

Sygn. akt: KIO 984/13

KIO 991/13

WYROK

z dnia 16 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **OPTeam S.A., ul. Tajęcina 113, 36-002 Jasionka**
- B. w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **SMT Software S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **NEWIND Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 991/13 i 984/13 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Ingrifo Sp. z o.o., sp.k. ul. Ursynowska 72, 02-605 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 991/13 i 984/13 po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy **OPTeam S.A., ul. Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 991/13 po stronie zamawiającego
- D. wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 991/13 po stronie zamawiającego i o sygn. 984/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. 984/13

2. Oddala odwołanie o sygn. 991/13

3. kosztami postępowania obciąża OPTeam S.A., ul. Tajęcina 113, 36-002 Jasionka i SMT Software S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez OPTeam S.A., ul. Tajęcina 113, 36-002 Jasionka i SMT Software S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław tytułem wpisów od odwołań,

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

KIO 984/13

Zamawiający Ministerstwo Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „zakup Centralnego Systemu Monitorowania”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia Dz. U. z 11 grudnia 2012 r. nr S 238-392225.

Odwołujący OPTeam SA wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. (zwanego dalej „Ingrifo”), od czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu wyjaśnień Wykonawcy Ingrifo w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jako potwierdzających, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Ingrifo, od zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Ingrifo pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Ingrifo, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności określony w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 przejawiający się w wyborze oferty Wykonawcy Ingrifo, która jest sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego oraz Zamawiającego, a dodatkowo utrudnia w sposób nieuprawniony Odwołującemu dostęp do rynku w szczególności rynku zamówień publicznych, od zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez OPTeam jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, od zaniechania czynności odtajnienia zastrzeżonych przez INGRIFO wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oferty stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2013 r. jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo iż Wykonawca Ingrifo nie potwierdził istnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które dawałyby możliwość uznania złożonych wyjaśnień za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, od zaniechania czynności wezwania Wykonawcy Ingrifo do złożenia wyjaśnień dotyczących przyczyn utajnienia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2013 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego Postępowania następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie przedmiotowego Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Ingrifo niezgodnie z przepisami ustawy PZP, art. 8 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie

Postępowania z wyłączeniem zasady jawności pomimo braku przesłanek ku temu przejawiające się w zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy Ingrifo dotyczących zaoferowanej ceny, które nie zawierały informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechania uzyskania wyjaśnień dotyczących przyczyn utajnienia złożonych przez Wykonawcę Ingrifo wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ingrifo pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione uznanie, że oferta INGRIFO nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ingrifo, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione uznanie wyjaśnień Wykonawcy Ingrifo jako potwierdzających, iż oferta Wykonawcy Ingrifo nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty INGRIFO, art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieuzasadniony wybór oferty Wykonawcy Ingrifo jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty OPTeam jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Ingrifo jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz o dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, dokonanie odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez Wykonawcę Ingrifo, dokonanie wyboru oferty złożonej przez OPTeam jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sformułował zarzut nieuprawnionego uznania wyjaśnień Wykonawcy Ingrifo jako potwierdzających, iż zaoferowana przez Wykonawcę Ingrifo cena nie jest rażąco niska, a także zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Ingrifo z racji na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, iż cena oferty złożonej przez Wykonawcę Ingrifo znacząco odbiega od pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Ceny pozostałych pięciu wykonawców zostały skalkulowane na znacznie wyższym poziomie. Tym samym, w ocenie Odwołującego, cena złożonej przez Wykonawcę Ingrifo oferty nosi znamiona rażąco niskiej i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawcy Ingrifo do złożenia wyjaśnień, jednak ich ocena, zdaniem Odwołującego, narusza art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż pojęcie „rażąco niskiej” ceny nie zostało zdefiniowane w przepisach

stawy Prawo zamówień publicznych, jednak jego zdefiniowaniem wielokrotnie zajmowało się orzecznictwo sądowe, które wskazywało m.in., że: pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Odwołujący przywołał opinię Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą rażąco niskiej ceny, w świetle której „(...) wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień”

Odwołujący stwierdził, że samo porównanie cen pozostałych ofert w postępowaniu obligowało Zamawiającego do podjęcia niezbędnych działań w celu weryfikacji czy Wykonawca Ingrifo daje rękojmię wykonania przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący wskazał, że punktem odniesienia dla uznania ceny za rażąco niską powinny być w szczególności ceny rynkowe przedmiotu zamówienia, jak również szacunkowa wartość zamówienia oraz ceny innych ofert w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że doświadczenie Odwołującego w realizacji podobnych zamówień, które przekłada się na precyzję wykonanej w celu wycenienia niniejszej oferty kalkulacji, jak i ogólna wiedza Odwołującego na temat branży prowadzą do wniosku, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Ingrifo znacznie odbiega od cen rynkowych za rzeczywiste koszty realizacji zamówień tożsamyh do przedmiotowego zamówienia i należy uznać, iż jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób bezzasadny dokonał wyboru oferty Wykonawcy Ingrifo jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w całkowicie nieuprawniony sposób przyjmując, iż złożone przez Wykonawcę Ingrifo wyjaśnienia potwierdzają, iż cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest ceną gwarantującą należyte wykonanie niniejszego zamówienia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Okoliczność użycia przez ustawodawcę określenia „odrzuca” bezsprzecznie wskazuje na fakt, że jest to obowiązek Zamawiającego, a nie przekazana mu do swobodnego stosowania kompetencja, z której może korzystać według swojego uznania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że wybrany oferent zaoferował takie rozwiązania, które pozwoliły mu uzyskać przewagę gospodarczą nad innymi Wykonawcami. Rozwiązanie przyjęte przez Odwołującego jest nieporównywalne w sensie gospodarczym z najkorzystniejszą ofertą, gdyż Wykonawcy ci działali w różnych uwarunkowaniach gospodarczo - ekonomicznych. Zgodnie z złożonymi wyjaśnieniami, Wykonawca Ingrifo wykazał, że jego cena jest realną i wiarygodną ceną rynkową, która gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający badając ofertę Ingrifo i złożone

