

Sygn. akt: KIO 2224/18

WYROK
z dnia 16 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2018 r. przez wykonawcę **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu**,

przy udziale wykonawcy **Elsevier B.V. z siedzibą w Amsterdamie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 5, 6 i 7;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego (oznaczonych w odwołaniu numerami 1 i 2) i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny tej oferty;
3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
4. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa licencji na system i wdrożenie systemu na potrzeby Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu oraz 7 jednostek partnerskich, prezentującego i promującego osiągnięcia naukowe i potencjał badawczy*. Postępowanie dotyczy zamówienia na rzecz następujących podmiotów: Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku, Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, Śląskiego Uniwersytetu Medyczny w Katowicach, Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, Warszawskiego Uniwersytetu Medyczny, Instytutu Medycyny Pracy im. prof. dra med. Jerzego Nofera w Łodzi oraz Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu.

W dniu 29 października 2018 r. wykonawca Simple S.A. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania jej wyboru jako najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Elsevier B.V. na podstawie wszystkich zidentyfikowanych w postępowaniu naruszeń ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust 1 pkt i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 36b ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Jako zarzut ewentualnych Odwołujący podniósł naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Elsevier z postępowania.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny

Odwołujący zakwestionował odrzucenie jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Wskazał, że 13 lipca 2018 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, gdyż cena całkowita oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. 18.803.337,84 zł). Odwołujący podniósł, że złożył wyjaśnienia, w których wyjaśnił, jakie czynniki wpłynęły na finalny kształt zaoferowanej ceny, wskazując przede wszystkim, że spośród 8 Uczelni będących Zamawiającymi, tylko trzy (Gdański UM, SUM w Katowicach oraz UM w Lublinie) nie korzystają z rozwiązań dostarczanych przez Odwołującego. Aż w pięciu z tych jednostek, Odwołujący bądź podmioty z jego grupy kapitałowej, dostarczały rozwiązania informatyczne, współpracując z kadrami Zamawiających, której przedstawiciele również będą brali udział w wykonaniu

przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że posiadane doświadczenie powala mu zminimalizować ryzyka projektowe oraz zoptymalizować zaoferowaną cenę, na którą bez wpływu nie pozostaje też wiedza o strukturach organizacyjnych Zamawiających, procedurach postępowania, przyjętych i uznawanych regułach współpracy, metodach akceptacji i szybkości podejmowania decyzji. Odwołujący wyjaśnił też, że posiada w swojej ofercie platformę dedykowaną uczelniom wyższym (SIMPLE.EDU), której zakres i sposób funkcjonowania szczegółowo opisał i wskazał, że z tego istniejącego rozwiązania informatycznego (które spełnia wymogi SIWZ – co sam przyznał Zamawiający) będzie mógł skorzystać wykonując przedmiot zamówienia, co jest jednym z kluczowych czynników zaoferowanej, niższej od konkurencji ceny.

Odwołujący, czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego oświadczył, że każda z zaangażowanych w wykonanie zamówienia osób, otrzyma wynagrodzenie wyższe niż wynagrodzenie minimalne oraz że nie korzysta z pomocy publicznej. Na zakończenie Odwołujący podniósł, iż że rzeczywistości jego oferta jest porównywalna cenowo z ofertą wykonawcy Elsevier biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca ten, jako podmiot holenderski i działający głównie na tamtym rynku, musi oferować wyższe ceny, co generowane jest przez wyższe koszty pracy, koszty tłumaczeń, logistyki, a ponadto, w przedmiotowym postępowaniu, również koszty integracji z obcymi systemami dotychczas użytkowanymi przez Zamawiające Uczelnie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią pierwszych wyjaśnień, w dniu 7 września 2018 r. wezwał Odwołującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Odwołujący złożył kolejne wyjaśnienia, w których, zawarł wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje zawarte w pkt 1-9 wezwania, a ponadto, dążąc do pełnego wyjaśnienia struktury zaoferowanej ceny, również zakres kosztu instalacji, konfiguracji i dostosowania zamawianego Systemu. Zdaniem Odwołującego wyliczenia te kompleksowo przedstawiły w jaki sposób skalkulowana została zaoferowana przez Odwołującego kwota przedstawiona w ofercie, z podaniem każdego jej składnika i wykazaniem spodziewanego zysku.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził, że pierwsze wyjaśnienia były ogólnikowe, a za pomocą drugich nie udowodnił, że jego oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy i zawiera wszystkie elementy cenotwórcze. Zarzutem Zamawiającego do złożonych wyjaśnień był też brak przedstawienia metody wyliczenia kosztów oferty w sposób rzetelny, przejrzysty, uwzględniający wszystkie założenia opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zakwestionował powyższe stanowisko Zamawiającego i podniósł, że Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty, uczynił to niezwykle lakonicznie, nie wskazując żadnych konkretnych zarzutów odnośnie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, jak również i nie argumentując, które elementy złożonych wyjaśnień były niewystarczające w jego ocenie. Odwołujący podkreślił, że składając drugie wyjaśnienia zastosował się dokładnie do wezwania Zamawiającego i przedstawił wyliczenia ceny i kosztu we wszystkich 9 wskazanych przez Zamawiającego zakresach, a nawet podając dodatkowo zakres kosztu instalacji, konfiguracji i dostosowania zamawianego systemu. Wobec powyższego, niezrozumiałym jest zarzucanie Odwołującemu niekompletności złożonych wyjaśnień czy podnoszenie braku wskazania przedstawienia metod wyliczenia kosztów, skoro przedmiotowe wyjaśnienia złożone zostały w zakresie szerszym niż wymagane przez Zamawiającego.

