

Sygn. akt: KIO 2202/12

WYROK

z dnia 22 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Agnieszka Bartczak-Żuraw

Katarzyna Brzeska

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **11 października 2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Integrated Solution Sp. z o.o.** (lider) **Telekomunikacja Polska S.A.** adres do korespondencji: **ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa Ministerstwo Rozwoju Regionalnego ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa**, przy udziale wykonawcy: **Trecom Sp. z o.o. S.K.A. ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum wykonawców: Integrated Solution Sp. z o.o. (lider), Telekomunikacja Polska S.A. adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego konsorcjum wykonawców: **Integrated Solution Sp. z o.o. (lider), Telekomunikację Polską S.A. adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa wraz z instalacją systemu telefonii VoIP, świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz usługa utrzymywania systemu telefonii VoIP (Dziennik Urzędowy UE 2012/S 154-257643 z dn. 11.08.2012 r.), dnia 11 października 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum firm: Integrated Solution Sp. z o.o. ,Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 1 października 2012 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Warszawie oraz o sklasyfikowaniu oferty odwołującego na drugiej pozycji według ustalonego kryterium oceny.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, tj.:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opisu koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP w ofercie Trecom Sp. z o.o. S.K.A, a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tego dokumentu,
- 3) zaniechania wykluczenia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A,
- 4) zaniechania odrzucenia oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A.,

- odwołujący zarzucił zamawiającemu: Ministerstwu Rozwoju Regionalnego w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.

- 1) art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 26 ust. 2b ustawy, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A., pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, że będzie dysponował zasobami podmiotu na doświadczenie i wiedzę którego się powołuje, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 2) art. 90 ust. 3 oraz art. 90 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A., podczas gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska,

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A, podczas gdy zaoferowane w opisie koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP urządzenia Cisco nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 8 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opisu koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP, a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tego dokumentu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wezwania do wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opisu koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP, zawartej w ofercie Trecom Sp. z o.o. S.K.A, a konsekwencji odtajnienie tego dokumentu,
- 3) wykluczenia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A oraz odrzucenie jego oferty.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. przedłożył wykaz usług, w którym w poz. 3 wskazał usługę realizowaną przez Netia S.A. Usługa miała potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 4.1.2. lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia udzielone przez Netia S.A. Z treści tego zobowiązania wynika, że spółka Netia S.A. „zobowiązała się do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przez wykonywaniu zamówienia”, w szczególności zaś, zobowiązała się „do wsparcia wykonawcy wiedzą, dostępnymi zasobami i doświadczeniem zgromadzonym w trakcie realizacji umowy na wykonanie usług telefonicznych ISDN dla Miasta Stołecznego Warszawy.” Odwołujący zaznaczał, że złożone oświadczenie ma charakter ogólny i nie określa w jaki sposób nastąpi udostępnienie potencjału. Jak podkreśla się orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „przekazanie potencjału przez inny podmiot, musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Złożenie ogólnego oświadczenia podmiotu udostępniającego, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca skutecznie wykazał spełnianie warunków

udziału w postępowaniu - zwłaszcza w przypadku udostępniania zasobów niematerialnych i niemogących być przedmiotem samodzielnego obrotu, a do takich należy wiedza i doświadczenie” (wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1640/11).

W związku tym, że w zobowiązaniu nie wskazano w jaki sposób nastąpi udostępnienie wiedzy i doświadczenia, odwołujący uznał, że wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A nie wykazał w sposób należyty, że realizując zamówienie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu, którego zobowiązanie przedłożył, a tym samym, nie udowodnił, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutu rażąco niskiej ceny wybranej oferty, odwołujący argumentował, że mając na względzie wartość zamówienia, a także cenę oferty konsorcjum odwołującego, zamawiający słusznie powziął wątpliwości, co do tego, czy realizacja zamówienia za kwotę podaną w ofercie Trecom Sp. z o.o. S.K.A jest możliwa. Wątpliwości te nie zostały rozwiane poprzez wyjaśnienia złożone 25 września 2012 r. przez tegoż wykonawcę. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia te są niewystarczające, gdyż ograniczają się do stwierdzenia, że:

- wykonawca dysponuje odpowiednio wykwalifikowanym personelem, oraz posiada doświadczenie w realizacji tego typu zamówień,
- jako „Gold partner” firmy Cisco dysponuje korzystnymi programami cenowymi, a także może oferować korzystne ceny za szkolenia,
- w zakresie zapewnienia łączy korzystać będzie z podwykonawcy Netia S.A., który może uruchomić usługę bez znaczących nakładów finansowych.

Wyjaśnienie to według odwołującego, w żadnej mierze nie czyni zadość wymogom określonym w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, jest ogólnikowe, uniwersalne, wręcz możliwe do zastosowania przez każdego z wykonawców, którzy posiadają stosowną infrastrukturę oraz korzystne umowy na zakup sprzętu (np. konsorcjum odwołującego). Za takim wnioskiem przemawiają ogólne formuły powyższego wyjaśnienia, nawiązujące do okoliczności nieskonkretyzowanych. Na podstawie tak dokonanych wyjaśnień nie sposób wywieść, jakie elementy cenotwórcze umieszczono w ofercie, a także w jaki sposób wskazane w wyjaśnieniach ogólne okoliczności przekładają się na zaoferowaną cenę (wyrok KIO z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 246/11).

Odnosząc się do poszczególnych elementów wyjaśnienia, odwołujący stwierdził, że:

- 1) dysponowanie wysokokwalifikowaną kadrą pracowników oraz doświadczenie w realizowaniu analogicznych zamówień nie stanowią obiektywnych czynników, które mogłyby wpływać na obniżenie ceny. Trudno wyobrazić sobie aby tak duże przedsięwzięcie

realizowane było bez odpowiedniego wysokokwalifikowanego personelu i zaplecza technologicznego (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt X Ga 294/06),

2) posiadanie statusu „Gold partnera” Cisco nie jest wyjątkową okolicznością, która jest niedostępna dla innych dużych wykonawców działających na rynku telekomunikacyjnym (np. konsorcjum odwołującego),

3) nie stanowi wyjątkowej okoliczności dysponowanie w lokalizacjach zamawiającego stosowną infrastrukturą telekomunikacyjną, którą posiada również odwołujący.

Odwołujący powoływał się na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych - przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uznaje, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia wykonawcy potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił. Mając na względzie powyższe uwagi, odwołujący przekonywał, że nie można przyjąć, że wykonawca wybrany Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wykazał, że oferowana przez niego cena - nie jest ceną rażąco niską.

Niezależnie od zarzutów, dotyczących braku obalenia przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A. domniemania rażąco niskiej ceny, odwołujący utrzymywał, że cena oferty złożonej przez tego wykonawcę jest rażąco niska.

Zamawiający podał, że kwota jaka może przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 3 683 160,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono dwie oferty:

- oferta konsorcjum odwołującego podaje cenę: 2 615 786,30 zł brutto,
- oferta Trecom Sp. z o.o. S.K.A.: 2 120 807,40 zł brutto.

Odwołujący powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, w którym wskazywano, iż *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę*

byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę" (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. Akt XIX Ga 3/07). Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko szacunkowa wartość zamówienia, ale także jego specyfika, charakter oraz ceny ofert konkurencji wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 109/09).

W wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej cenę Trecom Sp. z o.o. S.K.A. stwierdził, że system telefonii VoIP zostanie zestawiony w oparciu o rozwiązania i urządzenia Cisco. Również odwołujący w swojej ofercie przedstawił opis rozwiązania oparty o urządzenia Cisco. Pomimo optymalnego doboru sprzętu i oprogramowania firmy Cisco w ofercie odwołującego, jak stwierdził - nie było obiektywnie możliwe obniżenie ceny rozwiązania do poziomu zaoferowanego przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A. Odwołujący wyjaśniał, że Telekomunikacja Polska S.A. jako uczestnik konsorcjum posiada w Cisco status „Gold partnera.” Ze względu na ten status odwołujący jest w stanie w sposób wiarygodny ocenić poziomy rabatów uzyskiwanych przez innych przedsiębiorców. Brakuje przy tym przesłanek, które uzasadniałyby uzyskanie przez Trecom rabatu korzystniejszego niż Telekomunikacja Polska. Analiza ceny podanej w ofercie Trecom Sp. z o.o. S.K.A. przywiodła odwołującego do następujących wniosków:

- cena oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A. jest ceną rażąco niską, albo
- dobór urządzeń i oprogramowania Cisco w ofercie Trecom Sp. z o.o. S.K.A został dokonany w taki sposób, że oferowany system VoIP posiada parametry niższe niż wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lub też można przyjąć, że tak niska cena jest wynikiem założenia, że na etapie wdrożenia sprzęt Cisco zostanie zastąpiony tańszym sprzętem innego producenta, co rażąco naruszałoby podstawowe zasady prawa zamówień publicznych. Reasumując odwołujący zarzucał, że poziom cen zaoferowany przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A. może wynikać albo z zaoferowania sprzętu niespełniającego wymagań SIWZ, albo z zaoferowania usług VoIP poniżej kosztów ich wytworzenia.