wyjaśnienia uznał, iż cena zaoferowana przez Ingrifo nie nosi znamion ceny rażąco niskiej gdyż ma uzasadnienie gospodarcze. Różnica ceny w stosunku do innych Wykonawców znajduje uzasadnienie w przedmiocie oferty i przyjętych rozwiązaniach.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w obecnej sytuacji rynkowej rozbieżności cenowe pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców, jak również kwot jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na dane zamówienia występują bardzo często, co jest wynikiem przygotowywania zindywidualizowanych ofert w oparciu o wynegocjowane ceny z producentami oferowanego sprzętu bądź oprogramowania jak również obniżeniu marży na konkretnych elementach składających się na cenę oferty.

Ponadto Zamawiający argumentował, że celem każdego Wykonawcy przystępującego do przetargu jest jego wygranie i zdobycie zyskownego kontraktu a nie składanie oferty w celu pogorszenia swojej sytuacji finansowej a tym samym działanie sprzeczne z podstawowym interesem gospodarczym każdego Wykonawcy.

Wykonawca Ingrifo, który zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego podniósł w złożonym piśmie procesowym, że jego wyjaśnienia: „zawierały wszystkie wskazane wyżej elementy, co spowodowało, iż Zamawiający nie miał podstaw, by ich nie uznać. Wykazano w nich bezspornie, że oferta Ingrifo zawierała pełną wycenę wszystkich elementów znajdujących się w SIWZ. Co więcej, cena obliczona została w oparciu o skrupulatnie przygotowaną kalkulację. Prace związane z opracowaniem oferty cenowej zostały przeprowadzone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (obejmuje ona wszelkie wymagania techniczne, prawne i organizacyjne planowanego systemu) przy uwzględnieniu najkorzystniejszych stawek rynkowych za wymienione towary i usługi. Zaproponowana cena zawierała w sobie wszystkie koszty związane z oferowanym świadczeniem oraz obejmowała zysk Ingrifo, pozwalając jednocześnie na realizację przedmiotu zamówienia z zachowaniem należytej staranności, jakiej oczekuje się od profesjonalnych uczestników obrotu.

Fakt, iż cena ofertowa jest niższa niż szacunki Zamawiającego, czy ceny ofertowe zaproponowane przez innych wykonawców, wynika z zastosowania odmiennych rozwiązań technicznych i przyjęcia optymalnej metody wykonania zamówienia. Co więcej, przy obliczaniu ceny wzięto pod uwagę wystąpienie wyjątkowo korzystnych dla Wykonawcy warunków realizacji przedmiotowego zamówienia. Ingrifo, dokonując kalkulacji cenowej na potrzeby ww. postępowania, opierał się na własnym wieloletnim doświadczeniu w zakresie dostarczania rozwiązań informatycznych w tym szczególnie na projektach z zakresu budowy Centralnych Systemów Monitorowania. Praktyka nabyta w projektach opartych na zbliżonych do przedmiotowego rozwiązaniach (potwierdzona w szczególności w załączonym do oferty wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw/usług) pozwala Wykonawcy na szybsze i sprawniejsze wykonanie przedmiotu zamówienia, co bezpośrednio przekłada się na wysokość

ponoszonych kosztów, przyczyniając się w sposób oczywisty do ich obniżenia. Doświadczenia nabyte w poprzednich projektach pozwoliły zespołowi osiągnąć biegłość w analizie merytorycznej oraz pracach wdrożeniowych, co skutkuje tym, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie pozwalające mu na osiągnięcie większej skuteczności wdrożeniowej niż inni konkurenci. Tym samym można uznać, że Ingrifo posiada dzięki własnemu doświadczeniu, w ramach swojego *know-how*, szereg „prefabrykatów” przyspieszających wykonanie zamówienia, a co za tym idzie obniżających koszty realizacji zamówienia.”