Odwołujący nie zgodził się, że wyliczenia nie były rzetelne i przejrzyste oraz nie uwzględniały wszystkich założeń OPZ. Jego zdaniem łączna analiza pierwszych i drugich wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego nie pozostawia wątpliwości w zakresie prawidłowości zaoferowanej ceny. W pierwszych i częściowo w drugich wyjaśnieniach, Odwołujący szczegółowo opisał jakie czynniki wpłynęły na możliwość obniżenia przez niego zaoferowanej ceny i rzeczowo, przedstawiając też stosowne dowody, uargumentował, dlaczego przyjmuje niższe koszty wykonania zamówienia. Z kolei w drugich wyjaśnieniach, Odwołujący zobrazował wspomniane ceny i koszty składające się na złożoną ofertę, wraz z rozbiciem nie tylko na poszczególne zakresy będące odzwierciedleniem OPZ, ale wskazał jakie konkretnie prace składać się będą na wspomniane zakresy i podał ceny sprzedaży, zysku, marży oraz pokazał koszty podwykonawstwa.

W ocenie Odwołującego tego typu wyjaśnienia są właściwe ze względu na charakter zamówienia. Zamówienie polegać ma na dostarczeniu stworzonego przez samego wykonawcę Systemu informatycznego i świadczeniu usług utrzymania tego Systemu. Koszty wykonania zamówienia wyceniane więc będą tylko i wyłącznie przez samego wykonawcę, cena jego oferty uzależniona jest bowiem od jego kalkulacji (koszty licencji, wdrożenia, integracji, migracji). Wykonanie zamówienia nie jest bowiem uzależnione od kosztów generowanych przez podmioty trzecie, jak było w przypadku, gdyby w zakres zamówienia wchodziła np. dostawa sprzętu informatycznego, który wykonawca pozyskać musiałby na rynku, a jedynie od koszty zatrudnienia kadry pracowniczej oraz ceny za jaką wykonawca zdecyduje się sprzedać i dostarczyć wytworzony System. W takim wypadku, zgodnie z orzecznictwem KIO, wystarczającymi wyjaśnieniami z przedmiocie ceny rażąco niskiej jest przedstawienie szczegółowych, własnych kalkulacji przez wykonawcę. W związku z tym jako dowód powinny być traktowane wyliczenia przedstawione przez wykonawcę. Wyjaśnienia

Odwołującego zawierały wszystkie elementy opisu przedmiotu zamówienia (oraz te elementy, które wynikały z wezwań Zamawiającego) wraz z podaniem ich cen i kosztów (w tym kosztów podwykonawstwa), a ponadto, skoro Odwołujący uargumentował, dlaczego przyjmuje je na takim poziomie i dlaczego pozwolić sobie może na ich obniżenie, równocześnie wykazując, że spodziewa się osiągnięcia zysku, to brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący opatrzył częściowo treść odwołania tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym w odniesieniu do szczegółów udzielonych wyjaśnień oraz treści wezwania do wyjaśnień z 7 września 2018 r., a także części argumentacji przedstawionej w ramach uzasadnienia podniesionych zarzutów. W związku z tym Izba odstąpiła od przytaczania tych treści w niniejszym uzasadnieniu.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz z ustawą

Odwołujący wskazał, że drugą z podstaw do odrzucenia jego oferty było stwierdzenie, że oferta jest sprzeczna z ustawą oraz z treścią SIWZ, do czego doprowadziło Zamawiającego stwierdzenie, że Odwołujący, deklarując, że zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcy Simple Invest sp. z o.o., nie wskazał zakresu prac jaki zamierza temu wykonawcy powierzyć. Zdaniem Odwołującego stanowisko to opiera się na dwóch błędnych założeniach.

Po pierwsze Zamawiający mylnie twierdzi, że Odwołujący nie wskazał zakresu, w jakim wykonanie części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy Simple Invest sp. z o.o. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jak stanowi art. 60 Kc, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Wobec powyżej wskazanej normy, ofertę wykonawcy, jako czynność prawną wyklądać należy przez pryzmat ogółu pojętych przez niego czynności. Odwołujący zamierza on skorzystać do doświadczenia Simple Invest sp. z o.o. celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W toku postępowania, w dniu 29 września 2018 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania zasobami Simple Invest sp. z o.o. W treści odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący wskazał, że pomimo iż na ówczesnym etapie postępowania nie ma jeszcze takiej konieczności, oświadczył, że zamierza skorzystać z zaoferowanego mu przez Simple Invest sp. z o.o.

użyczenia osób zdolnych do realizacji zamówienia i wskazane w treści załącznika nr 5 do SIWZ złożonego wraz z ofertą, osoby dedykowane do pełnienia funkcji Kierownika Projektu i Konsultantów stanowią personel użyczony od Simple Invest sp. z o.o. Wobec powyższego i mając na uwadze treść art. 22a ustawy Pzp, brak jest wątpliwości w zakresie tej części zamówienia, której wykonanie Zamawiający zamierza powierzyć podwykonawcy Simple Invest sp. z o.o.

