

**WYROK**

**z dnia 10 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ASSECO POLAND S.A., Kamsoft S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, 02 – 390 Warszawa, ul. Grójecka 186**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., Compugroup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide Matrix S.A., 01 – 633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddała odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ASSECO POLAND S.A., Kamsoft S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** i:**
  - 2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ASSECO POLAND S.A., Kamsoft S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**, tytułem wpisu od odwołania,

**2.2** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ASSECO POLAND S.A., Kamsoft S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala, 02 – 390 Warszawa, ul. Grójecka 186** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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**

Zamawiający prowadzi, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa rozwiązania analityczno-raportowego typu hurtownia danych służącego wykrywaniu nadużyć” (znak sprawy: AZP-2611 -38/10).

W toku przedmiotowego postępowania Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

> art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez jego niezastosowanie i nieodrzczenie oferty Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A, pomimo, iż oferta ta nie spełnia wszystkich wymagań określonych w SIWZ - tj. zawiera niezgodnie z warunkami SIWZ ograniczenia w zakresie udzielenia licencji i przeniesienia majątkowych praw autorskich;

> art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez jego niezastosowanie i nieodrzczenie oferty Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

> art. 90 ust. 2 i 3 poprzez jego niezastosowanie i nieodrzczenie oferty Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A, w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia i dostarczone dowody potwierdzają, że oferta złożona przez ww. Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całości przedmiotu zamówienia;

> art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art.15 ust. 1pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. z 2003r., Nr 153, poz.1503);

> art. 7 ust. 1 poprzez niepodjęcie czynności wyjaśniających i błędną ocenę wartości wyjaśnień złożonych przez oferenta, a w konsekwencji nieodrzczenie oferty Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A;

> art. 7 ust. 3 poprzez bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości i o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
3. odrzucenie w całości oferty złożonej przez Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A,
4. przeprowadzenie ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający powołując się na skutecznie zastrzeżoną przez tego Wykonawcę tajemnicę przedsiębiorstwa, uniemożliwił stosowną weryfikację oferty w zakresie obejmującym opis oferowanego produktu, a w szczególności jego parametry. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż nieodtajnienie oferty w takim właśnie zakresie dotyczyło tylko i wyłącznie oferty złożonej przez Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A - co w kontekście obowiązków Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, stanowi zdaniem Odwołującego, ewidentne naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady równości.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż w swojej ofercie Wykonawca Konsorcjum: SAS Institute Sp. z o.o., CompuGrup Medical Polska Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A. zamieścił następującą nazwę oferowanego rozwiązania informatycznego: „SAS Fraud Detection Solution for Heath Care”. W ocenie Odwołującego, zakres licencji i autorskich praw majątkowych, jakie mają być udzielone i przeniesione na Zamawiającego jest znacząco ograniczony. Ograniczenie to odnosi się, zdaniem Odwołującego, do celów związanych z wykrywaniem nadużyć („Fraud Detection”), zaś zakres korzystania z tych uprawnień limitowany jest z jednej strony przeznaczeniem tego "produktu" (rozwiązanie dedykowane - "for Heath Care"), z drugiej zaś podmiotowo (korzystanie z rozwiązania wyłącznie przez podmioty prowadzące działalność związaną z sektorem ochrony zdrowia). Brzmienie zapisów SIWZ, w tym w szczególności "Załącznik nr 1 - opis przedmiotu zamówienia", jak również stanowiący Załącznik nr 4 - wzorzec umowy, nie pozostawiają żadnych wątpliwości w tym zakresie. W myśl tych zapisów, ani zakres licencji udzielanej Zamawiającemu na oprogramowanie gotowe, ani zakres przenoszonych na zamawiającego autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w wyniku wykonania umowy nie mogą być w żaden sposób ograniczone - ani w zakresie celów korzystania z oprogramowania, ani tym bardziej w zakresie cech podmiotu korzystającego z tego rozwiązania. Przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja, konfiguracja, integracja i wdrożenie rozwiązania analityczno-raportowego typu hurtownia danych (platformy AFD). Jedną z funkcji tego rozwiązania ma być wykrywanie nadużyć, jednakże nie może być mowy o ograniczeniu zakresu licencji (praw autorskich) do tego właśnie celu. Platforma AFD, według SIWZ, ma służyć generalnie jako narzędzie do analiz i raportowania. Równocześnie SIWZ nie dopuszcza jakiegokolwiek ograniczenia w