Odwołujący uznał, że złożenie przez Wykonawcę Ingrifo oferty w niniejszym postępowaniu należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie Zamawiający, powinien działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy PZP odrzucić ofertę złożoną przez tego Wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy Ingrifo narusza art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.” W ocenie Odwołującego, działań Wykonawcy Ingrifo nie można uznać za zgodne z prawem i dobrymi obyczajami. Służą one wyłącznie bezprawnemu uzyskaniu zamówienia publicznego oraz utrudnieniu Odwołującemu dostępu do rynku w szczególności rynku zamówień publicznych. Odwołujący w ślad za orzeczeniem Sądu Najwyższego z *dnia 1 grudnia 2004r., III CK 15/04 wskazał, że dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy.*

Podnosząc zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy Ingrifo dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Odwołujący wskazał, że w jego ocenie nieuprawnione było zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny dokonanego przez Wykonawcę Ingrifo, co naruszyło art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podniósł, że jawność działań zamawiającego i wykonawców to podstawowa zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jeden z mechanizmów kontroli mających na celu ograniczenie ewentualnych nadużyć. Umożliwia on uczestnikom postępowania wzajemną kontrolę, jednocześnie zwiększając konkurencyjność postępowania. Odwołujący podniósł, iż Wykonawca Ingrifo w nieuprawniony sposób dokonał

zastrzeżenia jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa swoich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2013 r. Odwołujący argumentował, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować dowolności działań wykonawców w tym zakresie. Jednocześnie Zamawiający zaniechał uzyskania wyjaśnień od Wykonawcy Ingrifo wskazujących na przesłanki uprawniające do zastrzeżenia pisma w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny co w ocenie Odwołującego było nieuprawnione. Tym samym, w ocenie Odwołującego, działania Zamawiającego naruszają art. 8 ust. 1 i 3 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dla zapewnienia realizacji nadrzędnej zasady jawności postępowania, a przy tym także realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców ma obowiązek każdorazowego weryfikowania zastrzeżenia tajności złożonych przez wykonawców dokumentów. Odwołujący podzielił pogląd zawarty w wyroku *KIO z dnia 31 marca 2009 r., (sygn. akt KIO/UZP 338/09)*: „Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób co mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tej tajemnicy w sposób uprawniony.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie odtajniając wyjaśnień Wykonawcy Ingrifo, które stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, że naruszyłyby je dopiero, gdyby podjął decyzję o odtajnieniu. Jak podniósł Zamawiający, wola Wykonawcy Ingrifo, wyrażona w ofercie oraz wyjaśnieniach z dnia 3 kwietnia 2013 roku (co do zaoferowanej ceny) aby podjęte działania aby przedłożone w postępowaniu informacje nie trafiły do pewnych kół odbiorców, w tym konkurentów była wyraźna i precyzyjna. Zamawiający wskazał, że brak jest tzw. zwykłych możliwości pozyskania zastrzeżonych informacji. Zamawiający wyjaśnił, że sprawdził w zasobach internetu, w tym na stronie internetowej Ingrifo, czy zastrzeżone w ofercie oraz w wyjaśnieniach informacje zostały upublicznione. Informacji tych Zamawiający nie znalazł. Tym samym Zamawiający uznał, że Ingrifo podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Powyższe w ocenie Zamawiającego przesądziło o spełnieniu warunków zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa i nieujawniania informacji zawartych w wyjaśnieniach. Jak argumentował Zamawiający, dane zawarte w udzielonych wyjaśnieniach są konkretne, pewne i szczegółowe, zatem rezultatem badania Zamawiającego była pozytywna weryfikacja zastrzeżenia informacji złożonych przez Wykonawcę Ingrifo jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę wyjaśnień naruszałoby tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jest to kontynuacja

zastrzeżonych elementów oferty tj. komponentów z jakich Wykonawca planuje zbudowanie Systemu. Ponadto Zamawiający wskazał, że kalkulacja cenowa stanowi informacje o charakterze gospodarczym, żaden z elementów kalkulacyjnych kosztów nie jest ujawniony do wiadomości publicznej a sposób doboru komponentów podlegających wycenie stanowi know-how firmy, a Wykonawca w pierwotnych wyjaśnieniach podał informacje jakie podjął czynności w celu zachowania ww. informacji w poufności.

KIO 991/13

Odwołujący SMT Software S.A. (zwany dalej Wykonawca SMT lub Odwołujący SMT) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3; art. 89, ust. 1, pkt 2,3,4 oraz art. 90, art. 91 ust. 1 i innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. jako najkorzystniejszej; odrzucenie oferty Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. jako oferty z rażąco niską ceną, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; odrzucenie oferty OPTeam jako oferty z rażąco niską ceną, jeśli wyjaśnienia do których uprzednio zamawiający winien OPTeam wezwać nie wykażą rzetelności ceny; dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z zasadami oceny w świetle kryteriów podanych w SIWZ; wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy Ingrifo nie mogą być uznane za wiarygodne i tym samym mimo ich złożenia oferta winna być odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4) ustawy. Zdaniem Odwołującego, porównanie ceny oferty tego Wykonawcy do pozostałych złożonych ofert, prezentujących wszelkie znane na rynku metodyki wykonania przedmiotu zamówienia, wskazuje na brak możliwości uznania wyjaśnień za wiarygodne.

Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaproponowane ceny zaoferowane w pierwszych dwóch ofertach. Przedmiotem zamówienia jest Centralny System Monitorowania wszystkich systemów informatycznych i użytkowników Ministerstwa Finansów (także systemów powiązanych), który obecnie podlega bardzo dynamicznemu rozwojowi. Odwołujący podniósł okoliczność, że minimalny zakres czynności, który wymuszony jest wymaganiami SIWZ wyceniany jest w podobnych zamówieniach przy zachowaniu żądań takich jak sformułowane przez Ministerstwo Finansów na kwoty co najmniej ok 4 800 000 zł brutto i cena ta musi obejmować szeroko zakrojone działania związane z co-najmniej 7-8 ośmioma etapami, w których bierze udział kilku wysokiej klasy ekspertów i które zawierają szereg usług i dostaw nie licząc dostaw licencji i oprogramowania.

W ocenie Odwołującego zaoferowana cena może wynikać z zaproponowania rozwiązań opartych częściowo o open source'owe oprogramowanie, które biorąc pod uwagę jakościowe wymagania SIWZ co do SLA (poziomu usług) nie pozwolą na wykonanie tego zamówienia bez znacznych dodatkowych kosztów związanych z poprawianiem błędów w czasie 48 miesięcznej gwarancji oraz z rozwojem i dopasowaniem tego oprogramowania do wymagań Zamawiającego w okresie 4 letniego okresu utrzymania. Wobec powyższego, zachodzi również określona w art. 89, ust. 1 pkt 2 ustawy, podstawa odrzucenia tej oferty.

Odwołujący podniósł także okoliczność, że Wykonawca OPTeam nie został wezwany do wyjaśnienia zaniżonej ceny. Zdaniem Odwołującego, także cena zaproponowana przez tego wykonawcę nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że przyjął kryterium wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny do Wykonawców, którzy zaoferowali ceny poniżej 50% szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający nie powziął wątpliwości co do tego, że cena oferty Wykonawcy OPTeam jest rażąco niska i tym samym nie miał obowiązku wzywania OPTeam do złożenia wyjaśnień. Zamawiający argumentował także, że w obowiązującym systemie prawnym nie ma definicji rażąco niskiej ceny, zatem przyjęcie takiego założenia jest dozwolone i celowe dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Wezwania o wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny zostały wysłane do Ingrifo oraz Henwar. Tym samym Zamawiający uznał, że dochował obowiązku wynikającego z art. 90 ust 1 Ustawy. Zamawiający wyjaśnił także w trakcie rozprawy, że zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Zamawiającego na przestrzeni innych postępowań przetargowych i realizacji zamówień, możliwa jest realizacja zamówienia także, gdy ceny zaoferowane w postępowaniu oscylują wokół 50 % wartości ceny szacowanej przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego w przypadku wykonawców Newind Grupa Apator sp. z o.o. oraz Tradex System sp. z o.o. Zamawiający dokonał oceny ofert z naruszeniem postanowień SIWZ. SIWZ zawiera w Rozdziale XI, punkt 3 instrukcję sposobu przygotowania oferty. W podpunkcie 7) wskazano, że oferta musi zawierać „informacje na temat sposobu licencjonowania Oprogramowania przeznaczonego do zbudowania Systemu umożliwiającego wykorzystanie nielimitowanej ilości licencji: a) licencje nielimitowane (model korporacyjny) dla oferowanego produktu w zakresie warstwy korelacji zdarzeń b) licencje nielimitowane (model korporacyjny) dla oferowanego produktu w zakresie warstwy prezentacji i logiki biznesowej aplikacji o ile Wykonawca ubiega się o przyznanie mu punktów w kryterium Ocena nielimitowanego licencjonowania produktu.” W rozdziale XVI Kryteria Oceny Ofert Zamawiający podał, że w ramach kryterium „Ocena nielimitowanego licencjonowania produktu” można uzyskać 30% całej oceny oferty, które można uzyskać za wypełnienie dwóch składników tego kryterium (podkryteriów): Maksymalna możliwa do

zdobycia liczba punktów za ocenę spełnienia nielimitowanego licencjonowania Oprogramowania przeznaczonego do zbudowania Systemu wynosi 10 pkt, co po przemnożeniu przez podaną wagę (30%) daje szansę zyskania 30 pkt w całości (100 procentach) oceny. Taką też liczbę punktów przyznano ofertom Wykonawców Newind oraz Tradex. Zdaniem Odwołującego jest to ocena nieprawidłowa. W Załączniku B do SIWZ, Zamawiający podał tabelkę według, której Wykonawca miał zawrzeć „Opis oferowanych komponentów” w tym „Informacje na temat sposobu licencjonowania komponentów Systemu w następującym zakresie: W kolumnie oznaczonej literą „A” punkty (3) można było uzyskać za sposób licencjonowania w zakresie korelacji zdarzeń. Aby uzyskać w tej kolumnie trzy (3) punkty zaproponowane rozwiązanie na liście komponentów musiały być tylko takie, które albo „pozwalały na przetwarzanie nieograniczonej liczby źródeł zdarzeń” albo nie brały udziału w przetwarzaniu zdarzeń. Wystarczyło więc, aby jeden z komponentów na liście nie spełniał tego warunku, aby otrzymać zero punktów.