Po drugie Odwołujący podniósł, że nawet gdyby nie podał, w jakiej części wykonanie zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy Simple Invest sp. z o.o., to nie mogłoby to stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego ani z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, ani z powodu sprzeczności z ustawą. Stanowisko przeciwne, jakie zaprezentował Zamawiający wynika z błędnej oceny charakteru informacji w przedmiocie zakresu prac podwykonawcy. Wbrew temu co wydaje się twierdzić Zamawiający, obowiązek podania zakresu prac podwykonawcy ma jedynie charakter informacyjny, a sam zakres prac podwykonawcy, nie jest objęty istotną przedmiotowo treścią oferty i nie przekłada się na treść przyszłego zobowiązania Odwołującego. Innymi słowy, informacja ta nie ma charakteru materialnego, a formalny, przez co nie można twierdzić, że jej wskazanie jest elementem koniecznym oferty, a w konsekwencji, jej niewskazania nie sposób uznać za rozstrzygające o zgodności albo niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące analogicznych stanów faktycznych i stwierdził, że niewskazanie zakresu prac jakie Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy Simple Invest sp. z o.o. nie może prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący zakwestionował drugą z okoliczności faktycznych stanowiących podstawę odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ i ustawą. Treść uzasadnienia tego zarzutu Odwołujący opatrzył klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elsevier na dodatkowych podstawach

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty Elsevier również z uwagi na szereg innych niż nieprawidłowe złożenie wadium, podstaw.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że zgodnie z SIWZ każdy z wykonawców musiał wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania zespołem składającym się z Kierownika Projektu i 3 Konsultantami o określonym doświadczeniu. Osoby dedykowane do piastowania ww. funkcji miały zostać wskazane w formularzu „Wykaz osób” (załącznik nr 10 do SIWZ). Zgodnie z postanowieniem SIWZ, zawartym w treści formularza „Wykaz osób”, wykonawca złożyć musiał następujące oświadczenie:

Oświadczam, że osoby wymienione w powyższej tabeli, posiadają znajomość języka polskiego, w stopniu, umożliwiającym swobodne porozumiewanie się w mowie i piśmie. O ile warunek, opisany w pkt 1, nie jest spełniony, oświadczam, że zatrudnię na swój koszt tłumacza języka polskiego, przez cały okres realizacji kontraktu. Wobec powyższego, wymogiem SIWZ, w wypadku skierowania do wykonania zamówienia niepolskojęzycznego personelu, było zapewnienie przez wykonawcę, na jego koszt tłumacza języka polskiego przez cały okres obowiązywania kontraktu. Wykonawca Elsevier wraz z ofertą złożył Wykaz osób, jednak w treści przedmiotowego formularza, pod wskazanym wyżej oświadczeniem o zapewnieniu tłumacza wskazał, że podany przez niego personel gwarantuje kompleksową ustną i pisemną obsługę w języku angielskim oraz, że w wypadku zawarcia porozumienia jest skłonny przedyskutować podjęcie odpowiednich kroków by zapewnić Zamawiającemu również obsługę w języku polskim w granicach określonych obecnymi procedurami i zasobami tego wykonawcy. Oświadczył on dalej, że w zakresie komunikacji pisemnej może zaoferować np. oprogramowanie tłumaczeniowe, co jednak może wpłynąć na czas odpowiedzi w fazie wdrożenia, jak i produkcji oraz, że nie poniesie odpowiedzialności za żadne opóźnienia czy problemy wywołane tłumaczeniem. Wykonawca oświadczył też, że jest otwarty na omówienie jednorazowego tłumaczenia dokumentacji wdrożeniowej oferowanego systemu na język polski oraz na dyskusję, w jakim zakresie jego polskojęzyczny personel w Polsce będzie w stanie prowadzić obsługę.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Elsevier złożył ofertę sprzeczną z SIWZ, wbrew jej wymaganiom nie zobowiązał się bowiem do zapewniania na swój koszt tłumacza języka polskiego i wprost wskazał, że jego personel świadczyć będzie obsługę w języku angielskim, poddając pod negocjację inny sposób tłumaczenia (oprogramowanie tłumaczeniowe). Tak złożona oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a omawiane naruszenie może być również zakwalifikowane jako niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu prowadzące do wykluczenia Elsevier z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Po drugie Odwołujący podniósł, że oferta Elsevier jest niezgodna z SIWZ z powodu zaniechanie zaakceptowania bez zastrzeżeń wzoru umowy stanowiącego element SIWZ (załącznik nr 8 do SIWZ). Jednym z elementów formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) było złożenie oświadczenia o zapoznaniu się z treścią wzoru umowy i zaakceptowaniu jej postanowień. Wykonawca Elsevier nie złożył jednak wymaganego oświadczenia, a w treści formularza ofertowego złożył własne, o następującej treści: *Prosimy o rozważnie naszych komentarzy dotyczących wzoru umowy, zawartych w załączniku nr 8. Jesteśmy przekonani, że te uwagi przyniosą więcej przejrzystości w trakcie wdrożenia projektu.* Zdaniem Odwołującego treść złożonego oświadczenia jednoznacznie wskazuje, że

