierdzeń, a nie dowodów nie odrzucić oferty wezwanego do wyjaśnień wykonawcy. Bowiem wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień jak również dowodów, które mają wykazać, że cena nie jest rażąco niska.

Zgodnie z opinią doktryny " rażąco niska cena jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Dla jej ustalenia konieczne jest znalezienie punktu odniesienia. Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać także ofertę, której

cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Natomiast nie wydaje się, by spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, że podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia, można na było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np. średnia cena pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowych". (A. Kurowska, M. Samowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 169).

W przedmiotowym postępowaniu, cena zaoferowana przez CompFort Meridian stanowi 32,14 % wartości szacunkowej zamówienia. Dwie pozostałe oferty, w tym oferta Protestującego zawierają ceny znacznie wyższe od ceny oferty CompFort Meridian, a jednocześnie są to ceny zbliżone do szacunków Zamawiającego co przedstawiono powyżej. Wobec okoliczności iż CompFort Meridian de facto nie udzielił wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz , że stosownymi dowodami, stwierdzić należy, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie składu orzekającego Izby słusznie Zamawiający powziął podejrzenie rażąco niskiej ceny, przy jej porównaniu do wartości szacunkowej zamówienia, wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień i dowodów w trybie art. 90 ustawy. Natomiast uzyskane w dniu 14.11.2008r. wyjaśnienia mają charakter twierdzeń bez dostarczenia dowodów. Przy czym Przystępujący nie ma skutecznego prawa zasłaniać się tajemnicą handlową nie przedstawiając dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Bowiern wykonawcy przysługuje prawo do zastrzeżenia tajemnicy, którą w takim przypadku Zamawiający jest związany, a w żadnym wypadku nie przysługuje odmowa udzielenia wyjaśnień z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Słusznie podniósł Odwołujący, że do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wzywa się jeden raz i na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający podejmuje decyzję, która w przedmiotowej sytuacji powinna dotyczyć odrzucenia oferty z uwagi na nie przedstawienie dowodów tylko pozostaniu w sferze twierdzeń.

Reasumując Izba uznała za wykazany przez Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny i nie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

W związku z powyższym oferta Przystępującego podlega odrzuceniu i Zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

4. Co do zarzutu nieuczciwej konkurencji, poprzez złożenie oferty z rażąco niską ceną

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się zarzut nieuczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty z rażąco niską ceną.

Bowiem nie każde utrudnianie dostępu do rynku to do przedmiotowego zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. W ocenie Izby wykazanie jednorazowego złożenia oferty z ceną rażąco niską nie może świadczyć o nieuczciwości Przystępującego i umyślnym działaniu na szkodę innych uczestników rynku. Tym bardziej, że do faktycznego zbadania ceny Przystępującego nie doszło z uwagi na nieprzedstawienie jej kalkulacji. Dlatego też nie można postawić Przystępującemu zarzutu dumpingu ceny, co jest wymagane do spełnienia przesłanki zarzutu nieuczciwej konkurencji. .

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....