Odwołujący wskazał na okoliczność, że Wykonawcy Newind i Tradex zaproponowali rozwiązanie oparte na technologii firmy IBM. Jednocześnie aby zaproponować rozwiązanie w warstwie korelacji zdarzeń, konieczne jest zaproponowanie co najmniej następujących komponentów i licencji na ich użytkowanie, (nazwy własne): Netcool network management base install (jest to oprogramowanie i licencja, która uprawnia do instalacji oprogramowania na jednym serwerze) oraz Netcool network management event EMS License (licencja ta uprawnia do integracji powyższego komponentu Netcool z jednym zewnętrznym systemem klasy EMS). Komponent 1 zgodnie z postanowieniami udzielanej przez producenta licencji może być zainstalowany i uruchomiony na jednym serwerze. Licencja numer 2 pozwala na przetwarzanie zdarzeń z zewnętrznego systemu klasy EMS i nielimitowanej liczby urządzeń monitorowanych przez ten konkretny system EMS.

Wymaganie Zamawiającego pozwalające na uzyskanie punktów w tym podkryterium sprowadza się do możliwości nieograniczonego a więc zarówno np. w sensie liczbowym jak i czasowym monitorowania nieskończonej liczby źródeł zdarzeń. Wymaganie to, zdaniem Odwołującego nie jest spełnione, ponieważ rozwiązanie takie jest ograniczane liczbą zakupionych licencji 2. Niezbędne byłoby, zaoferowanie przez Wykonawców Newind i Tradex nieograniczonej liczby takich licencji 2, co nie miało miejsca. Z powyższego wyводу zdaniem Odwołującego wynika, że Zamawiający nie powinien przydzielić trzech punktów firmom Newind i Tradex.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niesłusznie przyznał Wykonawcy SMT niższą niż maksymalną liczbę punktów za spełnienie kryterium „Sposób licencjonowania w ramach zaproponowanego rozwiązania będzie pozwalał na przetwarzanie zdarzeń z nieograniczonej ilości źródeł zdarzeń środowiska Zamawiającego (warstwa korelacji zdarzeń).” Odwołujący w tym zakresie wskazał na okoliczność, że oferowany przez niego produkt pozwala na

przetwarzanie zdarzeń z nieograniczonej liczby źródeł zdarzeń. Odpowiedź „NIE” zawarta w tabeli w kolumnie A w wierszu 4 temu nie przeczy, gdyż pytanie w nagłówku tej tabeli odnosi się do ograniczenia liczby licencji. Oferowana liczba licencji jest ograniczona, jednak nie występuje ograniczenie co do liczby źródeł zdarzeń, a to było oceniane w ramach kryterium (roz XVI. Ust. 2 wiersz pierwszy tabeli).

Zamawiający w rozdziale XI ust. 3 punkt 7) zawarł żądanie, że Wykonawca dla uzyskania maksymalnej oceny w ramach tego kryterium powinien zawrzeć informację na temat sposobu licencjonowania Oprogramowania przeznaczonego do zbudowania Systemu umożliwiającego wykorzystanie Nielimitowanej ilości licencji. Kryterium oceny była nie „nielimitowana ilość licencji” lecz ”sposób” licencjonowania pozwalający na przetwarzanie zdarzeń z nieograniczonej ilości źródeł”, co zdaniem Odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości w ofercie SMT.

KIO 884/13

KIO 991/13

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań.

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu zostało złożonych 6 ofert: Oferta Wykonawcy Ingrifo, zawierająca najniższą cenę wynoszącą 1472 679,00 zł, oferta Wykonawcy Henwar 2105 938,35 zł (2 590 304,17zł zVAT)), oferta Wykonawcy OPTeam 3 628 500,00 zł, oferta Wykonawcy SMT 5 166 000,00 zł, oferta Wykonawcy Newind 5 311 549,59 zł, oferta Wykonawcy Tradex 8 775 681,00 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 7000000zł brutto. Ustalono ponadto, że Zamawiający wezwał 28 marca 2013 roku wykonawcę Ingrifo oraz Henwar do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny. Jak wyjaśnił Zamawiający, skierował wezwanie do tych wykonawców, których zaoferowane ceny wynosiły mniej niż 50% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Wykonawcy, w tym Ingrifo, złożyli wyjaśnienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniach, mieliby szansę uzyskać zamówienie.

Zarzut rażąco niskiej ceny (podniesiony w obydwu odwołaniach).

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało sprecyzowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zatem okoliczność, czy oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, powinna zostać zweryfikowana indywidualnie, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności danego zamówienia. Orzecznictwo sądowe jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazywało na szereg sposobów oceny, porównania zaoferowanej ceny celem określenia, czy jest ona rażąco niska. Można zweryfikować zaoferowaną cenę np. poprzez porównanie jej do wartości zamówienia szacowanej przez Zamawiającego lub też poprzez porównanie cen ofert złożonych w konkretnym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, porównując oferty złożone w niniejszym postępowaniu należy zauważyć, że były one zróżnicowane. Różnica pomiędzy najtańszą ofertą złożoną w postępowaniu, a ofertą najdroższą wynosiła 7303002 złote.