odmówił on akceptacji wzoru umowy, a przez to złożył ofertę niezgodną z SIWZ. Konsekwencją tego powinno być odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Po trzecie Odwołujący podniósł, że oferta Elsevier jest niezgodna z SIWZ z powodu niepodania w złożonym ofertowym wszystkich wymaganych informacji, a więc cen jednostkowych dla dostawy Systemu do poszczególnych Uczelni. Wykonawca Elsevier w miejscach, w których w formularzu ofertowym należy podać ceny jednostkowe wpisał *Zobacz: szczegółowe informacje w Zestawieniu Cen*. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, jednym z jego najistotniejszych elementów jest właśnie cena, która zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem, obok ceny ogólnej powinna zostać przedstawiona również w formie jednostkowej. Wykonawca Elsevier wbrew obowiązującym wymaganiom nie przedstawił formularza ofertowego w przewidzianej do tego formie, co równa się *de facto* niezłożeniu formularza w ogólności, przez co Zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca uczynił zadość obowiązkowi złożenia wszystkich wymaganych dokumentów. Prawidłowości tej argumentacji nie zaprzecza bynajmniej treść rozdz. XI pkt 5 SIWZ, zgodnie z którą *Załączniki do SIWZ są wzorami. Zamawiający zaleca ich użycie w składanej ofercie. Dopuszcza się zamieszczenie w ofercie załączników opracowanych przez Wykonawcę, pod warunkiem jednak, że ich treść będzie odpowiadała treści formularzy załączonych do SIWZ*. Sposób w jaki cenę oferty przedstawił Wykonawca Elsevier, nie może zostać uznany za prawidłowe złożenie dokumentacji w formie opracowanych przez niego załączników do SIWZ, gdyż warunkiem uznania takiej czynności za prawidłową jest zgodność treści załączników własnych wykonawców z treścią załączników zaproponowanych przez Zamawiającego. Skoro na treść formularza ofertowego zaproponowanego przez Zamawiającego składały się łącznie zarówno cena jednostkowa, jak i cena ogólna, to treść formularza ofertowego musiałaby zawierać również obydwie te informacje łącznie. Wobec niepodania obydwu tych informacji łącznie, oferta Elsevier powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Ostatnią okolicznością, o którą – zdaniem Odwołującego – należało poszerzyć podstawy odrzucenia oferty Elsevier, jest złożenie oferty przez osobę do tego nieuprawnioną. Jak wynika z formularza ofertowego, osobą uprawnioną do reprezentowania wykonawcy przy sporządzaniu oferty był dr P. F. - Menedżer ds. Sprzedaży Rozwiązań Pure, który podpisał złożoną ofertę, do której to jednak nie załączono żadnego dokumentu wykazującego umocowanie tej osoby do reprezentacji wykonawcy. Prowadzić to powinno do konstatacji, że oferta niezgodna jest z ustawą i na tej podstawie powinna zostać odrzucona.

Zarzut dotyczący utajnienia części oferty wykonawcy Elsevier

Odwołujący wskazał, że po otwarciu ofert zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu oferty wykonawcy Elsevier. Zamawiający w piśmie z 28 lipca 2018 r. przesłał skany dokumentów nieuznanych przez Elsevier za „dokumenty poufne”. Zdaniem Odwołującego powyższe budzi wątpliwości, w jakim trybie wykonawca Elsevier zastrzegł poufność – gdyż jedynym sposobem nieujawniania informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest właśnie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno odbyć się w ustawowym trybie. Tym samym, aby skuteczne było zastrzeżenie, Elsevier do oferty powinien dołączyć wyjaśnienia oraz dokumenty potwierdzające, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że tylko informacje spełniające wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia postępowania) mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie ustawa Pzp wprost zabrania zastrzegania jako niejawnych informacji o cenie – co Elsevier za przyzwoleniem Zamawiającego dokonał w przedmiotowej ofercie. Odwołujący stwierdził, że ceny jednostkowe składające się na cenę całkowitą oferty, stanowią doniosłą informację, która nie powinna podlegać utajnieniu. Działanie przeciwne jest sprzeczne z zasadą jawności dotyczącą udzielania zamówień publicznych, która ma gwarantować przeprowadzenie postępowania w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji. Informacja o cenie jest istotną na etapie realizacji zamówienia, gdyż będzie uwzględniana w dokumentacji, w tym wystawianych przez wykonawcę fakturach, które będą podlegały ujawnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, co również przesądza o braku możliwości uznania zastrzeżenia cen jednostkowych jako tajemnicy.

Zarzut dotyczący bezpodstawnego unieważnienia postępowania

Odwołujący podniósł, że wobec braku podstaw do odrzucenia jego oferty nie zaistniały również przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty Elsevier z powodu dodatkowych okoliczności podniesionych w odwołaniu, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, odtajnienia części oferty Elsevier uznanej przez Zamawiającego za zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Elsevier B.V., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niepodania w formularzu ofertowym wszystkich wymaganych informacji i z powodu podpisania oferty przez osobę, która nie wykazała swojego umocowania do reprezentacji wykonawcy, a także w zakresie zarzutu bezzasadnego utajnienia części oferty Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący złożył bowiem na posiedzeniu Izby oświadczenie o wycofaniu tych zarzutów.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkowa zamówienia po powiększeniu o podatek od towarów i usług wyniosła 18.803.337,84 zł. Cena oferty Odwołującego opiewała na kwotę 10.824.000,00 zł.

Pismem z 13 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub koszty, w szczególności w zakresie okoliczności określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które Zamawiający przytoczył w treści wezwania.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których części jawnej przedstawił i opisał m.in. następujące okoliczności:

- spośród 8 jednostek projektu aż w 5 Simple bądź podmioty z Grupy Kapitałowej prowadziły projekty IT; wiedza o tych jednostkach pozwala zminimalizować ryzyka projektowe i zoptymalizować cenę;
- Simple w swojej ofercie posiada platformę dedykowaną uczelniom wyższym (SIMPLE.EDU) i zamierza wykorzystać dostępne na platformie komponenty funkcjonalne i mechanizmy integracyjne z systemami dziekanatowymi i ERP użytkowanymi w większości jednostek biorących udział w projekcie;

- korzystanie przez 5 jednostek z oprogramowania Simple, co powoduje, że koszty integracji z tymi systemami będą marginalne;
- stan zatrudnienia i doświadczenie kadry w projektach IT na rzecz wyższych uczelni;
- dostarczanie rozwiązań uwzględniających rodzime przepisy, domyślnie dostępne w języku polskim i z dokumentacją w języku polskim, co pozwala uniknąć potrzeby tłumaczenia dokumentacji i lokalizowania systemu;
- posiadanie lokalnych ośrodków kompetencyjnych i sieci Partnerów na terenie całej Polski, co pozwala na znacząco obniżyć koszty realizacji projektu, zwłaszcza w sferze logistycznej;
- niższe koszty ogólne wynikające z przynależności do polskiej grupy kapitałowej.

Ponadto Odwołujący oświadczył, że każda z osób, które będą zaangażowane w przedmiotowe zamówienie uzyskuje wynagrodzenie wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, a także że wykonawca nie korzysta z pomocy publicznej w kontekście przedmiotowego zamówienia.