Przechodząc do następnego zarzutu – bezpodstawnego zastrzeżenia informacji niejawnych w ofercie skarżonego konkurenta, odwołujący wskazywał na wyrok Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), według którego - to zamawiający ma obowiązek zbadania czy zastrzeżenie określonych informacji w ofercie dokonane jest zgodnie z prawem. Do chwili rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. (jak również do konsorcjum odwołującego) o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy

przedsiębiorstwa „opisu koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP.” Jedyne wyjątek w tym zakresie zamawiający uczynił w odniesieniu do poz. 3 wykazu wykonanych dostaw.

Odwołujący zaznaczał, że zastrzeżenie ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ogranicza dostęp do weryfikacji czy oferta potwierdza spełnianie wymagań zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a w szczególności utrudnia weryfikację urządzeń w opisie koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP oraz przeczy zasadzie jawności postępowania. Jak wynika z wyjaśnień elementów oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A, mających wpływ na jej cenę, wykonawca ten wykona zamówienie z zastosowaniem urządzeń i oprogramowania Cisco. Jako „Gold partner” tej firmy wykonawca musi dysponować inżynierami przeszkolonymi przez tę firmę w stosowaniu urządzeń i rozwiązań Cisco. Oznacza to, że opis koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP, nie zawiera szczególnych, nieznanych szerzej rozwiązań, które mogłyby zostać zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, lecz obejmuje standardowe rozwiązania Cisco znane wszystkim inżynierom certyfikowanym przez tę firmę w zakresie wdrażania rozwiązań VoIP. Informacje takie, zdaniem odwołującego, nie mogą więc być kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 12 października 2012 r. do postępowania odwoławczego w trybie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłosił 15 października 2012 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca wybrany Trecom Sp. z o. o. S.K.A, który powołał się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego – wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia. Kopia przystąpienia została przesłana stronom. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Trecom Sp. z o. o. S.K.A do udziału w postępowaniu odwoławczym, bowiem jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego jest niewątpliwy.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 1 października 2012 r. powiadamiającym o wynikach przetargu. W odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że brak jest podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutu pierwszego - naruszenia art. 7, art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy, art. 26 ust. 2b ustawy, w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechania wykluczenia wykonawcy Trecom Sp. z o. o. S.K.A, albowiem - wbrew twierdzeniom odwołującego - wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wykazał, że będzie dysponował zasobami podmiotu, na doświadczenie i wiedzę którego się powołuje, a tym samym wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca Trecom Sp. z o. o. S.K.A. wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.1.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawił usługę zrealizowaną przez firmę

Netia S.A. Do oferty, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy załączone zostało pisemne zobowiązanie ww. firmy do oddania do dyspozycji wykonawcy Trecom Sp. z o. o. S.K.A. niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tym samym, wykonawca potwierdził spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Nie podzielił zamawiający stanowiska odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy, w sytuacji gdy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w całości wypełnił dyspozycję tego przepisu, w szczególności (jak nakazuje ustawa) składając odpowiednie oświadczenie podmiotu udostępniającego, o którym mowa w tym przepisie. Wykładnia językowa normy prawnej wynikającej z treści przepisu jest jasna, a zatem jakakolwiek rozszerzająca interpretacja przywoływanego przepisu ustawy przez odwołującego jest wykładnią *contra legem*, a przez to niedopuszczalną.

Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym podkreśla się, że:

- przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp czyni przedłożenie oświadczenia, zawierającego wszystkie wymagane w tym przepisie elementy, wystarczającym dowodem na potwierdzenie faktu dysponowania przez wykonawcę zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Dla oceny prawidłowości takiego oświadczenia nie jest konieczne wskazanie zakresu prac, w jakich zostaną wykorzystane, czy też udostępnione wiedza i doświadczenie (wyrok KIO z dnia 2.07.2012 r. KIO 204/12; KIO 208/12. Lex nr 1212453),
- ustawodawca nie wskazał jako elementu zobowiązania obowiązku wskazania, na jakich zasadach i w jakiej formie dojdzie do udostępniania zasobu. Zapewnienie rzeczywistego dysponowania zasobem nie musi oznaczać wskazania w zobowiązaniu konkretnego sposobu korzystania z zasobu, czy zakresu udziału podmiotu udostępniającego potencjał w realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 28.06.2012 r. KIO 1257/12; KIO 1262/12. Lex nr 1212496),
- korzystając z potencjału podmiotu trzeciego wykonawca nie jest zobowiązany do wykazania, że podmiot ten brał będzie faktycznie udział w realizacji zamówienia i w jakim charakterze (wyrok KIO z dnia 23.02.2012 r. KIO 276/12, Lex nr 1129632),
- zgodnie z ogólną regułą zawartą w art. 65 Kodeksu cywilnego, interpretacja oświadczenia woli powinna uwzględniać okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku zobowiązań umownych należy badać zgodny zamiar stron i cel umowy, niż odnosić się do jej dosłownego brzmienia. Izba wyraża opinię, iż z powyższych rozważań wynika, że pozostawiono woli i decyzji podmiotów współpracujących (wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i osobie trzeciej, na której zasobach on polega) określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez osobę trzecią zobowiązania za prawnie

irrelevantne należy uznać relacje podmiotów związanych stosunkiem prawnym mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy (wyrok KIO z dnia 29.07.2010 r. KIO 1466/10, Lex nr 616777).

Analizując dokumenty zawarte w ofercie (Formularz ofertowy, wykaz usług, referencje, zobowiązanie firmy Netia S.A.) zamawiający uznał, że wykonawca Trecom Sp. z o. o. S.K.A. wykazał, że będzie dysponował zasobami podmiotu, na doświadczenie i wiedzę którego się powołuje. Firma Netia S. A. zobowiązała się do wsparcia wykonawcy wiedzą, dostępnymi zasobami i doświadczeniem zgromadzonym w trakcie wykonywania usług telefonicznych ISDN dla Miasta Stołecznego Warszawy. W pkt 8 formularza ofertowego wykonawca Trecom Sp. z o. o. S.K.A. oświadczył, że powierzy podwykonawcy realizację usługi telekomunikacyjnej w lokalizacji Wspólna 2/4 oraz Mysia 2, wskazując tym samym na realne wykorzystanie tej wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia.

W świetle przedstawionych argumentów zarzut naruszenia art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 26 ust. 2b ustawy, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznał zamawiający za pozbawiony usprawiedliwionych podstaw.

Zarzut drugi dotyczący naruszenia art. 90 ust. 3 oraz art. 90 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. podczas gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska, zamawiający poczytał za bezzasadny.

Zamawiający przyjął również brak podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutu trzeciego - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A. pomimo tego, że oferta ta zawiera - zdaniem odwołującego - rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Sam fakt, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest niższa od wartości szacunkowej, wartości, jaką zamawiający ma zamiar przeznaczyć na wykonanie przedmiotu zamówienia lub jest niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców nie jest wystarczający do uznania danej ceny za rażąco niską (wyrok KIO z dnia 20.04.2012 r. KIO 676/12, Lex nr 1163761). Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone lub gdy ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę (...). Wyjaśnienia lakoniczne czy ogólnikowe są utożsamiane z brakiem złożenia wyjaśnień. Równocześnie jednak argument powyższy nie może być wykorzystywany do określania w ten sposób każdych wyjaśnień. Jako że otwierałoby to możliwość oparcia argumentacji w zakresie rażąco niskiej ceny wyłącznie na takim

stwierdzeniu, bez konieczności dowodzenia, iż istotnie dana oferta zawiera rażąco niską cenę (wyrok KIO z dnia 17.01.2012 r., KIO 2809/11, Lex nr 1108862).

Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 3 283 882,93 zł, w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę 299 443,91 zł.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: wykonawcy Trecom Sp. z o. o. z ceną 2 120 807,40 zł, oraz odwołującego z ceną 2 615 786,30 zł.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert, wypełniając obowiązek wynikający z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz dochowując należytej staranności w tym zakresie, pismami z dnia 20 września 2012 r. wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny za realizację zamówienia, z ewentualnym uwzględnieniem okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Trecom Sp. z o. o. S.K.A. złożył wyjaśnienia, w których przedstawił elementy mające wpływ na wysokość zaproponowanej przez niego ceny m. in.:

1. Wieloletnie doświadczenie wykonawcy w realizacji projektów wdrożenia telefonii IP, które pozwoli zoptymalizować koszty zaprojektowania, wdrożenia systemu oraz koszty przeprowadzenia szkoleń.
2. Obniżenie kosztów przez delegowanie personelu technicznego o zróżnicowanych kompetencjach w zależności do rodzaju poszczególnego zadania.
3. Zorganizowana już na potrzeby innych projektów organizacja typu Helpdesk, która umożliwi obniżenie ceny usług serwisowych i gwarancyjnych.
4. Posiadanie przez podwykonawcę firmę Netia S.A, infrastruktury w budynkach zamawiającego pozwalającą na świadczenie usług telekomunikacyjnych po cenach zaoferowanych w ofercie.
5. Długoterminowe korzystne umowy podwykonawcy umożliwiające obniżenie kosztów utrzymania usług telekomunikacyjnych.
6. Stosowanie przez wykonawcę ograniczonych marż - pozwalających na realizację całości zobowiązania przy zapewnieniu zadowalającego dla wykonawcy dochodu z kontraktu.

Po dokonaniu oceny wyjaśnień zamawiający uznał, że wykonawca przedstawił wystarczające argumenty, aby przyjąć, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli wyjaśnienia w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny, powołujące się na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej, jak m. in. czynniki związane z kondycją firmy (np. wieloletnia obecność na rynku i wypracowanie takich form zakupów i cen zakupów, a także grupy stałych dostawców, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy, czy czynniki związane z lokalizacją inwestycji), to takie wyjaśnienia, choć mające charakter generalny

mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 ustawy (wyrok KIO z dnia 22.05.2012 r., KIO 958/12, Lex nr 1165350).

Zamawiający zaznaczał, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują żadnych szczegółowych wymagań dotyczących treści wyjaśnień składanych przez wykonawcę, a tym samym nie ograniczają wykonawcy co do wyboru formy, stopnia szczegółowości lub rodzaju środków, za pomocą których wykonawca wyjaśni wysokość ceny oferty. Wykonawcy muszą mieć możliwość przedstawienia okoliczności, które wynikają z indywidualnej (niepowtarzalnej) sytuacji danego wykonawcy (wyrok KIO z dnia 8.06.2012 r., KIO 1063/12, Lex nr 1165925). Zauważył, że odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnych dowodów, z których wynikałoby, że wykonawca Trecom Sp. z o. o. S.K.A. nie jest w stanie zrealizować zamówienia za cenę zaproponowaną w ofercie. Tym samym, zdaniem zamawiającego, odwołujący nie wykazał, iż dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A. jest błędna. Ponadto wyjaśnienia odwołującego dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny zostały przedstawione w takim samym stopniu szczegółowości jak wyjaśnienia wykonawcy Trecom Sp. z o. o. S.K.A.

Zamawiający stwierdził także, iż brak jest podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Sp. z o. o. S.K.A, podczas gdy zaoferowane w opisie koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP urządzenia Cisco nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W opisie „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP” wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.KA zaoferował następujące rozwiązanie techniczne systemu: - system komunikacyjny oparty na technologii Cisco. Ten sam system zaoferował również odwołujący. Ww. system spełnia wymagania zamawiającego określone w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Urządzenia zaproponowane przez wykonawcę Trecom Sp. z o. o. S.K.A. spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tezy przywołanej w odwołaniu, że zaoferowane przez wybranego wykonawcę w opisie „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP” urządzenia Cisco nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia - opiera się jedynie na domniemaniach i własnych założeniach. Podniesiony zarzut zamawiający poczytał za hipotetyczny - a więc bezzasadny i jako taki - nie mogący się ostać.

Zamawiający nie podzielił również zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opisu „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP,” a w

konsekwencji zaniechanie odtajnienia tego dokumentu. Wykonawca Trecom Sp. z o. o. S.K.A, w pkt 5 Formularza ofertowego złożył oświadczenie, że informacje zawarte na stronach od nr 25 do nr 49 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być udostępniane. Wśród informacji zastrzeżonych znalazły się: wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, oraz opis „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego”.

Odwołujący w pkt. 5 Formularza ofertowego złożył analogiczne oświadczenie, że informacje zawarte na stronach od nr 47 do nr 65 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie nie mogą być udostępniane. Wśród informacji zastrzeżonych znalazły się; wykaz osób, oraz „Koncepcja realizacji systemu telefonii VoIP”. Odwołujący tym samym kwestionuje prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie, w którym również w swojej ofercie uznał go za podlegający ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W toku badania ofert zamawiający zbadał, dokładając w tym względzie należytej staranności - czy zastrzeżenie w ofertach określonych informacji dokonane jest zgodnie z prawem. W odniesieniu do oferty wykonawcy Trecom Sp. z o. o. S.K.A powziął wątpliwość, co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa usługi wskazanej pod lp. 3 wykazu usług i w związku z tym podjął w tym zakresie dodatkowe czynności wyjaśniające. Zamawiający, w zakresie badania obydwu złożonych w postępowaniu ofert pod kątem objęcia informacji zawartych w „Koncepcjach realizacji systemu” tajemnicą, przedsiębiorstwa, nie znalazł podstaw do podważania oświadczenia wykonawców zawartego w formularzach ofertowych w zakresie opisu koncepcji realizacji systemu, uznając iż koncepcja zastosowanych rozwiązań technologicznych i wypracowane przez wykonawców know-how w istocie stanowi cenny element wartości przedsiębiorstwa, który z obiektywnych względów podlega ochronie prawnej. Nie stanowi naruszenia zasady jawności zastrzeżenie w ofercie wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich informacji, które mogą być przedmiotem skutecznego wyłączenia jawności w oznaczonym zakresie (wyrok z dnia 21 lutego 2012 r. KIO 308/12, Lex nr 1127001). Art. 86 ust 4 ustawy Pzp wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone. Należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a *contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane

(wyrok z dnia 21 marca 2012 r., KIO 457/12, Lex nr 1131231). Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że nie zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia „Koncepcji realizacji systemu.” Jednak żaden przepis nie wskazuje na sposób badania zasadności takiego zastrzeżenia, a tym bardziej nie wskazuje, że jedynym skutecznym sposobem jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Procedura dokonania weryfikacji oraz czas, sposób, ocena skuteczności zastrzeżenia - została pozostawiona zamawiającemu. Ocena taka w odniesieniu do dokumentów oferty wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i do konkretnych danych w sprawie – jak zaznaczał zamawiający. Tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotycząca poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności (wyrok KIO z dnia 9.03.2012 r., KIO 385/12, Lex nr 1129839). Zamawiający powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej, że zastrzeżenie zakazu udostępnienia informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, W przypadku przedmiotowego postępowania, zamawiający przeprowadził badanie ofert w omawianym zakresie i uznał, że zastrzeżenia w ofertach (poza wyjątkiem wyżej opisanym) są dokonane zgodnie z prawem i są skuteczne. Mając na uwadze przedstawione argumenty, w ocenie zamawiającego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, brak jest bowiem po stronie zamawiającego naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy, a tym bardziej mających lub mogących mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty przystępującego, oferty odwołującego. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje (Rozdział 2 SIWZ pkt.2.1.: „dostawę wraz z instalacją systemu telefonii VoIP (zwanego dalej Systemem), świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz usługę utrzymania systemu telefonii VoIP. W zakres zamówienia wchodzi:

- 1) wymiana posiadanych przez zamawiającego przełączników w lokalizacji Wspólna 2/4 i Mysia 2 z pełnym zachowaniem obecnej funkcjonalności działających urządzeń,
- 2) wykonanie analizy przedwdrożeniowej i zaprojektowanie Systemu,
- 3) dostawa Systemu wraz z dokonaną analizą przedwdrożeniową, w tym:
 - a) instalacja Systemu,
 - b) konfiguracja, testowanie, wdrożenie i uruchomienie Systemu,
 - c) instalacja łączy telekomunikacyjnych,
 - d) wykonanie dokumentacji technicznej i eksploatacyjnej,
 - e) przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników i administratorów Systemu,
- 4) świadczenie usług wsparcia technicznego Systemu,
- 5) świadczenie usług telekomunikacyjnych,
- 6) świadczenie usługi administracji systemem.