Odnosząc cenę oferty Wykonawcy z najniższą ceną do ceny szacowanej przez Zamawiającego, należy podkreślić, że niezależnie od ceny zaoferowanej w ofercie Wykonawcy Ingrifo, oferty dwóch innych wykonawców zawierały ceny, których wysokość była zbliżona do 50% szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Nie można więc uznać, że jedynie wykonawca Ingrifo zaoferował cenę znacząco niższą niż cena wynikająca z szacunków Zamawiającego.

Podstawowe znaczenie w niniejszej sprawie ma fakt, że sposób realizacji zamówienia (przyjęte rozwiązania) w znacznym stopniu pozostawiony został do uznania wykonawców. To wykonawcy mogli decydować o ilości osób zatrudnianych na poszczególnych etapach przedsięwzięcia (Zamawiający w SIWZ określił jedynie minimum w tym zakresie). Także sposób wykonania części prac (u Zamawiającego lub zdalnie) pozostawiony został wykonawcom. Zamawiający podkreślał, że sporządzanie dokumentów czy ich analiza mogły odbywać się poza siedzibą Zamawiającego.. To wykonawcy także decydowali o doborze komponentów, zaś ceny tych komponentów są zróżnicowane i zależą od możliwości, pozycji na rynku, zasad współpracy z dostawcami oprogramowania i innych szczególnych okoliczności dotyczących danego wykonawcy. Wykonawcy w niniejszym postępowaniu działali zatem w różnych uwarunkowaniach gospodarczo – ekonomicznych, tym samym ceny w ich ofertach są zróżnicowane, zatem trudne do porównania.

Z powyższych względów także porównanie do szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia nie może być miarodajne dla ustalenia, czy cena zaoferowana przez wykonawcę Ingrifo ma charakter ceny rażąco niskiej, gdyż na cenę ofertową decydujący wpływ miał przyjęty przez danego wykonawcę sposób realizacji zamówienia, w szczególności co do doboru komponentów, a sposób doboru zależał wyłącznie od danego wykonawcy. Tym samym na cenę znaczący wpływ miały okoliczności dotyczące

indywidualnie każdego z wykonawców.

W trakcie rozprawy sam Odwołujący SMT podniósł, że zamówienie można zrealizować za cenę 4-5 mln zł, a kwota ta znacznie odbiega od szacowanej przez Zamawiającego ceny 7 mln zł. Tym samym samo porównywanie cen ofertowych do szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia nie może stanowić o tym, czy cena jest rażąco niska.

Przede wszystkim jednak, przy ocenie, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, należy mieć na uwadze złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, które stanowią podstawę oceny (wskazaną także w ustawie).

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia wykonawcy Ingrifo i uznając, że uzasadniają one wysokość zaoferowanej ceny.

Stwierdzić należy, że wyjaśnienia te obejmują elementy zamówienia wyszczególnione w SIWZ, zawierają kalkulacje tych elementów, wskazują także, że wykonawca ten uwzględnił co najmniej minimalne wymogi Zamawiającego. W zakresie wynagrodzeń osób zatrudnionych przy wykonaniu zamówienia, nie odbiegały od średnich cen rynkowych. W treści wyjaśnień, wykonawca Ingrifo wskazał, że w złożonej ofercie zaproponował odmienne rozwiązania techniczne od rozwiązań zaproponowanych przez pozostałych wykonawców i przyjął optymalną metodę wykonania zamówienia. Wykonawca Ingrifo podkreślił również fakt posiadania przez tego wykonawcę wieloletniego doświadczenia z zakresu budowy Centralnych systemów Monitorowania, które umożliwiają szybsze i sprawniejsze wykonanie zamówienia. Szybkość i sprawność w realizacji zamówienia pozwala na obniżenie kosztów wykonawcy, a tym samym – zaoferowanie wykonania zamówienia za niższą cenę.

W ocenie Izby zastosowanie przez Wykonawcę Ingrifo odmiennych rozwiązań technicznych powoduje, że ocena kryterium rażąco niskiej ceny nie może zostać dokonana przez proste porównanie ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę z cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. Różnica ceny w stosunku do innych Wykonawców znajduje uzasadnienie w przedmiocie oferty i przyjętych rozwiązaniach. Zamawiający, w ocenie Izby, był więc uprawniony ocenić, że z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że jego cena jest realną i wiarygodną ceną rynkową, która gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający badając ofertę Ingrifo i złożone wyjaśnienia mógł uznać, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę Ingrifo nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, gdyż ma uzasadnienie gospodarcze.

Odwołujący przedstawiali w trakcie rozprawy symulacje cenowe, przyjmując jednak założenia i rozwiązania zaproponowane przez samych Odwołujących, które nie muszą znajdować odzwierciedlenia w rozwiązaniach zaproponowanych przez Wykonawcę Ingrifo. Symulacje te mogłyby stanowić podstawę do oceny rażąco niskiej ceny przy założeniu, że zaproponowany przez wszystkich wykonawców sposób realizacji zamówienia jest identyczny w zakresie

przyjętych rozwiązań także co do komponentów lub innych czynników cenotwórczych i takie same są także potencjalne możliwości wykonawców w zakresie realizacji zamówienia. Jednakże założenie takie jest założeniem zbyt daleko idącym, biorąc pod uwagę dużą dowolność pozostawioną wykonawcom przy wyborze sposobu realizacji zamówienia oraz zróżnicowany potencjał, jakim dysponują poszczególni wykonawcy. Dlatego też przedstawione przez Odwołujących symulacje mogą świadczyć o potencjalnych możliwościach Odwołujących w zakresie realizacji zamówienia, ale możliwości tych nie można odnosić do pozostałych wykonawców.