Część wyjaśnień Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym Izba odstąpiła od przedstawienia ich treści w niniejszym uzasadnieniu.

Pismem z 7 września 2018 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, wskazując, że w jego ocenie złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, w związku z czym Zamawiający nie może na ich podstawie podjąć decyzji o tym, czy wykonawca uwzględnił wszystkie elementy kosztu niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający podał, że udzielone wyjaśnienia składają się z części opisowej, zawierającej mało konkretne zwroty o charakterze marketingowym i stwierdzenia budzące wątpliwości, a także z bardzo ogólnej kalkulacji ofertowej. Zamawiający wskazał, że oczekuje wyjaśnień i dowodów w szczególności w zakresie dziesięciu wskazanych w wezwaniu grup kosztów.

W odpowiedzi na powtórne wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w tym sporządzone w formie tabelarycznej zestawienie dotyczące wyliczenia ceny oferty, informując, że obok informacji żądanych w wezwaniu podał również dodatkowo zakres kosztu instalacji, konfiguracji i dostosowania zamawianego Systemu. Treść wyjaśnień Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 19 października 2018 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający podał: *Zamawiający zgodnie z ustawowym obowiązkiem wezwał Wykonawcę SIMPLE S.A. do złożenia wyjaśnień*

w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących ceny oferty, gdyż cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp i wynoszącej 18 803 337,84 PLN. Wykonawca SIMPLE S.A. w dniu 23.07.2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył Wyjaśnienia udzielane w trybie art. 90 Pzp. Wyjaśnienia SIMPLE S.A. składały się z dwóch części: opisowej i bardzo ogólnej kalkulacji ofertowej. Część opisowa wyjaśnień zawierała znaczną ilość zwrotów mało konkretnych, o charakterze marketingowym oraz stwierdzenia, które budzą uzasadnione wątpliwości co do tego czy oferta Wykonawcy SIMPLE S.A. została skalkulowana w sposób prawidłowy oraz zawiera wszystkie elementy cenotwórcze. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy mają charakter ogólnikowy, w związku z czym Zamawiający nie mógł na ich podstawie stwierdzić czy Wykonawca SIMPLE S.A. uwzględnił wszystkie elementy kosztu niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się ponownie do Wykonawcy SIMPLE S.A. o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca SIMPLE S.A. złożył w dniu 12.09.2018 r. wyjaśnienia dodatkowe, w których także nie udowodnił, iż jego oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy i zawiera wszystkie elementy cenotwórcze. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. W związku z tym Wykonawca SIMPLE S.A. powinien był przedstawić Zamawiającemu metodę wyliczenia kosztów oferty w sposób rzetelny, przejrzysty, uwzględniając wszystkie założenia opisu przedmiotu zamówienia. Według Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy SIMPLE S.A. nie stanowią podstawy do uznania, iż Wykonawca ujął wszystkie czynniki kosztotwórcze niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, a tym samym, iż dokonał prawidłowej kalkulacji oferty. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy SIMPLE S.A. na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, nieobalające domniemania o rażąco niskiej cenie oferty, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie każde pismo może być uznane za wyjaśnienia wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” (zob. uchwała KIO z dnia 27.01.2017 r., sygn. akt KIO/KU 3/17).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub

jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego w pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, w tym z uwzględnieniem okoliczności podniesionych przez Zamawiającego dopiero w postępowaniu odwoławczym.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał bardzo lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty. Pomijając opisanie skierowanych do wykonawcy wezwań do wyjaśnień, przytoczenie treści przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz przywołanie też z orzecznictwa Izby, uzasadnienie to składa się zaledwie z kilku zdań zawierających całkowicie ogólnikowe twierdzenia. Zamawiający stwierdził w nim, że wykonawca nie udowodnił prawidłowego skalkulowania ceny, a ponadto wskazał, że wyjaśnienia powinny przedstawiać metodę wyliczenia kosztów oferty w sposób rzetelny, przejrzysty, uwzględniając wszystkie założenia opisu przedmiotu zamówienia, a przedstawiona kalkulacja nie może być za taką uznana. Jednocześnie Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu nie wyjaśnił, dlaczego ocenił wyjaśnienia jako nierzetelne, nieprzejrzyste

i nieuwzględniające wszystkich wymagań. Przyczyny tej oceny mogły pozostawać jedynie w sferze domysłów. Nie wiadomo, jakich czynników kosztotwórczych – zdaniem Zamawiającego – wykonawca nie ujął w kalkulacji, w odniesieniu do jakich elementów wyceny zachodzą wątpliwości lub jakie okoliczności nie zostały udowodnione. Sporządzone w ten sposób uzasadnienie cechuje się takim poziomem ogólności, że mogłoby pasować do każdego przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, niezależnie od stanu faktycznego i okoliczności towarzyszących konkretnej sprawie. Nie daje ono wykonawcy żadnej wiedzy ponad to, że Zamawiający złożone wyjaśnienia ocenił negatywnie. Istotą uzasadnienia nie powinien być natomiast sam wynik oceny wyjaśnień, ale prezentacja przyczyn, które do takiej oceny doprowadziły. Uzasadnienie odrzucenia oferty w rozpoznawanej sprawie, ze względu na poziom ogólności i nieprzedstawienie konkretnych przyczyn odrzucenia, nie może zostać uznane za prawidłowe, co prowadzi do wniosku, że czynność odrzucenia była niezasadna.