korzystaniu z praw autorskich do utworów składających się na platformę AFD, czy to w zakresie odnoszącym się do celów związanych z ochroną zdrowia („Health Care”), czy też ograniczeń podmiotowych. W tym kontekście Odwołujący zwraca uwagę na brzmienie zapisu § 8.5 pkt. 12 wzorca umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ). W powołanej klauzuli Zamawiający wyraźnie zastrzega możliwość udzielania sublicencji na korzystanie z utworów, co do których nabywa autorskie prawa majątkowe. Brak przy tym ograniczenia, iż beneficjentami takich sublicencji mogą być jedynie podmioty zajmujące się ochroną zdrowia, czy też ograniczenia, że oprogramowanie może służyć wyłącznie celom związanym z ochroną zdrowia.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, że powyższe ograniczenia, zostały uznane za istotne ograniczenia dotyczące przedmiotu umowy o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem jednego z konsorcjantów, tj. SAS Institute Sp. z o.o. W związku z powyższym, Urząd Zamówień Publicznych wszczął postępowanie wyjaśniające (dot. postępowania nr ZP/CZD/124/11 na "Dostawę oprogramowania wielostanowiskowego do analizy statystycznej" realizowanego przez Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”).

Nadto, Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że standardy licencyjne SAS Institute Sp. z o.o., dostępne chociażby na stronie internetowej, nie przewidują możliwości oferowania jakiegokolwiek oprogramowania w sposób nieograniczony (także przy użyciu licencji), co jest jednym z podstawowych wymogów SIWZ.

Odwołujący podkreśla, że zapewnienie równego udziału w postępowaniu jest nakazem prawa, realizowanym w ustawie Pzp, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do jednakowego podejścia do wszystkich oferentów. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Odwołującego, mamy do czynienia, z jednej strony, z zaniechaniem wyjaśnienia przez Zamawiającego istotnej kwestii ograniczeń zakresu udzielanych licencji i przenoszonych autorskich praw majątkowych, z drugiej zaś z dokonaniem przez Zamawiającego bardzo powierzchownych czynności zmierzających do ustalenia powodów złożenia przez Przystępującego oferty z tak rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji błędnego uznania, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia tej oferty, na podstawie przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stanowczo stwierdza, iż wybrana przez Zamawiającego oferta bez wątplenia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, jego stopień skomplikowania, nakłady pracy, niezbędne do należytej realizacji zamówienia, przy mocno konkurencyjnym rynku IT i zbliżonych marżach obowiązujących na rynku, należy stwierdza, że zaoferowana przez Przystępującego cena realizacji przedmiotowego zamówienia w znacznym stopniu odbiega

od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów, a także nie znajduje swojego odzwierciedlenia w realnej wartości przedmiotu zamówienia, którą Zamawiający oszacował. Odwołujący podaje, iż Zamawiający określił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na poziomie 2.618.033,00 zł netto, oferta cenowa złożona przez Przystępującego to kwota 994.853,00 zł netto, co stanowi 38 % szacowanej wartości przedmiotu zamówienia, podczas gdy ceny ofertowe pozostałych oferentów (w tym Odwołującego) oscylują realnie na poziomie ok 76 % wartości przedmiotu zamówienia, taka rozbieżność winna zostać przez Zamawiającego szczególnie dokładnie zbadana i wyjaśniona.