W ocenie Izby brak było podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy Ingrifo w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy Ingrifo narusza art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.”

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznano czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich sprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu nie może być mowy o celowym i zawinionym działaniu Wykonawcy Ingrifo, które byłoby nastawione na utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom. Fakt, iż oferta Wykonawcy Ingrifo nie zawiera rażąco niskiej ceny powoduje, że niezasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący działań wykonawcy Ingrifo w zakresie ustalenia ceny, które to działania miałyby mieć na celu utrudnianie innym przedsiębiorcom dostęp do rynku poprzez wymuszenie na klientach wyboru kontrahenta. Wykazanie przez wykonawcę Ingrifo, iż jego oferta została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich elementów na jakie wskazywała SIWZ, w tym także z uwzględnieniem zapewnienia zysku i zastosowaniem stawek nieodbiegających od rynkowych powoduje, iż działanie wykonawcy Ingrifo nie nosi znamion działań sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami, a jedynie jest ofertą konkurencyjną. Nie może zatem jej złożenie być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponieważ nie stwierdzono, że Wykonawca Ingrifo zaoferował rażąco niską cenę, więc w

ocenie Izby brak jest podstaw do uznania że Wykonawca ten popełnił czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie odtajnienie wyjaśnień Wykonawcy Ingrifo.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że Wykonawca Ingrifo w złożonej ofercie wskazał, iż zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje stanowiące wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób, opis oferowanych komponentów, informacje na temat sposobu licencjonowania. Wykonawca oświadczył w ofercie, iż ww. informacje nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, system informatyczny został zabezpieczony. W złożonych w dniu 3 kwietnia 2013 r. wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny zastrzegł utajnienie przekazanych informacji. Jak podniósł Zamawiający, a jego zdanie podziela Izba, złożone wyjaśnienia stanowią rozwinięcie ww. zastrzeżonych informacji z oferty. Dotyczą one bowiem komponentów Systemu, oraz szczegółowej kalkulacji ceny z ujawnieniem stosowanej marży, wynagrodzeń pracowników, innych kosztów oraz rozwiązań organizacyjnych.

Należy zauważyć, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny nie miały ogólnego charakteru. Stanowiły szczegółowe i kompleksowe zestawienie informacji na temat okoliczności mających wpływ na zaoferowaną cenę, w tym także wiele obliczeń składających się na sposób kalkulacji ceny oferty. W ocenie Izby, z uwagi na fakt, że przedstawione wyliczenia kompleksowo składały się na określenie wysokości zaoferowanej ceny, uprawnione było zachowanie ich poufności w pełnym zakresie.

Wykonawca Ingrifo wskazał, że dane objęte wyjaśnieniami nie były i nie są również powszechnie dostępne, a zatem podjęto stosowne kroki, by w dalszym ciągu zachowywane były w tajemnicy (jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zamawiający wyjaśnił, że sprawdził w zasobach internetu, w tym na stronie www Ingrifo, czy zastrzeżone w ofercie oraz w wyjaśnieniach informacje zostały upublicznione. Informacji tych Zamawiający nie znalazł. Tym samym Zamawiający uznał, że Ingrifo podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ww. regulacją, przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do

których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy łącznie zaistnieją trzy przesłanki: informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Okoliczność, czy zakres informacji powinien zostać objęty tajemnicą przedsiębiorstwa należy oceniać indywidualnie wobec każdego podmiotu. W ocenie Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy Ingrifo spełniły powyżej wymienione przesłanki niezbędne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy Ingrifo. Jak wskazano wyżej, wyjaśnienia te zawierają informacje dotyczące rozwiązań technicznych i organizacyjnych (dotyczących zaoferowanych komponentów, co stanowiło rozwinięcie informacji wskazanych w ofercie) oraz szczegółową kalkulację ceny. Wykonawcy w niniejszym postępowaniu byli uprawnieni do zachowania poufności w zakresie przyjętych rozwiązań, z tej możliwości skorzystał także sam Odwołujący OPTeam. Należy także zauważyć, że nie zostało dowiedzione, aby informacje w zakresie przyjętych rozwiązań przez Wykonawcę Ingrifo były udostępnione publicznie, tak więc należy uznać, że Wykonawca ten podjął niezbędne działania celem zachowania poufności tych informacji. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO/UZP 6/10 z dnia 1 marca 2010 r.: „opracowane przez wykonawcą na potrzeby zamówienia takie elementy oferty jak np. opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające "know-how" wykonawcy, jak i wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty, uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe, stanowią informację, która może podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe informacje stanowią zbiór informacji, który jest objęty ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

W związku z faktem, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zachowane zostały zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie doszło wobec tego do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby nie został naruszony art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty Ingrifo jako najkorzystniejszej, w oparciu o przyjęte kryteria.