Bardziej skonkretyzowane powody odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający zaprezentował dopiero w postępowaniu odwoławczym, w odpowiedzi na odwołanie. Zaprezentował tam – zwłaszcza w niejawniej części odpowiedzi na odwołanie – polemikę z tezami zawartymi w wyjaśnieniach oraz szereg okoliczności mających uzasadniać odrzucenie oferty, które nie zostały przedstawione w informacji o odrzuceniu. Odnosząc się do tych okoliczności i argumentów podkreślić należy, że nie mogły one być wzięte pod uwagę jako przesądzające o prawidłowości odrzucenia oferty. Oczywiście jest, że skoro okoliczności te nie zostały podane w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, to wykonawca nie miał wiedzy, że były one przyczyną odrzucenia, a w konsekwencji nie mogły stać się przedmiotem zarzutów odwołania i podlegać merytorycznej ocenie Izby. Za niedopuszczalne należy uznać ograniczenie uzasadnienia odrzucenia oferty do kilku ogólnych sformułowań, a następnie dopiero na etapie postępowania odwoławczego wypełnianie ich konkretną treścią.

Analogicznie należy odnieść się do okoliczności podanych w piśmie procesowym Przystępującego, mających wskazywać na wadliwość udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień (np. brak oszacowania nakładu pracy i jej kosztów, uzasadnienia dla wyceny licencji dla poszczególnych komponentów). Są to okoliczności niestanowiące podstawy faktycznej odrzucenia oferty, nie mogły być zatem wzięte pod uwagę w postępowaniu odwoławczym jako usprawiedliwiające czynności odrzucenia.

Nie sposób zgodzić się z Przystępującym, że jakość uzasadnienia czynności odrzucenia oferty nie ma rozstrzygającego znaczenia dla oceny, czy odrzucenie było zasadne. Wręcz przeciwnie, uzasadnienie to służy do wykazania prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności, a dla wykonawcy stanowi punkt odniesienia jeśli chodzi

o korzystanie ze środków ochrony prawnej. Jeżeli jakość uzasadnienia jest taka, że czynność Zamawiającego de facto nie poddaje się merytorycznej weryfikacji, to należy stwierdzić, że czynność ta jest wadliwa i powinna zostać unieważniona. W związku z tym Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a nie jedynie – jak zakładał Przystępujący – powtórzenie czynności sporządzenia informacji o odrzuceniu. Czynność odrzucenia oferty w świetle sporządzonego uzasadnienia była bowiem wadliwa. Podkreślenia wymaga, że takiemu orzeczeniu Izby nie stoi na przeszkodzie fakt, że Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zakwestionował prawidłowość odrzucenia jego oferty z przyczyn wskazanych w piśmie z 19 października br. i w kontekście tych przyczyn podlegała ona ocenie Izby. Skoro przyczyny te były tak dalece nieskonkretyzowane, że nie można stwierdzić, aby usprawiedliwiały odrzucenie oferty, to odwołanie podlegało w tym zakresie uwzględnieniu.

W związku ze wskazaną wyżej wadliwością uzasadnienia odrzucenia oferty, dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie (wyciąg z oferty złożonej przez Digital Science w postępowaniu w Ohio oraz załącznik cenowy do tej oferty, zestawienie przetargów prowadzonych przez uniwersytety, wygranych przez Odwołującego), nie mogły być uznane za dowodzące prawidłowości tej czynności.

Podsumowując, w świetle przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego czynność ta nie może być uznana za zasadną. W konsekwencji należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz z ustawą

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem III.7.1 SIWZ Zamawiający zażądał *wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców*. W punkcie III.7.7 SIWZ Zamawiający poinformował, że *zgodnie z art. 36a ust.2 pkt.1 zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. Wdrożenie systemu (zgodnie z zapisami § 1 i § 2 Wzoru umowy – Załącznik nr 8 do SIWZ)*. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności Zamawiający wskazał, że (...) ponieważ brak

wskazania zakresu podwykonawstwa stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (rozdział III.7.1) w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawca nie może pominąć wyraźnie sformułowanych wymagań SIWZ w tym zakresie (...) oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, w związku z niewypełnieniem obowiązku, który nakłada ustawodawca na Wykonawców w art. 36b Pzp. Dodatkowo w części niejawnej uzasadnienia Zamawiający wskazał na zaniechanie podania w ofercie firmy podmiotu, który zdaniem Zamawiającego powinien być wskazany jako podwykonawca.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę: jeżeli jest niezgodna z ustawą (pkt 1), jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

O ile Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w wyjaśnieniach z 2 października 2018 r., dotyczących dysponowania zasobami Simple Invest Sp. z o.o., wskazał część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy, to wskazać należy, że nie oznacza to zasadności odrzucenia oferty Odwołującego. W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu aktualne pozostaje stanowisko przedstawione w zakresie odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, a dotyczące roli, jaką pełni sporządzana przez Zamawiającego informacja o odrzuceniu oferty. Również w tym przypadku podkreślić należy, że prawidłowość odrzucenia oferty podlega ocenie w kontekście okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu odrzucenia.

Zgodnie z informacją z 19 października br. przyczyną odrzucenia oferty było niepodanie informacji dotyczących podwykonawstwa, mimo że wymaga tego art. 36b ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt III.7.1 SIWZ. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że w orzecznictwie Izby zdecydowanie dominujący jest pogląd, zgodnie z którym niewskazanie w ofercie części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, czy niewskazanie firm podwykonawców, nie jest okolicznością uzasadniającą odrzucenie oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, co do zasady zarówno zakres prac podwykonawcy, jak i informacje o firmach podwykonawców, nie stanowią treści oferty i nie przekładają się na treść przyszłego zobowiązania, są one informacjami o planach wykonawcy dotyczących realizacji przyszłej umowy, a podanie tych danych ma charakter informacyjny (tak m.in. w wyrokach o sygn. akt: KIO 192/17, KIO 234/17, KIO 1528/17). Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni ten pogląd podziela. Podkreślenia wymaga, że nie sposób obronić tezy o niezgodności oferty Odwołującego z ustawą, niezgodność taka nie została wykazana, Zamawiający odwołał się jedynie do niezgodności z art. 36b ustawy Pzp, która to jednostka redakcyjna zawiera wiele przepisów, a Zamawiający nie sprecyzował, o który