Termin wykonania zamówienia został ustalony na 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Rozdział IV SIWZ pkt 4.1.2. Zamawiający uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie):

- a) wykonał należycie dwie usługi, których każda polegała na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu telefonii VoIP dla minimum 500 użytkowników,
- b) wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje) jedną usługę polegającą na świadczeniu nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy usług telefonicznych (w zakresie połączeń przychodzących i wychodzących) w technologii ISDN lub SIP trunk, dla minimum 700 użytkowników.

Pkt 4.2. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.

Pkt 4.5. Zamawiający dokona oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na zasadzie wykazał/nie wykazał, na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, wymienionych i opisanych w Rozdziale 5 SIWZ.

Rozdział 5. SIWZ. W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał, między innymi Pkt 5.1.8. Wykazu odpowiednio wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed

upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Do każdej usługi wskazanej w wykazie należy przestawić dokument potwierdzający, że usługa ta została wykonana (jest wykonywana) należycie.

Wykaz należy sporządzić według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ.

Pkt 5.2. Jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W rozdziale 7 SIWZ, zamawiający zawarł opis przygotowania oferty, w którym wskazał, między innymi, (pkt.7.15.) że w przypadku, gdy informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których wykonawca zastrzega, że nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania, muszą być oznaczone przez wykonawcę klauzulą „informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Pkt. 7.16 SIWZ. Oferta musi zawierać, między innymi:

- dokumenty, o których mowa w Rozdziale 5,
- opis realizacji „Koncepcji Systemu telefonii VoIP w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego,” który musi określać przyjęte przez wykonawcę rozwiązania techniczne w zakresie zastosowanego sprzętu i oprogramowania z uwzględnieniem wymagań zamawiającego określonych w załączniku 1 do SIWZ. W szczególności Koncepcja musi zawierać:
 - opis architektury i funkcjonalności proponowanego Systemu,
 - opis i parametry techniczne oferowanych przez wykonawcę łączy telekomunikacyjnych służących do podłączenia Systemu z PSTN,
 - schemat blokowy i opis procesu realizacji funkcji Systemu,
 - listę sprzętu, oprogramowania i licencji wraz z podaniem ich liczby,
 - opis sposobu zapewnienia komunikacji faksowej,
 - opis planowanych do wprowadzenia elementów, mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa Systemu,
 - warunki rozbudowy Systemu o dodatkowych użytkowników i wymagane przez zamawiającego opcjonalne funkcjonalności przewidziane w załączniku nr 1 do SOPZ - Projekt wykonawczy telefonii VoIP w MRR.

Rozdział 11. SIWZ. Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwróci się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Jedynym kryterium oceny ofert została wyznaczona cena.

Załącznik nr 1 do SIWZ opisuje zadania do wykonania w trakcie realizacji zamówienia oraz wyznaczony zakres realizacji Systemu, który powinien zawierać harmonogram.

Ponadto wykonawca zobowiązany był przedłożyć załączniki: Integralną częścią szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia jest załącznik nr 1- Projekt wykonawczy Systemu telefonii VoIP w MRR.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i opis wymagań zamawiającego, został przedstawiony od strony 5 do 38 zał. 1 - SOPZ. Zamawiający wyznaczył etapy realizacji zamówienia.

Załącznik nr 4 do SIWZ. Wykaz usług, wymagał podania przedmiotu usługi, w tym:

- nazwy 2 usług polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu telefonii VoIP z opisem usługi, liczbą użytkowników systemu,
- nazwy 1 usługi polegającej na świadczeniu usług telefonicznych w zakresie połączeń przychodzących i wychodzących z opisem usługi, zastosowanej technologii i wskazaniem liczby użytkowników systemu.

W wykazie wykonawca zobowiązany był podać datę rozpoczęcia i zakończenia usługi oraz jej odbiorcę.

W formularzu ofertowym według wzoru załącznika nr 6 do SIWZ zamawiający wymagał podania cen jednostkowych rozbitu na wskazane elementy usługi.

Zamawiający dokonał zmian w SIWZ, ale w obszarze, którego nie dotyczy odwołanie.

Zamawiający w protokole postępowania podał, że bezpośrednio przed otwarciem ofert określił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 3 683 160,00 zł brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia netto została wyliczona na kwotę 3 293 882,93 zł, w tym wartość zamówień uzupełniających 299 443,91 zł.

Termin składania ofert został wyznaczony do 17 września 2012 r.

W postępowaniu złożono dwie oferty:

- oferta konsorcjum odwołującego podaje cenę: 2 615 786,30 zł brutto,
- oferta Trecom Sp. z o.o. S.K.A. cena - 2 120 807,40 zł brutto.

Wykonawca wybrany Trecom Sp. z o.o. S.K.A zastrzegł wyłączenie jawności swojej oferty w zakresie:

- wykaz doświadczenia zawodowego, wykaz osób,
- referencje wystawione na potwierdzenie należytego wykonania usług ujętych w wykazie.

Dwie usługi były świadczone z poz. 1 i 2 wykazu przez wykonawcę Trecom Sp. z o.o. S.K.A. na rzecz podmiotów prywatnych.

Usługa w zakresie pozycji nr 3 wykazu świadczona była na rzecz podmiotu publicznego Urzędu m. st. Warszawy przez operatora Netia S.A. – zasób udostępniony.

Na stronie 41 oferty wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. znajduje się oświadczenie firmy Netia S.A. z dnia 12 września 2012 r. zobowiązujące względem wykonawcy Trecom w związku z jego uczestnictwem w przedmiotowym przetargu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. „W szczególności zobowiązujemy się do wsparcia wykonawcy wiedzą, dostępnymi zasobami i doświadczeniem zgromadzonym w trakcie realizacji przez nas następujących projektów: wykonanie usług telefonicznych ISDN dla Miasta Stołecznego Warszawy.” W treści podano dokładną nazwę postępowania, którego dotyczy zobowiązanie.

Wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w formularzu oferty podał, że usługa telekomunikacyjna w lokalizacji Wspólna 2/4 i Mysia 2 zostanie powierzona podwykonawcy, tj. przez co rozumiał firmę Netia S.A. - udostępniającej zasoby wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa - jak była mowa wyżej, wykaz zrealizowanych usług oraz „Opis architektury i funkcjonalności oferowanego systemu oraz listę sprzętu, licencji i oprogramowania.”

Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa: „Koncepcję realizacji Systemu VoIP” - czyli dokument o tym samym charakterze – jak zastrzeżony przez wybranego wykonawcę.

Zamawiający w protokole komisji przetargowej z dnia 18-20.09.2012 r. dokonał między innymi, następujących ustaleń.

Oświadczenie firmy Netia S.A. do udostępnienia wykonawcy Trecom wiedzy i doświadczenia zostało złożone w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Natomiast zgodnie z pkt 5.7 SIWZ oświadczenie, o którym mowa w pkt 5.2 SIWZ, tj. pisemne

zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów (...) należy złożyć w formie oryginału.

Zamawiający ustalił, że cena oferty wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w wysokości 2 120 807,40 zł - stanowi 57,58% wartości zamówienia brutto – 3 683 180,00 zł.

Natomiast cena oferty odwołującego w wysokości 2 615 786,30 zł - stanowi 71,02% powyższej wartości szacunkowej.

Różnica cen złożonych oferty wynosi 18,93 %.

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny za elementy zamówienia, wyspecyfikowane przez zamawiającego we wzorze załącznika Formularza ofertowego.