Za nieuzasadniony także Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy OPTeam SA z postępowania z uwagi na rażąco niską cenę zaoferowaną przez tego wykonawcę.

Jak uprzednio zostało wskazane, ceny ofert w niniejszym postępowaniu są zróżnicowane, gdyż każdy z wykonawców oparł swoją ofertę o indywidualnie przyjęte rozwiązanie produktu (co ma wpływ na cenę z uwagi na indywidualnie wynegocjowane upusty), czy założenia. *Ponownie należy zauważyć, że w trakcie rozprawy sam Odwołujący SMT podniósł, że zamówienie można zrealizować za cenę 4-5 mln zł, a kwota ta znacznie odbiega od szacowanej przez Zamawiającego ceny 7 mln zł. Z powyższego wynika, że sam fakt, że zaoferowana cena była niższa od ceny szacowanej przez Zamawiającego nie oznacza, że cena była rażąco niska. Sam Odwołujący oszacował realizację zamówienia na cenę znacząco poniżej wyceny Zamawiającego.* Nie zostało także w żaden sposób przez Odwołującego udowodnione, co należy w przypadku przedmiotowego postępowania rozumieć przez rażąco nisko cenę. Wykonawca SMT nie wykazał, aby nie było możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną przez Wykonawcę OPTeam SA.

W ocenie Izby niezasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podnoszony przez Odwołującego SMT. Zgodnie z tym artykułem Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszym postępowaniu Odwołujący SMT nie wykazał, w jakim zakresie oferta Wykonawcy Ingrifo nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niższa cena oferty Wykonawcy Ingrifo nie oznacza automatycznie, że nie uwzględniono jakiejś części zamówienia, albo że nie ma możliwości zaoferowania rozwiązania o „standardach i parametrach” wskazanych przez Zamawiającego. Należy podkreślić także, że w trakcie rozprawy wyjaśniono, że rozwiązanie zaoferowane przez Wykonawcę Ingrifo nie opiera się na oprogramowaniu open source’owym, tym samym niezasadne okazało się przypuszczenie Odwołującego co do konieczności ponoszenia dodatkowych znacznych kosztów związanych z poprawianiem błędów w czasie 48 miesięcznej gwarancji oraz z rozwojem i dopasowaniem tego oprogramowania do wymagań Zamawiającego w okresie 4 letniego okresu utrzymania. Zamawiający, zdaniem Izby, był uprawniony, aby ocenić, że wszystkie elementy zamówienia zostały ujęte przez Wykonawcę Ingrifo w ofercie, gdyż wskazywały na to złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 3 kwietnia 2013 r.

W ocenie Izby Odwołujący SMT nie ma interesu w podniesieniu zarzutu niewłaściwej oceny ofert Wykonawców SMT, Tradex Systems sp. z o.o. i Newind sp. z o.o., gdyż odwołanie może być tylko uwzględnione, jeżeli naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Ustawy). Odwołujący uplasował się na pozycji 5. Zamawiający wskazał, że nawet gdyby uwzględniono punktację zgodnie z sugestią Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej pozostałby ten

sam, gdyż Odwołujący plasuje się na dalszych pozycjach, co nie daje mu możliwości uzyskania zamówienia. Jego oferta nie zajęłaby ani pierwszego ani nawet drugiego miejsca; tej okoliczności Odwołujący nie zakwestionował. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r, (sygn. akt; V Ca 3270/12 uwzględnienie odwołania może nastąpić tylko w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku nie została spełniona przesłanka do uwzględnienia odwołania wyrażona w art 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w postaci istotności wpływu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na wynik postępowania.

Na marginesie jedynie Izba zauważa, że Zamawiający wskazał w treści SIWZ, że dodatkowo będzie premiowane przyjęte przez wykonawcę rozwiązanie posiadające opcję Nielimitowanego licencjonowania i takie rozwiązania premiował w oparciu o treść tabeli wypełnianą przez Wykonawców. W SIWZ zawarto postanowienie, że: „(...) Suma otrzymanych punktów stanowić będzie wartość parametru ocenianej oferty, Maksymalna możliwa do zdobycia liczba punktów za ocenę spełnienia Nielimitowanego licencjonowania Oprogramowania przeznaczonych do zbudowania Systemu wynosi 10pkt i jest to wartość parametru Kmax.(...). Aby móc otrzymać dodatkowe punkty należało zaoferować Nielimitowane licencje i wpisać w tabeli załącznika B do SIWZ słowo TAK. Każdy z Wykonawców, który wpisał w ww. załączniku TAK, otrzymywał dodatkowe punkty. Tabele stanowiące treść SIWZ jak również sposób ich wypełnienia nie były przedmiotem odwołania na etapie wcześniejszym postępowania. Zatem tak przyjęty sposób ich wypełnienia stał się podstawą dokonania oceny przez Zamawiającego. Na marginesie także należy zauważyć, że Wykonawca Tradex Systems sp. z o.o. nie zaoferował rozwiązania wskazanego przez Odwołującego. Tym samym, w ocenie Izby nie zostało dowiedzione, aby ocena dokonana przez Zamawiającego poprzez przyznanie 30 punktów w kryterium Nielimitowanego licencjonowania oprogramowania była nieprawidłowa.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....