przepis mu chodzi. Zakładając jednak, że Zamawiający za naruszony przepis ustawy uznał przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, to zauważyć należy, że jest to przepis adresowany do Zamawiającego, trudno zatem twierdzić, aby mógł on być wyznacznikiem zgodności oferty z ustawą. Odnosząc się natomiast do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, uzasadnienie ograniczyło się do stwierdzenia, że Zamawiający zamieścił w SIWZ żądanie informacji o podwykonawstwie, a Odwołujący tego żądania nie spełnił. Jednocześnie Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że informacje te stanowią w okolicznościach niniejszej sprawy treść oferty. O ile faktem jest, że Zamawiający żądał w SIWZ podania przedmiotowych informacji (był do tego zobowiązany przepisem art. 36b ust. 1 ustawy Pzp), o tyle nie sposób zgodzić się z tezą przedstawioną w odwołaniu, jakoby z treści SIWZ wynikało, że stanowią one treść oferty.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Przystępującego, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy informacje na temat podwykonawstwa miały szczególne znaczenie i w związku z tym nie miały charakteru jedynie informacyjnego, zauważyć należy, że twierdzenia te wykraczają poza okoliczności, które zostały przez Zamawiającego wskazane jako podstawa odrzucenia oferty. Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu nie odniósł się w piśmie z 19 października br. do znaczenia tych informacji w przedmiotowym postępowaniu, w tym nie odniósł się do kwestii tego, czy ich brak mógł doprowadzić do ominięcia zakazu powierzenia podwykonawcy części wdrożeniowej zamówienia, w żadnej mierze nie wskazał też na znaczenie tych informacji dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający uznał spełnianie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu za wykazane.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp było niezasadne. W świetle przedstawionego uzasadnienia odrzucenia nie można również uznać istnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec ustalenia, że czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp była nieprawidłowa, pozbawiona podstaw była również czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elsevier na dodatkowych podstawach

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że oferta Przystępującego została odrzucona, a czynność odrzucenia nie była zaskarżona, stała się zatem ostateczna. Wobec powyższego, nawet w przypadku merytorycznej zasadności zarzutów skierowanych

przeciwko tej ofercie, odwołanie nie mogłoby w tym zakresie podlegać uwzględnieniu. Stosownie bowiem do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym, że oferta Przystępującego została „prawomocnie” odrzucona, zaniechanie wskazania dodatkowych podstaw faktycznych jej odrzucenia nie miało i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, a podnoszenie tych zarzutów należy uznać za oczywiście bezcelowe.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby przedmiotowe zarzuty należało uznać za niezasadne.

W zakresie kwestii akceptacji postanowień umowy Izba ustaliła, że Przystępujący zawarł w ofercie następujące oświadczenie: *Oświadczam, że zapoznałem się z treścią Wzoru umowy i akceptuję jego postanowienia. Prosimy o rozważenie naszych komentarzy dotyczących umowy, zawartych w załączniku nr 8. Jesteśmy przekonani że te uwagi przyniosą więcej przejrzystości w trakcie wdrożenia projektu.*

Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący, w piśmie z 31 sierpnia 2018 r. udzielił wyjaśnień, w których podał: (...) zgodnie z intencją Wykonawcy oraz przedłożonymi dokumentami treść oferty odpowiada treści SIWZ. Wykonawca jest prawnie związany wszystkimi warunkami przetargu, które zaakcentował, składając ofertę, co zostało potwierdzone stosownymi deklaracjami i oświadczeniami, w tym zawartym w formularzu ofertowym (i) oświadczeniem o zapoznaniu się z treścią SIWZ i akceptacji jej postanowień (której częścią jest także projekt umowy), a także (ii) wspomnianym oświadczeniem o akceptacji treści wzoru umowy. Jednocześnie w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, wskazujemy, iż Załącznik „Uwagi natury prawnej dotyczące warunków przedstawionych przez konsorcjum »Polska Platforma Medyczna«” do oferty stanowi jedynie dodatkowy, niewymagany przez Zamawiającego dokument, zawierający standardowe postanowienia umowne Wykonawcy, który został przesłany „do wglądu” wraz z niewiążącą sugestią „możliwości przedyskutowania”. Dokument ten nie stanowi treści oferty Wykonawcy. Jak wskazano, wskazówki powyższe mają charakter niewiążący i w żaden nie zmieniają treści oferty Wykonawcy, którego celem i intencją jest pełna zgodność z treścią SIWZ, w tym warunkami umowy zawartymi w Załączniku nr 8 do SIWZ. Innymi słowy, Zamawiający może – lecz nie musi – wziąć pod uwagę wskazane sugestie na etapie realizacji umowy (np. w trybie art. 144 Pzp), tak jak każde inne wnioski w tym zakresie, które nie są zabronione przepisami prawa. Niemniej nie stanowi to warunku oraz w nie limituje oferty Wykonawcy, która jako oświadczenie woli jest stanowcza i zgodnie z jej treścią definitywna. Czym innym bowiem jest prośba o przedyskutowanie pewnych rozwiązań, a czym innym ich zaoferowanie (...).