1. Wymiana przełączników sieciowych (§ 2 ust. 1 pkt 1 zał. nr 2 do SIWZ) - wartość brutto - oferta odwołującego -167 246,79, oferta przystępującego - 30 750,00 zł,

2. Analiza przedwdrożeniowa, zaprojektowanie, dostawa wdrożenie Systemu telefonii VoIP (§ 2 ust. 1 pkt 2 i 3 zał. nr 2 do SIWZ) – wartość brutto – oferta odwołującego - 1 790 526,99 – oferta przystępującego – 1 545 888,60 zł,

3. Usługi wsparcia technicznego i utrzymania systemu telefonii VoIP (§ 24 ust. 1 pkt. 4 załącznika nr 2 do SIWZ) – wartość brutto – oferta odwołującego - 88 678,08 – oferta przystępującego – 186 172,80 zł, za 1 kwartał,

4. Abonament za łącze w siedzibie zamawiającego przy ul. Wspólnej 2/4 (§ 2 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do SIWZ) – wartość brutto – oferta odwołującego - 84 983,16 zł – oferta przystępującego – 20 368,80 zł miesięcznie,

5. Abonament za łącze w siedzibie zamawiającego przy ul. Mysiej 2 (§ 2 ust. 1 pkt.5 zał. nr 2 do SIWZ) – wartość brutto – oferta odwołującego - 56 655,44 zł – oferta przystępującego – 13 579, 20 zł miesięcznie,

6. Połączenia w ruchu międzynarodowym w I strefie stacjonarnej (§ 2 ust. 1 pkt. 5 zał. nr 2 do SIWZ) – wartość brutto – oferta odwołującego - 50 592,00 zł – oferta przystępującego – 20 400,00 zł miesięcznie,

7. Połączenia w ruchu lokalnym i strefowym (§ 2 ust. 1 pkt. 5 zał. nr 2 do SIWZ) - wartość brutto – oferta odwołującego - 97 920,00 – oferta przystępującego – 97 920,00 zł miesięcznie,

8. Połączenia w ruchu międzystrefowym (§ 2 ust. 1 pkt. 5 zał. nr 2 do SIWZ) - wartość brutto – oferta odwołującego - 26 880,00 – oferta przystępującego – 26 880,00 zł miesięcznie,

9. Połączenia w ruchu komórkowym (2 ust. 1 pkt. 5 zał. nr 2 do SIWZ) - wartość brutto – oferta odwołującego - 230 400,00 – oferta przystępującego – 108 000,00 zł miesięcznie,

10. Usługi administrowania Systemem VoIP (§ 2 ust. 1 pkt. 6 zał. nr 2 do SIWZ) - wartość brutto – oferta odwołującego – 21 903,84 – oferta przystępującego – 70 848,00 zł miesięcznie.

Razem:

- oferta odwołującego: (suma wierszy od 1 do 10 odpowiednio w kolumnach – brutto - 2 615 786,30 zł.

- oferta przystępującego: 2 120 807,40 zł.

Zamawiający wyjaśnił, że w poprzednim okresie od 2006 r. usługę tę na jego rzecz wykonywała firma Netia S.A.

Pismem z dnia 20 września 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, tj. zobowiązania firmy Netia S.A. do udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia w formie pisemnej, tj. oryginału.

Jednocześnie odrębnym pismem z dnia 20 września 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny za realizację zamówienia z ewentualnym uwzględnieniem okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający informował, że wezwanie ma na celu ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnym pismem z dnia 20 września 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę Trecom Sp. z o.o. S.K.A. do złożenia wyjaśnień przyczyn zastrzeżenia informacji w dokumentach oferty – jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie w odniesieniu do pozycji 3 tego wykazu. Zamawiający uzasadnił wezwanie, że usługa tam wskazana była realizowana dla Urzędu m. st. Warszawy, a podmiot który wystawił dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi zobowiązany jest do stosowania przepisów ustawy Pzp, zatem zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp, umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

Pismami z tej samej daty zamawiający wezwał odwołującego konsorcjum: Inegrated Solutions Sp. z o.o. i Telekomunikację Polską S.A. do:

- złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny za realizację zamówienia z ewentualnym uwzględnieniem okoliczności o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający informował, że wezwanie ma na celu ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponadto do
- złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług przedstawionego w dokumentach oferty.

Zamawiający nie wzywał odwołującego ani przystępującego do złożenia wyjaśnień przyczyn zastrzeżenia informacji w dokumentach oferty w odniesieniu do „Koncepcji realizacji Systemu VoIP”, które to opracowanie zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez obydwu wykonawców. Zamawiający uznał, że „Koncepcja” może być przez wykonawców chroniona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe wezwania, wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wyraził zgodę na odtajnienie pozycji 3 Wykazu zrealizowanych usług jak i referencji wystawionej w związku ze świadczeniem tej usługi na rzecz Urzędu m.st. Warszawy przez Netia S.A. Uzpełnił zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia przez firmę Netia S.A. - w formie oryginału tego dokumentu.

Wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. złożył pismem z dnia 25 września 2012 r. następujące wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. *„W zakresie elementów zaoferowanego systemu Oferent oświadcza, że zaoferowana cena jest ceną rynkową. Oferent jest partnerem na poziomie „Gold” firmy Cisco Systems, której to system został zaoferowany w niniejszym postępowaniu. Oferent posiada również szereg zaawansowanych specjalizacji wymaganych przez producenta w celu zagwarantowania najwyższego poziomu obsługi klienta oraz fachowości realizowanych projektów. Dzięki najwyższemu poziomowi specjalizacji oraz partnerstwa Oferent posiada dostęp do promocji oraz specjalnych programów cenowych między innymi w zakresie systemów telefonii IP a także skierowanych specjalnie do sektora publicznego i gwarantujących upusty zakupowe na sprzęt umożliwiające rynkowe konkurowanie w tym sektorze. Ze względu na bardzo duże doświadczenie Oferenta w zakresie rozwiązań telefonii IP firmy Cisco Systems - Oferent może zaoferować atrakcyjne stawki za szkolenia, proces wdrożenia oraz projektowania rozwiązań oparty na wieloletnim doświadczeniu w realizacji takich projektów oraz w oparciu o szeroki zespół specjalistów z zakresu oferowanej technologii. Dzięki tej wiedzy oraz doświadczeniu w realizacji projektów dla sektora publicznego Oferent oferuje zoptymalizowane stawki przystosowane do charakterystyki tego*

sektora a jednocześnie zapewniające wykonanie powierzonych zadań z najwyższą rzetelnością - między innymi poprzez dywersyfikację w zależności od wymaganych kompetencji personelu technicznego oddelegowanego do wykonania poszczególnych zadań. Ze względu na sposób obliczania wartości oferty (100% ceny) - Oferent stosuje ograniczone marże z jednej strony zapewniające rzetelną realizację projektu oraz utrzymanie dochodów firmy na zadowalającym poziomie a jednocześnie umożliwiające skuteczne konkutowanie w rynkowych realiach zamówień publicznych. W zakresie świadczonych usług gwarancyjnych oraz administracyjnych - oferent oświadcza, że zaproponowana cena jest rynkowa. Oferent dzięki poziomowi partnerstwa „Gold” z firmą Cisco Systems posiada dostęp do atrakcyjnych cen związanych z oferowanymi usługami serwisowymi oraz gwarancyjnymi przez producenta. Ze względu na bardzo dużą bazę klientów Oferenta - posiada on rozbudowaną organizację typu Helpdesk świadczącą usługi serwisowe i gwarancyjne dla bardzo szerokiego grona klientów. W związku z tym Oferent może zoptymalizować koszty realizacji usług serwisowych i gwarancyjnych zaoferowanych w niniejszym postępowaniu.

W zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych (poprzez podwykonawcę - firmę Netia S.A. - zwaną dalej „Spółką”) oferent oświadcza, iż zaoferowana cena zawarta w ofercie jest ceną rynkową. Na wysokość tej ceny wpływają czynniki o charakterze obiektywnym, w tym takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. W szczególności warto podkreślić, że sprzyjające warunki zamówienia przejawiały się w tym, że Spółka świadczy obecnie w sposób pośredni usługi Zamawiającemu jak i innym instytucjom znajdującym się w budynku przy ul. Wspólnej 2/4. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania przedmiotowego zamówienia przez Spółkę polegają na tym, iż Spółka posiada w obydwu lokalizacjach Zamawiającego infrastrukturę do świadczenia usług wymaganych przez Zamawiającego bez konieczności dokonywania znaczących inwestycji. Istotną okolicznością jest także ta, iż znacząca część czynności związanych z utrzymaniem usług, realizowana będzie przez pracowników Spółki lub podwykonawców, z którymi Spółka ma zawarte długookresowe, korzystne umowy. Spółka posiada strukturę pozwalającą na wykonanie przedmiotowego zamówienia w powyżej opisany sposób. Okoliczność ta pozwala na obniżenie ceny związanej w uruchomieniem usługi, Informuję ponadto, iż Spółka nie korzysta z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, która w szczególności miałaby wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Wskazana w ofercie cena zawiera w sobie wszystkie koszty, jakie poniesie Spółka przy realizacji tego zamówienia oraz uwzględnia marżę Spółki. Podsumowując Oferent oświadcza, że całościowa cena zaoferowana w postępowaniu jest rynkowa, zapewnia rzetelne i terminowe wykonanie usługi a jednocześnie

zapewnia wykonawcy oraz jego podwykonawcom dochód pokrywający wszystkie koszty związane z realizacją wszystkich zaoferowanych usług.”

W piśmie z dnia 25 września 2012 r. odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach tych, odwołujący wyszczególnił prace, usługi i dostawy, których koszty wziął pod uwagę kalkulując cenę własnej oferty. Stwierdził, że do całości kosztów oferty została doliczona marża.

W piśmie z dnia 1 października 2012 r. zamawiający informował o wynikach przetargu. W przedmiotowym postępowaniu wybrano ofertę złożoną przez wykonawcę Trecom Sp. z o.o. S.K.A., gdyż oferta ww. wykonawcy otrzymała największą ilość punktów w oparciu o jedyne kryterium oceny ofert określone w SIWZ.

Oferta wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. otrzymała 100 pkt, oferta odwołującego otrzymała 81,08 pkt.

Odwołujący w całości bazuje na potencjale konsorcjanta Telekomunikacji Polskiej S.A. - wiedzy i doświadczenia i zamierza powierzyć część zamówienia do realizacji podwykonawcy w odniesieniu do usług instalacyjno-wdrożeniowych, natomiast przystępujący w zakresie poz. 1 i 2 wykazu doświadczenia zawodowego legitymuje się własnym doświadczeniem, zaś w zakresie poz. 3 bazuje na zasobach udostępnionych przez firmę Netia S A. W formularzu ofertowym przystępujący oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy usługi telekomunikacyjne w lokacjach zamawiającego ul. Wspólna 2/4 i ul. Mysia 2.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jest uczestnikiem postępowania przetargowego - w przypadku wykazania bezprawności zaniechania odrzucenia skarżonej oferty wykonawcy Trecom Sp. z o. o. S.K.A. - skutkiem nieprawidłowego stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego – odwołujący mógłby ponieść szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia i utraty spodziewanego zysku z jego realizacji.

Izba nie uwzględniła zarzutu, że wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w oparciu o przedłożony wykaz usług, w którym w poz. 3 wskazał usługę realizowaną przez firmę Netia S.A. na rzecz Miasta st. Warszawy. Wymieniona pozycja wykazu potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 4.1.2. lit. b) SIWZ, tj. jednej realizacji,

polegającej na świadczeniu nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy usług telefonicznych (w zakresie połączeń przychodzących i wychodzących) w technologii ISDN lub SIP trunk, dla minimum 700 użytkowników. Wymieniony zasób został udostępniony wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zobowiązanie firmy Netia S.A.

Z treści złożonego oświadczenia wynika, że spółka Netia S.A. „zobowiązała się do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”, w szczególności zaś, „zobowiązała się do wsparcia wykonawcy wiedzą, dostępnymi zasobami i doświadczeniem zgromadzonym w trakcie realizacji umowy na wykonanie usług telefonicznych ISDN dla Miasta Stołecznego Warszawy,” tzn. przy realizacji przedmiotowego - wskazanego wprost z nazwy zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, nie można pomijać, że wymieniona usługa telefoniczna przynależy do usług telekomunikacyjnych. Wykonawca wybrany Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w formularzu oferty zawarł oświadczenie, że usługi telekomunikacyjne - w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia, powierzone zostaną podwykonawcy, a więc spółce Netia S.A. Udział podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji umowy jako podwykonawca - w pełni zaś potwierdza realność zobowiązania o udostępnieniu zasobu przez podmiot trzeci na czas realizacji zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, że każdy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów niezależnie od charakteru wiążących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawca Trecom Sp z o.o. S.K.A. w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty wpływających na cenę podał, że część zamówienia zostanie powierzona do realizacji firmie Netia S.A. – jako podwykonawcy. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują aby wykonawca oznaczył nazwę podwykonawcy w formularzu oferty, a jedynie aby wskazał część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy. Zamawiający oprócz przytoczenia treści przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie postawił w SIWZ żadnych szczegółowych wymagań co do żądanej treści zobowiązania podmiotu udostępniającego. Przyjęcie przez zamawiającego, że okoliczność, iż firma Netia S.A. będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia - została udowodniona przez wybranego wykonawcę Trecom, na podstawie omówionych wyżej dowodów, tj.: wykazu usług, zobowiązania firmy Netia S.A., wyjaśnień

odnośnie udziału tej firmy w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia - nie budzi zastrzeżeń Izby, w szczególności przy uwzględnieniu faktu, że Netia S.A. dotychczas świadczyła tę usługę, zna więc praktycznie wszelkie uwarunkowania.

Należało zauważyć, że i odwołujący w całości wykazanego doświadczenia polega na wiedzy zasobach partnera konsorcjum Telekomunikacji Polskiej S.A., a z kolei usługi instalacyjno-wdrożeniowe zamierza powierzyć podwykonawcom - jak wynika z treści formularza ofertowego.

Wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczyło uzupełnienia dokumentu zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia udzielonego przez Netia S.A. na rzecz przystępującego, ze względu na pierwotną formę tego dokumentu (kopia), a nie ze względu na jego treść. Z uwagi na wykazany udział firmy Netia S.A. w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, w ocenie Izby, sposób udostępnienie potencjału pozwala na realne wykorzystanie tej wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia.

Tym samym, wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wykazał w sposób należyty, że realizując zamówienie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu, którego zobowiązanie przedłożył, a zatem udowodnił, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Czynność zamawiającego, pozytywnej weryfikacji spełnienia warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia przez wybranego wykonawcę, została podjęta zgodnie z przepisami ustawy Pzp i ustalonym w SIWZ sposobem wykazania przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zarzut bezpodstawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. z udziału w przetargu z omawianej powyżej przyczyny - nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opisu „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP,” a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tego dokumentu w ofercie wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. Izba uznała za całkowicie chybiony.

Wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. zastrzegł w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, między innymi „Koncepcję realizacji systemu telefonii VoIP,” Ten sam dokument również odwołujący zastrzegł w swojej ofercie jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Zamawiający wezwał wykonawcę Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wyłącznie do uzasadnienia powodów wyłączenia jawności Wykazu usług, w zakresie poz. 3, realizowanej na rzecz podmiotu publicznego - Urzędu m.st. Warszawy. Wykonawca wyraził zgodę na ujawnienie wymienionej pozycji wykazu.

W ocenie Izby, przepis art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) nie nakłada na zamawiającego każdorazowo obowiązku zwracania się do wykonawców o podanie powodów utajnienia oznaczonych dokumentów oferty. Jeżeli zamawiający uznaje prawo wykonawcy do nieujawniania treści zastrzeżonego dokumentu - nie musi zasięgać w tym względzie stanowiska zainteresowanego podmiotu. Czynność taka, czy też jej zaniechanie - może być w ogólności przedmiotem zarzutów odwołania, jeżeli którykolwiek z uczestników postępowania przetargowego – działań takich nie zaakceptuje.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa, czy organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób

musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony."

Dane zastrzeżone zawarte w „Koncepcji realizacji usługi”, w ocenie Izby, mają dla wykonawcy wybranego wartość gospodarczą, bowiem umożliwiają ubieganie się o zamówienie, a następnie jego realizację. Odwołujący nie dowiódł, że zwykłą i dozwoloną drogą dostęp do informacji, których ujawnienia w ofercie konkurenta się domagał - jest możliwy do uzyskania, lub że nie podjęło czynności mających na celu realizację ustawowego obowiązku ochrony danych - mieszczących się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.

Zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności weryfikacyjne w tym zakresie, zdecydował, że utajnienie „Koncepcji wykonania usługi” w ofertach obydwu wykonawców - stanowiących zasób chroniony i nie podlegający upowszechnianiu bez żadnych ograniczeń, zatem spełniający kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jest uprawnione. Opracowanie zwane „Koncepcją wykonywania usługi” może być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji, ukierunkowanym na pozyskanie zawartych tam danych do celów własnych. Stąd ochrona tych informacji, w ocenie Izby, znajduje normatywne wsparcie. „Koncepcja realizacji systemu telefonii VoIP ”, zawarta w ofercie wykonawców, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ jest wytworem autorskim, posiada charakter techniczny oraz posiada wartość gospodarczą. Ponadto dotyczy sytuacji, gdy nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do informacji zawartych w tych opracowaniach niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów wykonawcy podjęli działania - w formularzu ofertowym zaznaczyli, które informacje oraz na których stronach oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie podał innych źródeł dostępu do danych zawartych w „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP” wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. niż poprzez zapoznanie się z treścią złożonej oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wadliwe przyjęcie, że kwestionowany wykonawca w zakresie „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP” niezasadnie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki ustawowe - nie znalazł potwierdzenia. W świetle doktryny oraz utrwalonej linii orzeczniczej m.in. Krajowej Izby Odwoławczej jawność postępowania, która jest jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych może być jednak ograniczana w uzasadnionych przypadkach. Wyjątek od zasady jawności postępowania został wprowadzony w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, odmowę zamawiającego udostępnienia chronionych danych oferty - nie można było uznać za naruszającą przepisy ustawy Pzp i prowadzącą do nierównego traktowania wykonawców.

Ponadto, Izba uznała stanowisko odwołującego, za pozbawione logicznej konsekwencji, skoro sam utajnił dokument „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP”, a odmówił tego prawa konkurentowi.

Zamawiający zbadał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena ta budzi zastrzeżeń Izby. Zamawiający mógł samodzielnie ocenić i nie wzywać wykonawców do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do omawianej „Koncepcji.” Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że każdorazowo zamawiający winien zwracać się o podanie przyczyn utajnienia dokumentów, ze względu na to, że wykonawca może zmienić swoją decyzję w toku postępowania.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w kontekście zbadania przesłanek do odrzucenia tej oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ocenie Izby podlegały wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Trecom Sp. z o.o. S.K.A.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje.” W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca

ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na danym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca użył określenia „cena rażąco niska,” a więc niska w sposób zauważalny, narzucający w sposób nieodparty takie wnioski.

Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego - czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów świadczenia usługi - musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty wykonawcy z tej przyczyny.

Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy, że właśnie takie czynniki brał pod uwagę oceniając wyjaśnienia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A i odwołującego, gdyż korzystając z tych usług i rozliczając je cenowo, ma bieżące rozeznanie co do realnych cen funkcjonujących na rynku, po których wykonawcy z powodzeniem realizują zakontraktowane usługi, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Izba uznała zatem stanowisko zamawiającego za wiarygodne.

Z postanowień Rozdziału 19 SIWZ - Sposób obliczenia ceny wynika, że wartość podana w Formularzu ofertowym stanowi maksymalną wartość nominalną zobowiązania wynikającego z umowy. Poszczególne elementy składowe zamawianej usługi oraz liczby jednostek określone w Formularzu ofertowym są wielkościami szacowanymi przyjętymi w celu porównania ofert i ustalenia maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania. Wykonanie rzeczywiste w oparciu o ustalone podstawy wyceny może się różnić. Z tych względów odniesienie ceny ofert wprost do wartości szacunkowej nie jest adekwatne, nie obejmuje zamówień uzupełniających.

Ponadto, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zobowiązany byłby wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty wykonawcy. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku przechodzi na zamawiającego, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. Jeżeli natomiast odwołujący przypisywał w tym zakresie zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego - winien te okoliczności udowodnić. Odwołujący zdaniem

Izby, nie dowiódł, że wyjaśnienia przystępującego - nie potwierdzają, iż zaoferowana cena wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. jest realna, a zamawiający uwzględniając te wyjaśnienia, naruszył przepisy art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Sam zarzut ogólnikowości wyjaśnień nie jest wystarczający dla jego uwzględnienia – podlega bowiem rozpatrzeniu w okolicznościach danego przypadku. Izba porównała wyjaśnienia odwołującego, które sprowadzały się do stwierdzenia, że cały opisany i wyspecyfikowany zakres zamówienia został wyceniony, a więc także miały charakter ogólnikowy. Należało zważyć, iż przedmiot zamówienia obejmuje według Rozdziału 2 SIWZ pkt 2.1.: „dostawę wraz z instalacją systemu telefonii VoIP (zwanego Systemem), świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz usługę utrzymania systemu telefonii VoIP. W zakres zamówienia wchodzi:

- 1) wymiana posiadanych przez zamawiającego przełączników w lokalizacji Wspólna 2/4 i Mysia 2 z pełnym zachowaniem obecnej funkcjonalności działających urządzeń,
- 2) wykonanie analizy przedwdrożeniowej i zaprojektowanie Systemu,
- 3) dostawa Systemu wraz z dokonaną analizą przedwdrożeniową, w tym:
 - a) instalacja Systemu,
 - b) konfiguracja, testowanie, wdrożenie i uruchomienie Systemu,
 - c) instalacja łączy telekomunikacyjnych,
 - d) wykonanie dokumentacji technicznej i eksploatacyjnej,
 - e) przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników i administratorów Systemu,
- 4) świadczenie usług wsparcia technicznego Systemu,
- 4) świadczenie usług telekomunikacyjnych,
- 5) świadczenie usługi administracji systemem.

- z terminem wykonywania 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Wyjaśnienia wykonawców dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, musiały zatem nawiązywać do charakteru prac objętych zamówieniem. Zamówienie tego rodzaju opiera się w znacznym stopniu na potencjale ludzkim i doświadczeniu, chociaż znaczenie mają również posiadane zasoby techniczne. Istotna jest też okoliczność na ile wykonawca może przystosować gotowe rozwiązania, które posiada w związku z innymi zamówieniami, nadające się do wykorzystania w danym postępowaniu.

W przeświadczeniu Izby, wyjaśnienia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w sposób dostatecznie szczegółowy i przekonujący wykazały obiektywne czynniki i okoliczności wpływające na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty, a w szczególności wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy w sposób

indywidualizowany. Świadczą o tym niepodważone przez odwołującego i sprawdzalne fakty, podane w wyjaśnieniu, że przystępujący:

- posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji projektów wdrożenia telefonii IP, pozwalające na optymalizację kosztów (zmiana formy prawnej podmiotu),
- stosuje dobór personelu technicznego o kompetencjach stosownych do rodzaju zadania (specjalizacja),
- posiada zorganizowaną na potrzeby innych podmiotów funkcję helpdesk, która umożliwi dywersyfikację kosztów usług serwisowych i gwarancyjnych,
- korzysta z posiadanej przez podwykonawcę Netia S.A. infrastruktury w budynkach zamawiającego,
- zawarł długoterminowe korzystne umowy, umożliwiające obniżenie kosztów utrzymania usług telekomunikacyjnych,
- tak samo jak podwykonawca Netia S.A. jest znaczącym partnerem firmy Cisco Systems i uzyskuje rabaty cenowe.

W związku z powyższym przystępujący posiada zaplecze techniczno-organizacyjne, nawiązane kontakty handlowe z podwykonawcami usług telekomunikacyjnych - co pozwala na oszczędności w wydatkach i optymalizację kosztów. Ponadto wykonawca wybrany powoływał się na stosowanie ograniczonej marży.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że 18,93% dysproporcja cen zaoferowanych przez 2 wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z tych wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urządzenia, sprzęt, materiały, dysponowanie osobami które będą zamówienie wykonywały, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług, w szczególności w danej lokalizacji - wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. W granicach dozwolonych prawem, (z wyłączeniem cen dumpingowych) wykonawca jest uprawniony, aby przedstawić cenę oferty odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert, gdyż na tym polega mechanizm konkurencji. Ponadto nie można było pominąć, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, w tym przypadku podana kwota obejmowała też zamówienia uzupełniające, a więc nie brane pod uwagę przez wykonawców przy kalkulowaniu ceny ofert.

Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Mitano*, LEX nr 127572, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, gdyż wymaga to zbadania danego przypadku.

Prawidłowością powszechnie notowaną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają *in minus* od wartości oszacowania zamówienia. Przy tego typu specyficznych usługach głównie niematerialnych, opierających się w przeważającej mierze na pracy specjalistów - ceny złożonych ofert bywają zróżnicowane i znacznie niższe niż podane wartości szacunkowe. Analiza badanej ceny oferty, pod względem jej realności musi odnosić się do konkretnego zamówienia i wszechstronnego rozważenia sytuacji wykonawcy - przywoływanej w wyjaśnieniach.

Dyspozycja normy art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny podany w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie jest wyczerpujący. Ponadto, zwrot, że obiektywne czynniki mają być dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany - nie oznacza, że nie mogą zostać wskazane takie okoliczności, jak często przywoływany argument prowadzenia działalności w znacznych rozmiarach, czy posiadane doświadczenie. Ważna jest bowiem skala tego zjawiska - dostępna indywidualnie dla konkretnego wykonawcy - i jej możliwy i realny wpływ na wyliczenie ceny oferty.

Ponadto złożone wyjaśnienia potwierdzają, że przystępujący Trecom Sp. z o.o. S.K.A. realizuje bądź realizował, samodzielnie lub przy współudziale podwykonawcy Netia S.A. porównywalne usługi objęte zamówieniem, także w tym rejonie - jak siedziby działalności zamawiającego, co udawadnia twierdzenia, że zna specyfikę rynku zamawianych usług, ma zbudowane struktury organizacyjne oraz zgromadzone środki materialne i techniczne do tego celu oraz, że współpracuje z grupą specjalistów, co daje możliwość płynnej alokacji tych środków i zasobów w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na ustalony w SIWZ sposób wyliczenia wynagrodzenia, żaden wykonawca nie był zobowiązany kalkulując ceny swojej oferty do przedstawiania pełnego kosztorysu. Kalkulacja ceny oferty przystępującego ani odwołującego, oprócz wyszczególnionych elementów składowych - nie

była przedstawiana. W ocenie Izby, odwołujący mógł przyjąć własne założenia cenowe odmienne od przystępującego, w tym też dowolną stopę zysku. Z tych względów proste porównanie cen oferty odwołującego i przystępującego i zanotowana różnica nie jest miarodajna dla zarzutu rażąco niskiej ceny oferty konkurenta. Niektóre elementy usługi odwołujący skalkulował na poziomie niższym niż przystępujący, np. usługi wsparcia technicznego i utrzymania systemu, czy usługi administrowania systemem.

Izba opowiada się za powszechnie aprobowanym poglądem, że wyjaśnienia - aby mogły zostać uwzględnione - nie mogą być ogólnikowe, muszą odnosić się do konkretów - oświadczeń wykonawcy, które będą nadawały się do zweryfikowania. W większości także treść oferty oparta jest na oświadczeniach własnych wykonawcy, w przypadkach przewidzianych w ustawie obligatoryjnie potwierdzonych dokumentami. Za zgodność złożonych oświadczeń z rzeczywistością wykonawca ponosi wszelką odpowiedzialność, w tym ryzykuje, że w razie ujawnienia, iż złożył nieprawdziwe informacje w wyjaśnieniach, jako stanowiących integralną część oferty, a które zostały by uwzględnione przez zamawiającego jako uzasadnienie wysokości ceny oferty w trybie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, mogłoby to stanowić także podstawę dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Treść wyjaśnień wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. została odwołującemu udostępniona w całości i nie podnosił on generalnie zarzutu, że okoliczności podane przez przystępującego - nie zachodzą, i że wyjaśnienia te mijają się ze stanem rzeczywistym.

W ocenie Izby, wymienione przez przystępującego czynniki obiektywne, realnie istniejące jak:

- zaangażowanie w realizację miejscowych usług, w tych samych lokalizacjach, bezpośrednio czy przez podwykonawcę Netia,
 - wieloletnie doświadczenie w realizacji projektów wdrożenia telefonii IP,
 - dysponowanie kompetentnym personelem technicznym - stosownym do rodzaju zadania,
 - zorganizowana na potrzeby innych podmiotów funkcja helpdesk, która umożliwia dywersyfikację kosztów usług serwisowych i gwarancyjnych,
 - posiadanie przez podwykonawcę Netia S.A. infrastruktury w budynkach zamawiającego,
 - długoterminowe korzystne umowy podwykonawcy z firmą Cisco umożliwiające obniżenie kosztów utrzymania usług telekomunikacyjnych,
 - stosowanie przez wykonawcę ograniczonych marż,
- pozwalają przystępującemu na konkretne oszczędności kosztów, przekładające się na konkurencyjną wycenę przedmiotu zamówienia, co zostało przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A.

wykazane. Posiadany potencjał w powiązaniu z doświadczeniem, wpływa bowiem na usprawnienie procesu zarządzania kontraktem, a w ślad za tym powoduje realne zmniejszenie kosztów realizacji przedsięwzięcia. Możliwość dywersyfikacji i alokacji potencjału osobowego i rzeczowego przy realizacji oznaczonych prac, zatem możliwe w związku z tym oszczędności - zostały wykazane. Nie została podważona okoliczność, że wykonawca Tracom Sp. z o.o. S.K.A. posiada znaczący udział w rynku usług będących przedmiotem zamówienia - licząc też udział wskazanego podwykonawcy firmy Netia S.A. zatem koszty stałe przedsiębiorstwa, jak i koszty zaangażowania potencjału osobowego mogą zostać rozłożone na większą ilość realizowanych umów, co przyczynia się do ich jednostkowego zmniejszenia - są to więc okoliczności, o których stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu specyfiki tych usług.

W ocenie Izby, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia - mające wpływ na kalkulację ceny oferty mają charakter opisanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjęcie zatem tych wyjaśnień - jako czynność zamawiającego - nie budzi zastrzeżeń Izby. Wyjaśnienia złożone dnia 25 września 2012 r. przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A. były wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny, a podana cena uzasadniona jest sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi wykonawcy. Zdaniem Izby, nie można było ocenić wyjaśnień Trecom Sp. z o.o. S.K.A. jako zbyt ogólnikowych. Wyjaśnienia miały charakter konkretny - sprawdzalny. Uznając, że wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona, Izba stwierdziła podstawy do zaakceptowania czynności zamawiającego związanych z wyborem tej oferty - jako przeprowadzonych poprawnie. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A. nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego za podaną cenę, a powierzenie jego wykonania przystępującemu stanowi ewidentne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Nie znalazły również potwierdzenia dalsze zarzuty odwołującego. Przystępujący ujął w Formularzu oferty cały opisany tam zakres zamówienia - wszystkie wyspecyfikowane elementy. Odwołujący nie miał podstaw do stawiania hipotez, iż którakolwiek pozycja jest niedoszacowana, bądź też, że przystępujący nie uwzględnił kosztów wymiany urządzeń Cisco, lub że urządzenia te będą niewłaściwie dobrane. Zarzuty takie Izba uznała za domniemane a nie udowodnione. Zamawiający, żadnych założeń kalkulacyjnych nie narzucił - pozostawiając także rozwiązania systemowe w ramach ustalonych warunków SOPZ oznaczonych w SIWZ - do decyzji wykonawców. Izba nie uwzględniła również zarzutu odwołującego, że oferta wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A. podlegała odrzuceniu na

postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp albowiem jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Zarzuty podnoszone w odwołaniu miały charakter ogólnikowy – sprowadzały się do domniemań i przypuszczeń, iż z uwagi na niższą cenę oferty – być może wykonawca wybrany zastosował urządzenia, które nie będą zgodne z wskazaniami SOPZ. Dopiero w trakcie rozprawy odwołujący podał dwa konkretne urządzenia - oznaczony model aparatu telefonicznego oraz bramki głosowej analogowej do faksów, które jeżeli by zostały zastosowane przez przystępującego – byłby niezgodne z opisem SIWZ. Izba uznała, że zarzuty te przekraczają granice odwołania i jako takie nie podlegają rozpatrzeniu na podstawie odpowiednio stosowanego art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zweryfikował ofertę przystępującego pod kątem wymagań technicznych i zarzutów – podnoszonych w odwołaniu i nie stwierdził odstępstw, a tym samym nie miał podstaw w kontekście przedstawionych zarzutów odwołania – do ich uwzględnienia. Miarą zaś odróżnienia zarzutów od przedstawianych na ich wykazanie dowodów, jest możliwość zajęcia stanowiska tak przez zamawiającego, jak i przystępującego, a w szczególności rozpatrzenia zarzutu i ewentualnego uwzględnienia odwołania w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Konkretyzując zarzut na rozprawie – takiej możliwości odwołujący zamawiającemu nie pozostawił.

W oparciu o przytoczone powyżej ustalenia dowodowe, Izba uznała, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 26 ust. 2b ustawy, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A., pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału i nie wykazał, że będzie dysponował zasobami podmiotu na doświadczenie i wiedzę którego się powołuje,
- 2) art. 90 ust. 2 i 3, oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A., podczas gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska, a oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Sp. z o.o. S.K.A., podczas gdy zaoferowane w opisie koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP urządzenia Cisco nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 8 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opisu „Koncepcji realizacji systemu telefonii VoIP,” a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tego dokumentu,
- 6) art. 7 ustawy Pzp poprzez nieprzestrzeganie zasady równe traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,
- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