Odwołujący wskazuje tu na analizę podobnych projektów realizowanych przez jednego z Konsorcjantów i zwróca uwagę na fakt, że firma SAS Institute Sp. z o.o. składała w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznej oferty znacznie odbiegające cenowo od oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, pomimo iż przedmiot zamówienia był bardzo zbliżony do przedmiotu zamówienia z postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Przykładem może być postępowanie "Dostawa oprogramowania analityczno - raportowego oraz opracowanie i wdrożenie warstwy analityczno - raportowej Systemu Informacji Oświatowej", nr referencyjny: CIE-100/2010/W, zrealizowane przez Centrum Informatyczne Edukacji. Wybrano ofertę SAS Institute Sp. z o.o. której cena wynosiła 5.216 634,60 zł brutto. Innym przykładem może być postępowanie "Dostawa narzędzi do analiz Data Mining", nr ogłoszenia 366589-2010, zrealizowane przez Lubelski Oddział Wojewódzki NFZ. Wybrano ofertę SAS Institute Sp. z o.o., której cena wyniosła 500.000,00 zł. Należy tu zauważyć, że zakres tego postępowania obejmował tylko narzędzia analityczne data mining i ich wdrożenie. Postępowanie nie obejmowało narzędzi ETL, hurtowni danych, raportowania, zarządzania metadanymi oraz usług dotyczących budowy hurtowni danych. Postępowanie stanowiące przedmiot odwołania obejmuje te wszystkie elementy. Pomimo tego cena zaoferowanego oprogramowania w obu postępowaniach (będącego przedmiotem odwołania i postępowania prowadzonego przez Lubelski Oddział Wojewódzki NFZ) jest zbliżona.

Odwołujący zwraca uwagę, iż zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie KIO stanowiskiem, punktem wyjścia do oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia, ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu oraz ceny rynkowe usług tożsamyh z oferowanymi. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny może być też skutkiem czynu nieuczciwej konkurencji - jeśli wykonawca świadomie oferuje wykonanie zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług objętych zamówieniem w celu eliminacji innych oferentów (art.15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez Przystępującego jest właśnie przykładem ceny nierealnej, oderwanej od cen rynkowych. Jest jednocześnie ceną, która w

przekonaniu Odwołującego skutkuje koniecznością świadczenia przez tego oferenta usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia poniżej jego kosztów własnych. Zdaniem Odwołującego, nie ma realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego, świadczy o tym nie tylko oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia, lecz także ceny pozostałych oferentów - w tym także Odwołującego, który jest długoletnim dostawcą tego rodzaju produktów i usług na rynku IT i posiada pełną wiedzę w zakresie rzeczywistych ich kosztów.

W opinii Odwołującego, Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena ofertowa jest realną ceną, za którą jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, zobowiązany jest do szczegółowego wyjaśnienia wszystkich elementów ceny, które miały wpływ na jej wysokość.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdza, że obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego, powinien wynikać także z obawy o należyte wykonanie zamówienia.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Załącznik nr 2 do SIWZ stanowi formularz oferty, który w pkt 5 zawiera następującą treść: *„Oświadczam, że bez zastrzeżeń przyjmuję przedstawione przez Zamawiającego warunki umowne realizacji zamówienia określone we wzorze umowy załączonym do specyfikacji. Zobowiązuję się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”* Zaś, postanowienia § 8 wzorca umowy, opatrzonego tytułem *Licencje i prawa autorskie*, jak już z samej nazwy wynika, zawierają regulacje dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych.

Jednocześnie w myśl pkt 8 ppkt 2 SIWZ, *„oferta winna być sporządzona zgodnie z treścią formularza oferty załączonego do Specyfikacji. Wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, których treść musi być zgodna z formularzami załączonymi do SIWZ.”*

Oferta Przystępującego stanowi odwzorowanie treści zawartych w formularzu ofertowym, określonym w SIWZ. Zaś, dokumenty w postaci: koncepcji architektury rozwiązania, uzupełnionej tabeli wymagań, dokumentacji oferowanych produktów podstawowych AFD, ramowego harmonogramu prac zostały oznaczone przez Przystępującego, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Na wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 22 listopada 2011 r.) do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, Przystępujący odpowiadając na wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, podtrzymał swoją decyzję w zakresie charakteru tychże informacji (pismo z dnia 24 listopada 2011 r.). Odwołujący nie wnosil o ich odtajnienie.

Szacunkowa wartość niniejszego zamówienia została ustalona na kwotę 2.618.033,00 zł netto. Cena za realizację zamówienia zaproponowana przez Przystępującego kształtuje się na poziomie 994.853,00 zł netto, co stanowi 38% wartość szacunkowej zamówienia, zaś ceny pozostałych ofert stanowią około 76% tej wartości.

Przystępujący, w trybie przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Udzielając odpowiedzi w tym zakresie, Przystępujący zastrzegł ich poufność, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wnosił o odtajnienie złożonych wyjaśnień.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej, zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Oznacza to, iż wskazany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek dokonania oceny oferty w świetle wymagań określonych SIWZ, przy czym zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, weryfikacja winna dotyczyć oferty w rozumieniu *sensu largo*, w zakresie wymagań merytorycznych wyartykułowanych w SIWZ, a nie wymagań formalnych.

Zatem, Odwołujący chcąc wykazać naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi zakwestionować ocenę oferty, dokonaną przez zamawiającego, przedstawiając rozbieżności występujące między treścią oferty a treścią SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż aby skutecznie postawić zarzut, że *„zakres licencji i autorskich praw majątkowych, jakie mają być udzielone i przeniesione na Zamawiającego jest znacząco ograniczony”*, po pierwsze należałoby wykazać owo ograniczenie względem wymagań postawionych w tym zakresie w SIWZ, po drugie, ograniczenie to musi wynikać z treści oferty.

Z analizy treści oferty wynika, iż w pkt 5 Przystępujący zawarł oświadczenie, że warunki umowy przedstawione we wzorze umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, przyjmuje bez zastrzeżeń. Skoro zaś we wspomnianym wzorze, zawarte są postanowienia, odnoszące się do przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz udzielenia licencji, to oczywistym jest, iż przedmiotowe oświadczenie obejmuje również warunki umowy ten zakres normujące. W żadnym innym miejscu treść oferty nie odnosi się do rzeczonych zagadnień, powyższe zagadnienie nie jest również przedmiotem załączników dołączonych do oferty.

Odwołujący wskazując na rzekomą sprzeczność między treścią oferty a treścią SIWZ, w pierwszej kolejności wywodzi powyższe z nazwy produktu zaoferowanego w ramach niniejszego postępowania. W ocenie Odwołującego, zakres licencji ograniczony zostanie do celów związanych z wykrywaniem nadużyć („Fraud Detection”), zaś zakres korzystania z uprawnień limitowany jest z jednej strony przeznaczeniem tego produktu (rozwiązanie dedykowane - "for Health Care"), z drugiej zaś podmiotowo (korzystanie z rozwiązania



rozwiązania wyłącznie przez podmioty prowadzące działalność związaną z sektorem ochrony zdrowia). Zdaniem Izby, wnioski zaprezentowane przez Odwołującego są zbyt daleko idące i nieuprawnione. Po pierwsze wskazać należy, iż nazwa produktu jest nazwą własną nadawaną przez producenta w sposób dowolny. Producent nie jest zobowiązany do przyporządkowania nazwy produktu w taki sposób, aby wskazywał na zakres udzielanych licencji. Po drugie, zakres autorskich praw majątkowych, które mają być przeniesione na nabywcę, jak również zakres licencji, która ma być udzielona licencjonobiorcy ustalany jest na podstawie zawartej między stronami umowy (art. 41 ust. 1 pkt 1 oraz art. 66 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych). Skoro więc, przeniesienie autorskich praw majątkowych, czy udzielenie licencji następuje na podstawie umowy to zakres przeniesiony praw, jak również uprawnień do korzystania z utworu musi być odkodowany w oparciu o zawartą umowę, czy też zobowiązanie do jej zawarcia, odwołujące się do postanowień umowy, która ma w przyszłości wiązać strony.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego, należy stwierdzić, iż skoro Odwołujący w treści oferty zobowiązał się do udzielenia licencji i przeniesienia autorskich praw majątkowych, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, sporządzonego przez Zamawiającego, a źródłem nabycia, jak i korzystania z uprawnień do utworu jest umowa, to oczywistym jest, iż ustalenie zakresu rzeczonych praw następuje w oparciu o jej treść, a to z kolei prowadzi do wniosku, wobec przyjęcia przez Przystępującego wymogów Zamawiającego w tym zakresie, iż brak podstaw do stwierdzenia niezgodności między treścią oferty a treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje powoływanie się przez Odwołującego na standardowe warunki udzielanych licencji i politykę licencyjną stosowaną przez firmę SAS Institute Inc., bowiem powyższe nie jest przedmiotem oferty. Z okoliczności, iż jeden z członków Konsorcjum (Przystępującego) jest powiązany ze wskazaną firmą i wykorzystuje jej produkty, co do których Odwołujący jedynie domniemuje, iż stanowią elementy produktu zaoferowanego w niniejszym postępowaniu, nie sposób wywodzić, iż determinuje to zakres udzielanych licencji w ogóle, a tym bardziej w ramach niniejszego postępowania. Zaś, niemożliwym jest wykazanie, na podstawie powyższego, wobec braku stosownego potwierdzenia w tym przedmiocie w treści oferty, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ocena Odwołującego, iż Zamawiający nie zapewnił sobie kompleksowej ochrony w zakresie autorskich praw majątkowych, bowiem § 8 wzoru umowy w sposób wyczerpujący nie reguluje tej kwestii, również pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Powyższa argumentacja nie odnosi się bowiem w ogóle do kwestii rozbieżności między treścią SIWZ a ofertą, zaś sposób i prawidłowość zabezpieczenia interesów Zamawiającego nie stanowi przedmiotu niniejszego postępowania.

Z powyższych względów za nieprzydatną dla przedmiotowej sprawy należy uznać informację o toczącym się postępowaniu wyjaśniającym, dotyczącym udzielenia zamówienia publicznego na "Dostawę oprogramowania wielostanowiskowego do analizy statystycznej", przez Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka.

Konstatując, argumentacji w celu wykazania naruszenia treści SIWZ należy poszukiwać w treści oferty wykonawcy, a nie w okolicznościach, który mają jakikolwiek związek z wykonawcą, a nie znajdując odzwierciedlenia w treści oferty. Odwołujący, w niniejszym postępowaniu nie domagając się odtajnienia tej części oferty, która stanowi opis produktu, odebrał sobie w zancznym stopniu ewentualną możliwość wykazania sprzeczności między treścią oferty a treścią SIWZ. Natomiast próba wniskowania o zakresie licencji na podstawie nazwy produktu okazała się nieskuteczna, a tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 uznać należało za chybiony.

Podnoszony przez Odwołującego zarzut złożenia nieprawdziwych informacji w przedmiocie możliwości udzielenia licencji, Izba pozostawiła bez rozpoznania. Przedmiotowy zarzut nie był zawarty w odwołaniu, został zgłoszony dopiero na rozprawie i jako taki nie może być przedmiotem orzekania przez Izbę, na podstawie przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia tych okoliczności zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Z przepisu tego wynika, iż podstawą oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Zaś, ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego, po pierwsze, jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny, po drugie, w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny.

Zadanie to częstokroć nastrocza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię

gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane) i z tych przyczyn łatwo weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców.

Jednocześnie zauważyć należy, iż ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są właśnie te obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Istotne jest natomiast, żeby złożone wyjaśnienia dały możliwość dokonania oceny przez zamawiającego.

Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się Odwołującemu nieuzasadnione, mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). Okoliczności te z kolei dają podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest.

Zaś, skuteczne zakwestionowanie oceny dokonanej przez zamawiającego, na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny musi prowadzić, zgodnie z 6 k.c., do wykazania, iż ocena ta jest obarczona błędem i wskazywać przyczyny, które legły u podstaw tak dokonanej oceny.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, różnice między wartością szacunkową zamówienia a badaną ofertą oraz między ceną tej oferty a cenami innych ofert, nawet jeżeli są istotne, to nie mogą stanowić podstawy do rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zaprezentowane stanowisko nie daje się bowiem pogodzić z treścią przepisów art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które nakładają na zamawiającego obowiązek dokonywania oceny w zakresie rażąco niskiej ceny w oparciu o złożone wyjaśnienia wykonawcy.

Wskazane przez Odwołującego różnice powinny co najwyżej dać impuls do wdrożenia postępowania wyjaśniającego, jednakże rzeczony postępowanie, bez oczekiwania na sugestie wykonawców, zostało przez Zamawiającego przeprowadzone.

Skuteczne zgłoszenie przez Odwołującego zarzutu naruszenia przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę powyższe rozważania, poczynione w świetle wskazanych przepisów, opierać się musi na zakwestionowaniu złożonych wyjaśnień. Odwołujący musi zatem wykazać, iż ocena zamawiającego obciążona jest błędem, bowiem wykonawca składający wyjaśnienia w istocie nie wskazał na obiektywne czynniki kształtujące cenę albo też, że wymienione czynniki nie wpływają w taki sposób na cenę, iż uzasadniają wysokość ceny zaoferowanej w ofercie.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu w ogóle nie przeprowadził polemiki ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Przystępującego w treści złożonych wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Co więcej, Odwołujący sam pozbawił się możliwości ewentualnego skutecznego wykazania, iż ocena rzeczonych wyjaśnień, dokonana przez Zamawiającego jest wadliwa, nie domagając się odtajnienia tychże wyjaśnień. Skoro bowiem Odwołujący kwestionuje ocenę dokonaną przez Zamawiającego, a ocena ta z mocy przepisów prawa, następuje w oparciu o złożone wyjaśnienia, to bez dostępu do tychże wyjaśnień nie jest możliwe jej wzruszenie.

W świetle poczynionych rozważań, należy uznać, iż podstawą stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny może być jedynie brak wykazania, w toku wyjaśnień, obiektywnych czynników, które wpływają na wysokość zaproponowanej ceny, a nie wskazanie na różnice występujące w cenach ofert tego wykonawcy w innych postępowaniach, o porównywalnym przedmiocie zamówienia. Z tych względów, zaprezentowane przez Odwołującego w pismach procesowych, porównanie wielkości i przedmiotu zamówień, prowadzonych przez Centrum Informatyczne Edukacji i Lubelski Oddział Wojewódzki NFZ z tym, będącym przedmiotem badania w toku niniejszego postępowania i odniesienie cen zaoferowanych przez SAS Institute we wskazanych postępowaniach do ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu, nawet bez ustalenia, czy wskazany wykonawca składał ofertę samodzielnie, czy też wspólnie z innymi wykonawcami, w oceni Izby, jest nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Z tych przyczyn oraz z uwagi na brak tłumaczenia na język polski, Izba nie dopuściła w poczet dowodów dokumentu, stanowiącego załącznik do pisma Odwołującego, złożonego na rozprawie.

Konkludując rozważania w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, iż domniemanie faktyczne rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany

do złożenia wyjaśnień. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, iż wykonawca to domniemanie obalił, to rolą odwołującego jest wskazanie przyczyn, dla których taka ocena była nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 k.c.). Przy czym podstawą dla wskazania wadliwości działań zamawiającego jest treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i z tych względów, zdaniem Izby, pozbawił się możliwości wykazania, iż ocena wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jest obarczona błędem. Tym samym uznać należy, iż zarzut naruszenia przepisów art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy aktualizuje się również w sytuacji, w której złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Stwierdzenie tego czynu wymaga każdorazowo odwołania się do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wykazania wystąpienia znamion określających konkretny czyn.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący wskazał jedynie na przepis prawa, który definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, a którego popełnienia, zdaniem Odwołującego, dopuścił się Przystępujący. Tymczasem, powołanie się przez Odwołującego na art. 15 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, dla skuteczności wykazania naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wymaga po pierwsze, udowodnienia, iż Przystępujący dokonuje sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Nie chodzi tu oczywiście (zwłaszcza w przypadku działalności handlowej) o stratę na każdej sztuce towaru czy każdej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie. Po drugie, wykazania wymaga, iż sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), jest podejmowana w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Z użycia w art. 15 ust. 1 pkt 1 zwrotu "w celu" wynika, że czyn nieuczciwego zaniżania cen może być dokonany tylko świadomie, z winy umyślnej. Żadnej z tych okoliczności Odwołujący nie wykazał, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 należało uznać za chybiony.

W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....