Odnosząc się do powyższego zauważyć należy, że nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący nie złożył oświadczenia o akceptacji postanowień umowy. Oświadczenie takie znalazło się w treści oferty Przystępującego i należy je uznać za wiążące. Obok tego oświadczenia wykonawca dopisał prośbę o rozważenie jego uwag do postanowień umowy. Dopisanie dodatkowej treści nie jest – w ocenie Izby – właściwą praktyką. Formularz oferty nie jest miejscem na kierowanie do zamawiającego wniosków czy sugestii, a wprowadzenie takich treści może zrodzić wątpliwości zamawiającego co do intencji wykonawcy czy stać się – jak to miało miejsce w tym przypadku – przedmiotem zarzutów formułowanych w postępowaniu odwoławczym. Niemniej jednak, w sytuacji gdy oświadczenie o akceptacji postanowień zostało złożone w ofercie i dodatkowo potwierdzone w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach, nie można twierdzić, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Dopisana treść nie stała w sprzeczności z oświadczeniem o akceptacji postanowień umowy, stanowiła ona dodatkowe wnioski wykonawcy, które należy uznać za niemające żadnego znaczenia prawnego.

W zakresie kwestii zapewnienia komunikacji w języku polskim Izba ustaliła, że w wykazie osób Przystępujący zamieścił następujące oświadczenia dotyczące komunikacji w języku polskim: *Oświadczam, że osoby wymienione w powyższej tabeli, posiadają znajomość języka polskiego, w stopniu, umożliwiającym swobodne porozumiewanie się w mowie i piśmie. O ile warunek, opisany w pkt. 1, nie jest spełniony, oświadczam, że zatrudnię na swój koszt tłumacza języka polskiego, przez cały okres realizacji kontraktu.* Dodatkowo Przystępujący dopisał: *Biorąc pod uwagę punkty 1 i 2, personel zajmujący się wdrożeniami i obsługą w Elsevier gwarantuje kompleksową ustną i pisemną obsługę w języku angielskim. W przypadku zawarcia porozumienia jesteśmy jednak skłonni przedyskutować podjęcie odpowiednich kroków, by zapewnić Państwu obsługę również w języku polskim w granicach określonych naszymi obecnymi procedurami i zasobami. W zakresie komunikacji pisemnej możemy zaoferować np. oprogramowanie tłumaczeniowe; należy być jednak świadomym, że tłumaczenie korespondencji może wpłynąć na czas odpowiedzi zarówno w fazie wdrożenia, jak produkcji i może skutkować dalszymi iteracjami w komunikacji. Firma Elsevier nie poniesie odpowiedzialności za jakiegokolwiek opóźnienia czy problemy wywołane tłumaczeniem. Poza tym, jesteśmy otwarci na omówienie jednorazowego tłumaczenia naszej dokumentacji wdrożeniowej systemu Pure na język polski (wersja główna pozostanie w języku angielskim). Ponadto, jesteśmy otwarci na dyskusję w jakim zakresie polskojęzyczny personel Elsevier w Polsce będzie w stanie prowadzić obsługę.*

Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący, w piśmie z 31 sierpnia 2018 r. udzielił wyjaśnień, w których stwierdził, że wykaz osób ma na celu ma na celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz że potwierdził dysponowanie odpowiednim personelem, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia, w skład którego wchodzi też osoby narodowości polskiej i władający biegle tym językiem. Podniósł, że oświadczył, iż osoby wymienione powyższej tabeli, posiadają znajomość języka polskiego, w stopniu, umożliwiającym swobodne porozumiewanie się w mowie i piśmie, a o ile warunek ten nie jest spełniony zatrudni na swój koszt tłumacza języka polskiego, przez cały okres realizacji kontraktu. Przystępujący wyjaśnił: *Oświadczenie to jest jednoznaczne i Wykonawca je podtrzymuje. Nie ma przy tym żadnych podstaw do wątpliwości co do ujęcia w cenie ofertowej kosztów prowadzenia korespondencji w języku polskim – zarzuty w tym zakresie są całkowicie gołosłowne. Wykonawca potwierdza swoją intencję wyrażoną jak powyżej, czego nie zmienia dodatkowa, niewiążąca i niewymagana luźna wskazówka co do otwarcia na przedyskutowanie szczegółów prowadzenia komunikacji w sposób bardziej szczegółowy niż wymaga tego Zamawiający w wyżej przytoczonym oświadczeniu. Zamawiający także nie jest związany dodatkową sugestią Wykonawcy. Dodatkowo należy zauważyć, że oświadczenie o treści jak w załączniku nr 10 do SIWZ nie było wymagane od wykonawców na tym etapie Postępowania, bowiem zgodnie z treścią pkt VII.5.5) SIWZ, będzie ono prawnie wymagane dopiero od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, przed udzieleniem zamówienia. W związku z tym, powyższa kwestia nie może być podstawą do negatywnej oceny prawidłowości treści tego dokumentu (...).*

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że oświadczenia zawarte w Wykazie osób były z sobą sprzeczne. Z jednej strony Przystępujący zamieścił tam wymagane oświadczenie o znajomości przez wskazane osoby języka polskiego lub o zobowiązaniu się do zapewnienia tłumacza, z drugiej strony stwierdził, że gwarantuje obsługę w języku angielskim i wyraża gotowość przedyskutowania podjęcia kroków w celu zapewnienia obsługi w języku polskim, przedstawiając jednocześnie szereg zastrzeżeń. Wzajemna sprzeczność powyższych oświadczeń mogła wywoływać uzasadnione wątpliwości co do tego, czy wykonawca zobowiązał się dopełnić wymogów określonych przez Zamawiającego. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Przystępujący tę sprzeczność wyjaśnił, jednoznacznie oświadczając, że zobowiązuje się spełnić wymagania w przedmiotowym zakresie, a także wskazując, że dodatkowa treść ma charakter niewiążącej sugestii, to – negatywnie oceniając zamieszczanie takich dodatkowych sugestii w dokumentach ofertowych – należy stwierdzić, że odrzucenie oferty z tego powodu nie byłoby uzasadnione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: