

Sygn. akt KIO/UZP 883/10

**WYROK**  
z dnia 31 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Bartczak-Żuraw

**Członkowie:** Bogdan Artymowicz  
Barbara Bettman

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Winuel S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów Departament Podatku Akcyzowego i Ekologicznego, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia 26 kwietnia 2010 r.

przy udziale **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., 01-687 Warszawa, ul. Lektykarska 29** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*.

orzeka:

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Winuel S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Winuel S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,**
  
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Winuel S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180.**

#### U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (zwana dalej ustawą Pzp) na „System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL.” - nr ref: R/84/09/SC/B/265. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 107-155460 z dnia 6 czerwca 2009 r.

Odwołującym są wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. i Winuel S.A. (zwani dalej Odwołującym).

Dnia 16 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta spółki Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (zwanej dalej Pentacomp lub Przystępującym). Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pozycji drugiej. W dniu 26 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pentacomp,

- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Pentacomp, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Pentacomp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ),  
względnie (dodatkowa przesłanka),
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty Pentacomp, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie w toku postępowania zasad uczciwej konkurencji w związku z naruszeniem wymienionych w proteście przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, a w jego następstwie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy poprzez nieprawidłowe ustalenie, czy oferta Pentacomp zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w jego następstwie zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Pentacomp, mimo że oferta tego podmiotu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pentacomp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny i innych przepisów zawartych w treści uzasadnienia.

Na skutek powyższych czynności i zaniechań Zamawiającego interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności (zaniechania) Zamawiającego uniemożliwiają dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Pentacomp jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty Pentacomp na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 4) ustawy Pzp  
(względnie)
- 3) odrzucenie oferty Pentacomp również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, rzetelnej i zgodnej z obowiązującymi przepisami.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu nieodrzczenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, Odwołujący argumentował, że w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, że wprawdzie zgodnie z orzeczeniem ETS (C-103/88) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej cen wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego), bez dania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna, to w powyższym stwierdzeniu odnaleźć można jednak istotną konkluzję - po pierwsze, zasadność arytmetycznego kryterium typowania ofert poniżej pewnego poziomu, po drugie, konieczność uprzedniego przeprowadzenia rzetelnych wyjaśnień, które w sposób niewątpliwy wykażą poprawność wyliczonej ceny.

Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w brzmieniu przepisu art. 90 ustawy Pzp. Zgodnie z jego ust. 1 istnieje obowiązek wyjaśnienia ofert, w stosunku, do których zachodzi podejrzenie rażącego zaniżenia ceny. Fakt wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Pentacomp jest bezsporny. Stosując, szacunkową wartość przedmiotu zamówienia, powiększoną o podatek od towarów i usług, jako kryterium porównawcze stwierdzimy, że oferta Pentacomp stanowi (w przybliżeniu) jedynie 52% tej wartości. Dodatkowo porównując ceny oferty Pentacomp do średniej ceny grupy ofert o najbardziej zbliżonych do siebie cenach (które również jest pomocniczym kryterium oceny oferty pod kątem zastosowania rażąco niskiej ceny) otrzymany wynik, w którym oferta Pentacomp stanowi (w przybliżeniu) jedynie 54% tej wartości. Odpowiednio więc, oferta Pentacomp odbiega o 48% od wartości szacunkowej zamówienia oraz o 46% od średniej wartości cen pozostałych ofert. Powyższe jest więc ewidentnym dowodem, że w przedmiotowej sprawie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny. Odwołujący zauważał, że doświadczenia krajów członkowskich UE wskazują na obowiązek wszczęcia procedury wyjaśnień elementów cenowych przy dużo niższych wartościach - gdy cena odbiega o 10%) od średniej ceny grupy ofert o najbardziej zbliżonych do siebie cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (por. G. Wicik/P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych Komentarz do art. 90 ustawy Pzp*). Jednocześnie, powyższe wskaźniki procentowe zostały potwierdzone w wyroku KIO z 23 grudnia 2008 r.; sygn. akt KIO/UZP1443/08. Powyższe elementy odniesienia, w tym ceny rynkowe podobnych zamówień, zyskały uznanie również w orzecznictwie SO (por. wyrok SO w Warszawie z 8.6.2006 r., V Ca 459/06). Tak więc, za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z szacunkową wartością

zamówienia lub cenami rynkowymi (wyrok SO w Radomiu z 14.2.2006 r., IV Ca 28/06; wyrok KIO z 14.2.2008 r., KIO/UZP 73/08; wyrok ZA z 29.10.2007 r., UZP/ZO/0-1273/07; wyrok ZA z 25.10.2007 r., UZP/ZO/0-1251/07). Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Przyczyną podania w ofercie rażąco niskiej ceny wyraźnie różniącej się od kalkulacji zawartych w innych ofertach może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Analizując poszczególne składniki cenotwórcze z Formularza Wyceny, zawartego w ofercie Pentacomp, szczególną uwagę zwraca wycena w poz. 3 - Realizacja funkcjonalności cykl 2. Podana za realizację tej funkcjonalności cena rażąco odbiega od rynkowych ofert konkurencji (w tym wyceny Protestującego). Koszty realizacji tej funkcjonalności, nie zostały jednocześnie skompensowane w innych pozycjach wyceny. Albowiem pozostałe wartości (z wyjątkiem poz. 11) zostały wycenione na podobnym poziomie, jak w ofertach innych wykonawców. Odwołujący argumentował, iż biorąc pod uwagę złożoność zwłaszcza funkcjonalności „podziału przesyłki”, która dotychczas nie była przewidziana w polskich procedurach oraz nie jest obsługiwana przez system Bachus, a musi zostać wdrożona w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Odwołujący uważał, że Pentacomp rażąco nie doszacował tego etapu realizacji systemu. Powyższe twierdzenia, według Odwołującego, nie są bezpodstawne, ponieważ dysponuje jednym z najliczniejszych w Polsce zespołów informatyczno-wdrożeniowych. Mając na uwadze szeroką kadrę specjalistów oraz doświadczenie wyniesione z wielu realizowanych projektów informatycznych możliwe jest dokładne oszacowanie złożoności i wartości przedmiotu zamówienia. Wieloletnia obecność na rynku polskim, a także udział w projektach realizowanych przez Komisję Europejską pozwalają na przedłożenie realnie i jednocześnie atrakcyjnej cenowo oferty dla Zamawiających. Podkreślał, że spośród wszystkich wykonawców w tym postępowaniu najlepiej zna system, którego rozwój stanowi przedmiot postępowania - a wynika to z tego, że to właśnie Odwołujący stworzył system Bachus i realizował usługę jego utrzymania nieprzerwanie od 2006 roku. Tym samym posiada unikalną wiedzę, która pozwoliła mu na bardzo dokładne oszacowanie kosztów oferty i maksymalne ich obniżenie. Ponadto, zauważał, że rażące niedoszacowanie kosztów oferty Pentacomp, wynika dodatkowo z faktu przyjęcia wartości 0 zł dla Dodatkowych elementów, które winien zaproponować Wykonawca, w poz. 11 Załącznik 1 Formularz Wyceny. W konsekwencji należy stwierdzić, że cena ofertowa Pentacomp za realizację przedmiotu zamówienia jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, a przede wszystkim nieadekwatna w stosunku do wymagań, zakresu realizacji przedmiotu zamówienia i wynikającej z niego pracochłonności.

Jednocześnie Odwołujący zauważał, że z formalnego punktu widzenia warto podnieść, że z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający podejmuje decyzję, co do rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie wyjaśnień zamawiającego, lecz również na podstawie dowodów (wyrok SO w Warszawie z 22.6.2004 r., V Ca 1112/04; wyrok ZA z 25.7.2006 r., UZP/ZO/0-2116/06; wyrok ZA z 28.3.2006 r., UZP/ZO/0-2996/06). Należy uznać, iż wykonawca powinien przedstawić dowody na brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny w przypadku żądania od niego wyjaśnień w tym przedmiocie. Same bowiem wyjaśnienia nigdy nie są obiektywne, gdyż składa je podmiot jak najbardziej zainteresowany w sprawie. Powołał się na orzecznictwo, z którego wynika, że nie tylko oferta wykonawcy, który nie złożył żadnych wyjaśnień, ale również tego, który złożył wyjaśnienia niepełne lub niedostateczne, winna podlegać odrzuceniu. Tym samym, biorąc powyższe pod uwagę, obiektywnie niemożliwym było udowodnienie przez Pentacomp, że zaoferowana cena została rzetelnie skalkulowana i uwzględnia rynkowe ceny i cały zakres zadań określony przez Zamawiającego w SIWZ, przewidywany do wykonania. W świetle powyższego, uważał, iż zaoferowana przez Pentacomp cena jest niewiarygodna i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia - z tego też względu winna być odrzucona. Rażąco niska cena, zaoferowana przez Pentacomp może również wynikać z nieuwzględnienia w ofercie pełnego zakresu przewidzianego w SIWZ, co jest z kolei argumentem przemawiającym za odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Ponadto podnosił, że Pentacomp zaoferował samodzielną realizację przedmiotowego zamówienia, bez uwzględnienia potrzeby skorzystania z udziału podwykonawcy, podczas gdy z treści SIWZ wynika obowiązek przeprowadzenia autoryzowanych szkoleń (SIWZ załącznik A - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt. 8 z wyszczególnieniem 8.1.1 do 8.1.6). Pentacomp nie jest uprawniony do ich przeprowadzenia, ponieważ szkolenia tego rodzaju mogą przeprowadzić wyłącznie autoryzowane ośrodki szkoleniowe. W tym zakresie Pentacomp winien wskazać, że zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcy. Odmienna wola Wykonawcy musi być uznana, jako niezgodność oferty z treścią SIWZ bądź jako przesłanka wykluczenia Pentacomp art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, którą jest złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Kolejnym argumentem świadczącym o niezgodności oferty Pentacomp z treścią SIWZ jest zdaniem Odwołującego fakt, że w ofercie firmy Pentacomp w poz. 11 Formularza Wyceny została wpisana cena 0 zł za dodatkowe elementy zaproponowane przez wykonawcę. Odwołujący powołuje się na wymaganie w SIWZ pkt 6.1.2 ppkt 6 dotyczące

konieczności dostarczenia 5000 licencji dla obsługi TPS SSL. Element ten nie znajduje się w specyfikacji sprzętowo-programowej dla serwera komunikacyjnego pomiędzy systemem EMCS-PL a podmiotem, która znajduje się w Załączniku nr 2 do oferty Tabela 1. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, element ten powinien być wyszczególniony w liście elementów dodatkowych w pkt. 11. Załącznika 1 oraz w Tabeli nr 7 w Załączniku 2, a niewpisanie przez Pentacomp tych licencji do dostarczanych elementów dodatkowych powoduje, że wykonawca nie uwzględnił tych licencji w swojej ofercie. Tym samym przedstawił ofertę, która nie spełnia wszystkich wymogów określonych w SIWZ, a tym samym jest niezgodna z jej treścią SIWZ.

Dodatkowo, w ofercie Pentacomp w Załączniku nr 2 w specyfikacji dostarczanego sprzętu nie został wskazany wymagany system operacyjny, który zostanie dostarczony razem ze sprzętem. Wykonawca skopiował wyłącznie zapis znajdujący się w specyfikacji wymagań, nie określając parametrów zaoferowanego systemu. Brak takiego zapisu, w związku z wymaganiem Zamawiającego, określonym w SIWZ w rozdział IV pkt 3 ppkt 3, że wymagane jest wypełnienie tabeli specyfikacji technicznej dostarczanego sprzętu, jest naruszeniem wymogów. Brak zdefiniowanego systemu operacyjnego nie pozwala również na stwierdzenie przez Zamawiającego jaka jest koncepcja realizacji przez Pentacomp rozwiązania, a tym samym stwierdzenia czy zostanie spełniony wymóg kompatybilności z już istniejącym systemem Bachus (SIWZ, pkt 6.1.1.11) oraz sugeruje, że rażąco niska cena jest spowodowana nieuwzględnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego. Pentacomp nie zaoferował również żadnego oprogramowania typu MOM (Message Oriented Middleware), pomimo że było to wymagane jasno określone w SIWZ pkt. 6.2.1.2 str 35, co stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Ponadto zdaniem Odwołującego oferta Pentacomp zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT (a właściwiej - jej niezastosowaniu) w związku z zaoferowaniem nieodpłatnych świadczeń w poz. 11 Formularza Wyceny, które winny być opodatkowane podatkiem VAT.

Powyższe świadczy zdaniem Odwołującego o naruszeniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, co wynika wprost z art. 7 ustawy Pzp i co potwierdza orzecznictwo arbitrażowe.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu, na skutek wezwania z dnia 26 kwietnia 2010 r., w dniu 28 kwietnia 2010 r. przystąpił Pentacomp. W przystąpieniu Pentacomp wnosił o oddalenie protestu, podnosząc, co następuje. W zakresie zarzutu

rażąco niskiej ceny, wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zwrócił się do Pentacomp o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pentacomp z dochowaniem wyznaczonego terminu, w sposób niezwykle rzetelny przedstawił obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Pentacomp oraz oryginalność rozwiązania Pentacomp. Złożone wyjaśnienia poparte zostały również dowodami. Przedmiotem wyjaśnień była również wycena dokonana w poz. 3 - Realizacja funkcjonalności cykl 2. Zgodnie z specyfikacją dla systemu europejskiego EMCS liczba procesów biznesowych do realizacji w cyklu 2 jest o ponad połowę mniejsza niż w cyklu nr 1. W ramach cyklu 1 powstanie cała infrastruktura i moduły komunikacyjne z przedsiębiorcami oraz UE co dodatkowo zmniejsza koszt realizacji cyklu 2. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień oraz załączonych dowodów, nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty. Wskazywała także, że Pentacomp legitymuje się również dużym doświadczeniem przy realizacji wielu projektów informatycznych, w których realizowane były moduły wymiany komunikatów między instytucjami krajowymi a europejskimi (np. System EORI dla Ministerstwa Finansów oraz Krajowy System Informatyczny dla Komendy Głównej Policji w zakresie komunikacji między systemami krajowymi), co pozwoliło na rzetelne oszacowanie kosztów oferty i maksymalne ich obniżenie, z zachowaniem zyskowności projektu.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty z SIWZ z uwagi na niepodanie, iż zamówienie będzie realizowane z pomocą podwykonawców, wskazywał, że zgodnie z treścią SIWZ - Załącznik A pkt 8.1. (str. 64 SIWZ) Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia administratorom systemu certyfikowanych szkoleń (a nie do przeprowadzenia ich przez Wykonawcę, jak wskazywał Odwołujący). W pkt. 8.1.1. - 8.1 6. Zamawiający określił, że szkolenia te mają się odbyć „w autoryzowanym ośrodku prowadzącym szkolenia certyfikowane”. Zamawiający wskazywał ponadto (str. 65 SIWZ), że szkolenia te „winny być potwierdzone certyfikatem wydanym przez autoryzowany ośrodek prowadzący szkolenie” zaś rola Wykonawcy sprowadza się jedynie do zapewnienia zakwaterowania i wyżywienia. Argumentował, że skoro Zamawiający wprost wskazał na podmiot inny niż wykonawca realizujący usługę szkoleń certyfikowanych, ograniczając jego rolę tylko do zapewnienia, to nie można mówić w tym przypadku o podwykonawstwie przy realizacji zamówienia (powołał wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 66/07). Poparciem powyższej argumentacji jest również jego zdaniem wyraźne rozróżnienie przez Zamawiającego szkoleń niecertyfikowanych, których przeprowadzenie literalnie zostało powierzone Wykonawcy (pkt 8.2.1. str. 65 SIWZ - „Szkolenia zostaną przeprowadzone przez Wykonawcę w Izbie Celnej w Łodzi.”). Podkreślał również, że jak wskazano w wyroku KIO z dnia 10 września 2009 r.

sygn. akt KIO/UZP 1117/09, „podanie lub brak informacji w zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie, zaś samo niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 Ustawy, żądań Zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. niepodanie informacji o planowanym podwykonawstwie, w przypadku gdyby w rzeczywistości wykonawca zamierzał wykonać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawcy) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycji art. 24 lub 89 ustawy Pzp, na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia.”

Odnosnie zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ polegającego na nieuwzględnieniu nie w ofercie dostarczenia 5000 licencji dla obsługi TPS SSL wskazał, że licencje te zostały zaoferowane przez Pentacomp w ramach realizacji cyklu 1. Zakup ww. licencji jest jednym z zasadniczych elementów przedmiotu zamówienia i nie mógł być wskazany w poz. 11 Formularza Wyceny (tabela 7), gdyż w tej pozycji wskazywane mogły być tzw. elementy dodatkowe o ile byłyby oferowane przez wykonawcę.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ polegającego na niewskazaniu wymaganego systemu operacyjnego, dostarczanego wraz ze sprzętem Przystępujący argumentował, że zgodnie z Rozdziałem IV ust. 3 pkt 3 SIWZ (str. 5 SIWZ) oferta winna zawierać Formularz Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu. Wykonawca zobowiązany został do wskazania modelu, nazwy handlowej, oznaczenia producenta oraz wpisania parametrów technicznych sprzętu. Szczegółowa specyfikacja dotyczyć miała sprzętu, a nie systemu operacyjnego, ze wskazaniem parametrów oferowanych przez Wykonawcę i taka specyfikacja została dostarczona przez Pentacomp.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ polegającego na niezaoferowaniu żadnego oprogramowania typu MOM Przystępujący powołał się na brzmienie pkt 6.2.1.2. SIWZ (str. 35 SIWZ), zgodnie z którym wykonawca winien stworzyć klienta komunikującego się z modułem komunikacyjnym dla domeny wspólnotowej oraz skonfigurować moduł komunikacyjny na potrzeby systemu EMCS PL. Zamawiający sformułował w kolejnych podpunktach wymagania względem modułu bez wskazywania konkretnego rozwiązania. Przystępujący zaoferował stworzenie własnego autorskiego rozwiązania spełniającego wymagania określone przez Zamawiającego, a jego koszt został uwzględniony w pozycji Realizacja funkcjonalności cykl 1.

Odnosnie zarzutu błędnego obliczenia ceny zdaniem Przystępującego z przyczyn zupełnie niezrozumiałych Odwołujący wskazał, że Pentacomp zastosował nieprawidłową stawkę VAT, gdyż zaoferował nieodpłatne świadczenia, które nie zostały opodatkowane. Formularz Wyceny w poz. 11 zawierać miał ceny zaoferowanych przez Wykonawcę dodatkowych elementów wskazanych w tabeli nr 7. Skoro Pentacomp nie zaoferował żadnych dodatkowych elementów (Tabela nr 7 w Załączniku nr 2 do Formularza Ofertowego w ofercie Przystępującego jest niewypełniona), nie określił wynagrodzenia za te elementy.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2010 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie, Zamawiający oddalił protest.

W zakresie zarzutu nieodrzczenia oferty z uwagi na jej rażąco niską cenę Zamawiający wyjaśnił, iż w toku badania ofert Zamawiający zwrócił się do Pentacomp o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący w wyznaczonym terminie wyczerpująco przedstawił obiektywne czynniki mające wpływ na cenę oferty, w szczególności wskazał na oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy. Złożone wyjaśnienia poparte zostały również dowodami. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień oraz załączonych dowodów, nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Pentacomp jako nieodpowiadającej treści SIWZ z uwagi na niepowierzenie przeprowadzenia autoryzowanych szkoleń podwykonawcy Zamawiający wskazał, że w pkt 8.1. Załącznika A do SIWZ wymagał zapewnienia autoryzowanych szkoleń dla administratorów systemu, wskazując w ten sposób podmiot uprawniony do ich realizacji. Sytuacja ta, w myśl wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2008r. sygn. akt. KIO/UZP 66/07 nie może być kwalifikowana jako podwykonawstwo, a zatem nie można uznać, iż Przystępujący miał obowiązek wskazać w tym zakresie podwykonawcę, jak również, że oferta jest niezgodna z SIWZ. Z kolei w odniesieniu do zarzutu braku wyceny licencji dla obsługi 5000 TPS SSL w poz. 11 Formularza Wyceny Zamawiający podnosił, że ww licencje były opisane w pkt 6.1 SIWZ, natomiast poz. 11 Formularza Wyceny odpowiada Tabeli nr 7 „Dodatkowe elementy zaproponowane przez wykonawcę do punktów 6.1.2.7) 6.2.2,3) 6.3.2.5) 6.4.2.3) 6.6.2.4) 6.7.2.3) 6.8.2.5". Tabela została przewidziana do podania przez Wykonawcę elementów dodatkowych zaproponowanych przez wykonawcę, czyli innych niż opisane przez Zamawiającego w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” - Załącznik A do SIWZ. Elementy opisane w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” (nie podlegające zmianie przez Wykonawcę), winny zostać wycenione w ramach poszczególnych cykli, w

ramach których będą realizowane. Dwukierunkowy interfejs komunikacyjny (WebServices), dla obsługi którego są niezbędne przedmiotowe licencje, będzie realizowany w ramach cyklu 1, a zatem zostały one wycenione w ramach 1 cyklu.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, iż Wykonawca w Załączniku nr 2, zawierającym specyfikację techniczną oferowanego sprzętu, nie podał parametrów innych niż minimalne wymagane przez Zamawiającego jest naruszeniem wymogu opisanego w rozdz. IV 3.3. SIWZ Zamawiający wskazał, iż w punkcie 3 ppkt.3 rozdz. IV Zamawiający określił, iż oferta Wykonawcy musi zawierać, między innymi, formularz specyfikacji technicznej oferowanego przez Wykonawcę sprzętu, przygotowany według druku stanowiącego Załącznik B do SIWZ. W druku wykonawca winien określić model, nazwę handlową oraz oznaczenie producenta oferowanego przedmiotu zamówienia oraz w kolumnie nr 3 wpisać parametry sprzętu oferowanego przez wykonawcę. Zamawiający, określając minimalne parametry techniczne sprzętu, nie wprowadził jednocześnie obowiązku dla wykonawców zaoferowania sprzętu o parametrach wyższych niż minimalne, ale prosił o wpisanie parametrów sprzętu, który Wykonawca oferował. Jeżeli były to parametry minimalne, Zamawiający nie miał możliwości tego zakwestionować.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezaoferowania żadnego oprogramowania typu MOM (Message Oriented Middleware).Zamawiający wyjaśnił, iż nie wymagał zaoferowania takiego oprogramowania, wymagał natomiast dokonania integracji systemu Bachus/EMCS PL z modułem komunikacyjnym dla domeny wspólnotowej, co zostało opisane w punkcie 6.2.1.2 Załącznika A do SIWZ. W sytuacji, kiedy Zamawiający nie wskazał konkretnego rozwiązania wykonawca budując moduł integrujący system Bachus/EMCS PL z modułem. komunikacji dla domeny wspólnotowej, wykonawca miał prawo zastosować rozwiązanie autorskie. Moduł ten będzie realizowany w ramach cyklu 1, a zatem został on wyceniony w ramach tego cyklu.

Odnosząc się do zarzutu błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający wskazywał ,że Formularz Wyceny w poz. 11 miał zawierać ceny zaoferowanych przez Wykonawcę dodatkowych elementów wskazanych w Tabeli nr 7. Przystępujący nie zaoferował żadnych dodatkowych elementów (Tabela nr 7 w Załączniku nr 2 do Formularza Ofertowego nie została wypełniona), więc nie określił wynagrodzenia za te elementy.

Na powyższe rozstrzygnięcie zostało wniesione odwołanie w dniu 10 maja 2010 r. (data stempla pocztowego), którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie, w którym podtrzymał i ponowił wszystkie zarzuty i żądania podniesione w proteście.

W dniu 25 maja 2010 r. przed rozpoczęciem posiedzenia KIO Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, popierając argumentację Zamawiającego. W przystąpieniu podtrzymał argumenty przedstawione w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Dnia 18 maja 2010 r. na podstawie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2010 r. sygn. akt KIO/W 45/10 uchylającego zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zawarł umowę nr R/84/09/SC/B/265 w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym oryginalnej dokumentacji postępowania, proteście, odwołaniu, przystąpieniach oraz wyjaśnieniach złożonych przez strony i uczestnika na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił następujący stan prawny mający zastosowanie do niniejszego odwołania.

Z uwagi na datę wszczęcia niniejszego postępowania, na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, a Odwołujący posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Odwołujący złożył bowiem ofertę zajmującą drugą pozycję w rankingu ofert i potwierdzenie się zarzutów zawartych w proteście, a następnie w odwołaniu, otwierałoby mu ewentualną drogę do uzyskania zamówienia. Izba uznaje, że nie pozbawia Odwołującego interesu prawnego okoliczność, że po wniesieniu odwołania, na podstawie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2010 r. sygn. akt KIO/W

45/10 uchylającego zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający w dniu 18 maja 2010 r. zawarł umowę nr R/84/09/SC/B/265 w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. W ocenie Izby zawarcie umowy, choć zgodne z ustawą Pzp, nie niweczy jednak prawa Odwołującego do rozpatrzenia odwołania. Uchylenie zakazu zawarcia umowy w trybie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp dokonywane jest w oparciu o całkowicie odmienne przesłanki abstrahujące od zasadności odwołania, stąd niezasadnym w ocenie Izby byłoby pozbawianie tylko z tego względu prawa do merytorycznego rozstrzygnięcia odwołania. Na potwierdzenie istnienia interesu prawnego w takim przypadku powołać można uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r. (III CZP 73/05). Sąd Najwyższy doszedł w niej do wniosku, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika, chyba że umowa została wykonana. Z orzeczenia Sądu Najwyższego wynika zatem, że z punktu widzenia racjonalności skargi istotny jest nie tyle fakt zawarcia umowy, ile jej wykonanie. Dopiero wykonanie umowy skutkuje umorzeniem postępowania. W takim bowiem przypadku wydanie wyroku jest zbędne, skoro odpadł cel postępowania skargowego, jakim jest kontrola sądowa wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonanie umowy definitywnie i ostatecznie kończy postępowanie. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanką do wniesienia skargi, podobnie jak w przypadku protestu czy odwołania, jest istnienie interesu prawnego. Sąd Najwyższy, dopuszczając wniesienie skargi po zawarciu umowy (po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu), a przed jej wykonaniem, uznał jednocześnie, że wnoszący skargę posiada interes prawny w jej wniesieniu. Ponadto należy nadmienić, że przepisy ustawy Pzp dotyczące postępowania odwoławczego nie przewidują umorzenia postępowania odwoławczego w takim przypadku (jako bezprzedmiotowego).

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny Izba uznała go za niezasadny. Swoje twierdzenie w tym zakresie Odwołujący opiera na analizie oferty Przystępującego, która w pkt 11 Formularza Wyceny zawierała kwotę 0,00 zł. W opinii Odwołującego Przystępujący zaoferował w tym punkcie świadczenia nieodpłatne, które winny zostać wycenione i opodatkowane podatkiem VAT. Nieopodatkowanie podatkiem VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny nakazujący odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższe rozumowanie jest nieuprawnione.

Formularz Wyceny stanowiący Załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego nakazuje wykonawcy składającemu ofertę podanie całkowitej ceny oferty (brutto), a ponadto wskazuje, że na cenę oferty składają się następujące elementy zgodnie z opisem w Załączniku A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”. W kolejnych pkt od 1 do 11 odwołując się do określonych punktów Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” oferenci winni podać ceny (brutto) za poszczególne produkty i usługi realizowane w ramach umowy składające się na cenę oferty. Powyższe rozwiązanie jest skorelowane z brzmieniem § 10 ust. 4 Wzoru umowy, zgodnie z którym dla każdego produktu lub usługi wyszczególnionego w Formularzu Wyceny wykonawca jest zobowiązany wystawić odrębną fakturę VAT.

Z powyższego wynika, że w poszczególnych pkt Formularza Wyceny należało wpisać te elementy, które zostały w nim szczegółowo określone poprzez odwołanie się do odpowiednich postanowień SIWZ (Załącznik A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”). Obowiązek wypełnienia Formularza Wyceny według druku do Załącznika nr 1 do Formularza Ofertowego wynika także z rozdziału IV SIWZ „Sposób przygotowania oferty” ust. 3 pkt 3 ppkt 2 („Oferta musi zawierać: (...) 2) wypełniony formularz wyceny (wg druku do Załącznika Nr 1 do Formularza Ofertowego”). Pkt 11 Formularza Wyceny brzmi: „11. Pkt 6.1.2 7) 6.2.2 3) 6.3.2 5) 6.4.2 3) 6.6.2 4) 6.7.2 3) 6.8.2 5) – *Dodatkowe elementy zaproponowane przez Wykonawcę*”, przy czym zgodnie z zawartą tam instrukcją należało wpisać każdy dodatkowy element. Okoliczność, że w pkt 11 należało wskazać wyłącznie oferowane dodatkowe elementy zaproponowane w odniesieniu do wymienionych w pkt 11 postanowień Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” znajduje potwierdzenie w treści Tabeli nr 7 Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego Formularz Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu (w wersji po zmianie z 5 lutego 2010 r.), gdzie wyraźnie wskazano: „*Dodatkowe elementy zaproponowane przez wykonawcę w odniesieniu do pkt 6.1.2. 7) 6.2.2 3) 6.3.2 5) 6.4.2 3) 6.6.2 4) 6.7.2 3) 6.8.2 5)*”, przy czym Tabela nr 7 miała być wypełniona odrębnie dla każdego dodatkowego elementu. Powoływane powyżej punkty Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” dotyczyły sytuacji, gdy wykonawca stwierdzi, iż minimalna infrastruktura sprzętowo-programowa jest niewystarczająca. Winien wówczas zaoferować dodatkowe elementy sprzętowe i programowe w celu spełnienia wymogów technicznych. Z powyższego jednoznacznie wynika, że były to elementy nieobowiązkowe, które nie musiały zostać zaproponowane przez wykonawcę, o ile nie stwierdził takiej konieczności. Oferta Przystępującego w pkt 11 zawiera cenę 0,00 zł. Równocześnie Tabela nr 7 Formularza Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu w ofercie Przystępującego pozostała niewypełniona. Oznacza to zatem, że nie zaoferował żadnych elementów dodatkowych, które podlegałyby wycenie czy opodatkowaniu podatkiem VAT. W szczególności nie można mówić o zaoferowaniu świadczeń nieodpłatnych, jeżeli w

ofercie nie zostały ono wyszczególnione. W ocenie Izby ofertę składaną przez wykonawcę należy interpretować z uwzględnieniem wszystkich jej postanowień, a te jednoznacznie potwierdzają, że Przystępujący nie zaoferował żadnych elementów dodatkowych. Zapewne dla formalnej poprawności należało w pkt 11 wpisać „nie dotyczy”, a nie cenę 0,00 zł, jednak nie świadczy to o błędzie w obliczeniu ceny polegającym na niezastosowaniu podatku VAT w odpowiedniej stawce i uzasadniającym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp .

Odwołujący zarzucał niezgodność oferty Przystępującego z postanowieniami SIWZ. Odwołujący powoływał fakt, że w ofercie Przystępującego w poz. 11 Formularza Wyceny została wpisana cena 0 zł za dodatkowe elementy zaproponowane przez Wykonawcę. W SIWZ znajduje się wymaganie 6.1.2 ppkt 6 Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” dotyczące konieczności dostarczenia 5000 licencji dla obsługi TPS SSL. Zdaniem Odwołującego element ten nie znajduje się w specyfikacji sprzętowo-programowej dla serwera komunikacyjnego pomiędzy systemem EMCS-PL a podmiotem, zamieszczonej w Załączniku nr 2 do oferty Tabela 1. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, element ten powinien być wyszczególniony w liście elementów dodatkowych, w pkt 11 Formularza Wyceny oraz w Tabeli nr 7 Formularza Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu – po zmianie, a niewpisanie przez Przystępującego tych licencji do dostarczanych elementów dodatkowych powoduje, że wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie. Tym samym przedstawił ofertę, która nie spełnia wszystkich wymogów określonych w SIWZ, a tym samym jest niezgodna z jej treścią. Niewskazanie powyższych licencji w szczegółowej specyfikacji dostarczanego sprzętu w konsekwencji skutkuje niemożliwością dostarczenia ich Zamawiającemu, gdyż nie zostały one wymienione jako element oferty i nie zostały wycenione, co jest równoznaczne z brakiem złożenia oferty dostarczenia tych licencji. Zamawiający nie ma więc podstaw formalnych do ich przyjęcia.

Powyższe rozumowanie, w ocenie Izby, nie ma oparcia w postanowieniach SIWZ. Pkt 6.1.2. ppkt 6 przewiduje: *„Zamawiający wymaga dostarczenia do siedziby Zamawiającego – Warszawa ul. Świętokrzyska 12 i zaimplementowania na dwóch urządzeniach Zamawiającego – F5BigIP 3400 licencji dla obsługi 5000 TPS SSL”*. Był to zatem wymóg bezwzględny, co Zamawiający potwierdził na rozprawie. Jak było podnoszone powyżej pkt 11 Formularza Wyceny dotyczy elementów dodatkowych i odwołuje się do wyraźnie w nim wymienionych punktów Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”. Wśród wymienionych tam punktów Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” nie ma pkt 6.1.2. ppkt 6), stąd interpretacja przedstawiona przez Odwołującego co do konieczności zaoferowania w tym pkt 11 ww licencji nie ma oparcia w postanowieniach SIWZ, w tym

Formularza Wyceny. Wykonawca, bazując na postanowieniach SIWZ, nie może dokonywać interpretacji jej postanowień wbrew literalnym zapisom. Słusznie zatem Przystępujący wskazywał, że zamieszczenie ww licencji w pkt 11 Formularza Wyceny mogłoby skutkować uznaniem jego oferty za niegodną z SIWZ. Na rozprawie strony potwierdziły, że SIWZ nie zawierała wymogu odrębnego wymienienia i wyceny licencji, pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcy. Nie można zatem czynić Przystępującemu zarzutu, że nie dokonał takiego wyodrębnienia i wyceny, skoro SIWZ nie nakładała w tym zakresie obowiązku, jak również nie dawała wskazówek, jak to uczynić w ramach Formularza Wyceny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie było także uprawione wyszczególnianie przedmiotowych licencji w zakresie innych punktów Formularza Wyceny dotyczących infrastruktury sprzętowej, ponieważ Formularz Wyceny jednoznacznie odwołuje się do określonych postanowień Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, nie dając możliwości jego modyfikacji. Izba dała zatem wiarę oświadczeniu Przystępującego, że przedmiotowe licencje, które są niezbędne dla zapewnienia funkcjonalności cyklu 1, zostały wycenione w ramach tego cyklu. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, poza twierdzeniem, iż wycena cyklu 1 i tak jest niska, stąd podejrzenie nieobjęcia zakresem zamówienia wszystkich wymaganych elementów, w tym licencji.

Wskazując na zarzut niepodania w ofercie Przystępującego w Załączniku nr 2 Formularz Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu w Tabeli nr 1 systemu operacyjnego, który zostanie dostarczony wraz ze sprzętem, Odwołujący podnosił, że brak takiego wskazania narusza wymóg SIWZ zawarty w rozdziale IV pkt 3 ppkt 3. Wykonawca skopiował jedynie zapis znajdujący się w specyfikacji wymagań, nie określając parametrów zaoferowanego systemu. Ponadto Odwołujący uzasadniał, że brak zdefiniowanego systemu operacyjnego nie pozwala na stwierdzenie przez Zamawiającego, jaka jest koncepcja realizacji przez Przystępującego rozwiązania, a tym samym, czy zostanie spełniony wymóg kompatybilności z już istniejącym systemem Bachus. W toku rozprawy Odwołujący wniósł o porównanie w ww zakresie ofert złożonych w postępowaniu.

Izba nie uznała powyższego zarzutu za zasadny. Powoływany Rozdział IV pkt 3 ppkt 3 przewiduje: *”Oferta musi zawierać: (...) 3) formularz specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu przez Wykonawcę (wg druku Załącznika B). Wykonawca w formularzu określi model, nazwę handlową oraz oznaczenie producenta oferowanego przedmiotu zamówienia oraz w kolumnie nr 3 wpisze parametry sprzętu oferowanego przez Wykonawcę”*. Z powyższego wynika zatem, że stanowiący część oferty Formularz Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu sporządzony miał być zgodnie ze wzorem opracowanym przez Zamawiającego i zawartym w Załączniku nr 2 do Formularza Ofertowego. Bez wątplenia formularz ten

dotyczył sprzętu, zatem użyte w zdaniu drugim sformułowanie „oferowanego przedmiotu zamówienia” jest tożsame z pojęciem „oferowanego sprzętu”. Tym samym wykonawca był zobowiązany do wskazania modelu, nazwy handlowej, oznaczenia producenta oraz określenia parametrów technicznych oferowanego sprzętu. Tabela nr 1 Formularza Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu dotyczy parametrów serwerów dwukierunkowego interfejsu komunikacyjnego pomiędzy systemem EMCS PL a podmiotem (WebServices). Oferowanym sprzętem są zatem ww serwery. W kolumnie pierwszej wiersz pierwszy znajduje się informacja „podać producenta i model”. Oznacza to zatem, że wymóg podania producenta i modelu dotyczył samego serwera, a nie systemu operacyjnego. W zakresie systemu operacyjnego oraz pozostałych elementów wymienionych w Tabeli nr 1 konieczne było w kolumnie nr 3 określenie jedynie parametrów oferowanych przez wykonawcę zgodnych z minimalnymi parametrami określonymi przez Zamawiającego. Odwołujący kwestionuje w zakresie systemu operacyjnego dokonanie takiej specyfikacji poprzez powtórzenie parametrów minimalnych wymaganych przez Zamawiającego. Tymczasem w jego własnej ofercie w Tabeli nr 1 jedynie w zakresie systemu operacyjnego podane zostały szczegółowe dane, podczas gdy w pozostałym zakresie powtórzone zostały minimalne wymagania przedstawione przez Zamawiającego. Podobny sposób wypełnienia Formularza Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu zawarty został w ofercie Przystępującego również w pozostałym zakresie, nie tylko systemu operacyjnego, a jednak nie był kwestionowany jako nieprawidłowy. Na rozprawie Odwołujący przyznał, że także w innym zakresie możliwe było uzupełnienie Tabeli nr 1 o dokładne dane, jednak to system operacyjny w jego ocenie ma znaczenie kluczowe, bo decyduje o kompatybilności rozwiązania. Zamawiający podnosił, że także inne elementy wpływają na istnienie lub nie takiej kompatybilności (np. oprogramowanie back-up), a jednak nie zostały one podane przez Odwołującego w jego ofercie i nie są kwestionowane w ofercie Przystępującego. Odwołujący wnioskował o przeanalizowanie w zakresie opisu parametrów systemu operacyjnego pozostałych ofert. Powyższe w ocenie Izby jest niezasadne. Po pierwsze Odwołujący nie wykazał przesłanek, dla których system operacyjny należy traktować odmiennie od pozostałych elementów ujętych w Tabeli nr 1. Po drugie, w ocenie Izby przedmiotowa analiza pozostaje bez wpływu na obowiązek sformułowania ofert w sposób zgodny z SIWZ i oczekiwaniami Zamawiającego. Zamawiający potwierdził, że nie oczekiwał i nie wymagał podawania nazwy systemu operacyjnego, a jedynie parametrów technicznych. To samo wynika z przywołanej treści SIWZ. Ponadto analiza sposobu wypełniania Formularza Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu przez wykonawców wskazuje, że wykonawcy w różny sposób wypełniali kolumnę nr 3, podając nazwy wraz z parametrami technicznymi lub poprzestając jedynie na podaniu samych parametrów. Ponadto analiza dotycząca jedynie systemu operacyjnego naruszałaby równość traktowania wykonawców,

ponieważ SIWZ w żaden sposób nie wyróżniła systemu operacyjnego i nie nałożyła obowiązku podania w tym zakresie innych danych niż w pozostałym zakresie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, które postanowienia SIWZ wymagają, aby w zakresie systemu operacyjnego konieczne było podanie parametrów innych niż parametry minimalne wymienione w kolumnie nr 2 (lub w inny sposób niż poprzez powtórzenie parametrów minimalnych) oraz jego nazwy. Zdaniem Izby przytaczany przez Odwołującego rozdział IV pkt 3 ppkt 3 SIWZ nie daje podstaw dla takiego wniosku, podobnie jak treść Tabeli nr 1 Formularza Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu. Z uwagi na okoliczność, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w ocenie Izby nie ma potrzeby analizowania, czy Formularz Ofertowy w tym zakresie podlegałby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi także, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, ponieważ nie zaoferował on oprogramowania typu MOM wymaganego pkt 6.2.1.2 Załącznika A „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”. W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że zgodnie z przedmiotowym pkt 6.2.1.2 wymagana była integracja systemu Bachus/EMCS PL z modułem komunikacyjnym dla domeny wspólnotowej, a wykonawca w ramach tego modułu stworzyć miał klienta komunikującego się z modułem komunikacyjnym dla domeny wspólnotowej oraz skonfigurować moduł komunikacyjny na potrzeby systemu EMCS PL. W kolejnych punktach Zamawiający sformułował dalsze wymagania względem modułu, jednak nie wskazywał konkretnego rozwiązania, które ma zostać zastosowane. Przystępujący wskazał, że zaoferował rozwiązanie autorskie spełniające wymagania Zamawiającego, którego koszt ujął w pozycji Realizacja funkcjonalności cykl 1. Wskazany pkt 6.2.1.2 oraz następne SIWZ określa wymóg Zamawiającego polegający na osiągnięciu pewnej funkcjonalności (integracja systemu Bachus /EMCS PL z modułem komunikacyjnym dla domeny wspólnotowej), przy czym nie precyzuje przy użyciu jakiego oprogramowania ma to nastąpić. Nie zostało zatem wyłączone zaproponowanie rozwiązania autorskiego, a decyzja w tym zakresie postawiona została wykonawcom. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że z oferty Przystępującego nie wynika, aby zaproponowane rozwiązanie realizowało lub mogło realizować powyższą funkcjonalność, jak również, że rozwiązanie autorskie spełniające wymagania SIWZ i Zamawiającego jest w tym zakresie niedopuszczalne lub niemożliwe. Nie znalazł zatem potwierdzenia zarzut o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ w przedmiotowym zakresie.

Uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący argumentował, że oferta Przystępującego odbiega o 48% od wartości szacunkowej zamówienia oraz o 46 % od

średniej wartości cen pozostałych ofert. Powyższe jest w opinii Odwołującego ewidentnym dowodem, że w przedmiotowej sprawie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny. Równocześnie uzasadniał, że już niższe różnice procentowe w cenach ofert i w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia uzasadniają wszczęcie procedury wyjaśnień elementów ceny określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Analizując Formularz Wyceny w ofercie Przystępującego Odwołujący wskazywał na niedoszacowanie realizacji funkcjonalności cyklu 2, co nie zostało równocześnie skompensowane w innych pozycjach wyceny. Podnosił, że jako twórca programu Bachus ma na jego temat najszerszą wiedzę i dokonana przez niego wycena jest najbliższa wycenie realnej. Ponadto wskazywał, że rażące niedoszacowanie kosztów oferty Przystępującego wynika z faktu przyjęcia wartości 0 dla Dodatkowych elementów które winien zaoferować wykonawca w poz. 11 Formularza Wyceny, jak również może wynikać z nieuwzględnienia w ofercie pełnego zakresu przewidzianego SIWZ (licencje, oprogramowanie typu MOM). W toku rozprawy podnosił także, że cena ta sugeruje, że być może Przystępujący posługiwał się będzie przy realizacji zamówienia specjalistami o kwalifikacjach nie spełniających wymagań Zamawiającego. W konsekwencji Odwołujący uznał, że oferowana cena jest nierealna i nie gwarantuje realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego było obiektywnie niemożliwym udowodnienie, że zaoferowana przez Przystępującego cena została rzetelnie skalkulowana i uwzględnia rynkowe ceny i cały zakres zadań przewidzianych do wykonania. Podnosił ponadto, iż w oparciu o wyjaśnienia składane przez Przystępującego, że w ramach funkcjonalności cyklu 1 wycenił licencje oraz rozwiązanie wymagane na podstawie pkt 6.2.1.2 SIWZ, potwierdza, że także funkcjonalność cyklu 1 została znacząco niedoszacowana. Równocześnie z uwagi na utajnienie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wnioskował, aby to Izba dokonała ich oceny.

Izba zważyła, co następuje. Odwołujący w przedstawionym przez siebie wywodzie wskazuje, że już sama różnica ceny oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej ceny pozostałych ofert potwierdza wystąpienie rażąco niskiej ceny. Twierdzenie to w ocenie Izby jest nieuprawnione. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w tym ETS (C-103/88) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucania ofert poniżej pewnego poziomu bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Tym samym dopiero wyjaśnienia mogą stanowić podstawę decyzji zamawiającego o uznaniu lub nie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Sama znacząca różnica ceny oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej ceny pozostałych ofert może jedynie uzasadniać wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie może zaś przesądzać wyników tej oceny. Należy zauważyć, że w sytuacji wszczęcia procedury

wyjaśniającej elementy ceny, to na wykonawcy, którego cena oferty podlega wyjaśnieniu, spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Odwołującym. Potwierdza to np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym Sąd stwierdził iż „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne” (wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1068/08). W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia takie zostały przez Przystępującego przedstawione z zastrzeżeniem, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, ze zm.). Zamawiający dokonał analizy tych wyjaśnień oraz złożonych dowodów i uznał, że dokonana ocena nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co warunkuje jej odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Z oczywistych względów Odwołujący nie mógł ustosunkować się do treści wyjaśnień dokonanych przez Przystępującego, co jednak nie zwalnia go z obowiązku przedstawienia dowodów uzasadniających twierdzenie, że nie jest możliwym wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Odwołującego. Izba zwraca uwagę na okoliczność, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny i zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10). Tymczasem Odwołujący nie ustosunkował się nawet do argumentacji podnoszonej przez Przystępującego w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz przystąpieniu do postępowania odwoławczego, które miały charakter jawny. Przystępujący podnosił tam m.in., że uzasadnieniem dla kwestionowanej wyceny cyklu 2 jest znacznie mniejsza liczba procesów biznesowych niż w cyklu 1, w ramach którego powstanie cała infrastruktura i moduły komunikacyjne z przedsiębiorcami oraz UE, co dodatkowo zmniejsza koszt realizacji cyklu 2. Ponadto Przystępujący powoływał się na duże doświadczenie w wykonywaniu wielu projektów informatycznych, w których realizowane były moduły wymiany komunikatów między instytucjami krajowymi a europejskimi, co pozwoliło na rzetelne oszacowanie kosztów oferty i maksymalne ich obniżenie, z zachowaniem zyskowności projektu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przedstawione przez Przystępującego czynniki wpływające w ocenie Przystępującego na możliwość obniżenia ceny za realizację

zamówienia w rzeczywistości nie mają lub nie mogą mieć realnego wpływu na cenę oferty. Stanowią one czynniki o charakterze obiektywnym zgodnie z wymaganiami art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby przywoływana przez Odwołującego okoliczność, że jako twórca systemu Bachus najlepiej i najrzetelniej może wycenić realizację zamówienia polegającego na jego rozwoju jest twierdzeniem nie popartym żadnym dowodem. Na wycenę projektu takiego jak ten, który jest przedmiotem zamówienia wpływa bowiem także m.in. wartość oferowanego sprzętu, koszt szkoleń, koszt zarządzania projektem, pracochłonność samego projektu, koszt usług specjalistów, wysokość marż i zysku, autorski charakter rozwiązań. Koszty te nie muszą być takie same w stosunku do każdego z wykonawców i niekoniecznie Odwołujący musi mieć te koszty na najniższym poziomie. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, w szczególności nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji minimalnej ceny oferty z uwzględnieniem warunków rynkowych oraz wpływu poszczególnych czynników cenotwórczych na cenę oferty, która potwierdzałyby, że warunki rynkowe uniemożliwiają wykonanie zamówienia za podaną cenę.

Izba wskazuje, że autorytatywne stwierdzenie jakoby obiektywnie niemożliwym było wykazanie, że cena oferty Przystępującego jest rzetelna nie wystarczy do uznania zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny. Nie zostało bowiem przez Odwołującego należycie uzasadnione. W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego są szczegółowe, odnoszą się do obiektywnych czynników wpływających na wycenę oferty, zostały poparte dowodami pozwalającymi uznać wyjaśnienia za rzetelne. Należy podkreślić, że wystąpienie przesłanki z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zachodzi w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie mógł na podstawie przedłożonych wyjaśnień wraz z dowodami stwierdzić takiej okoliczności. Ponadto, w oparciu o powyższe ustalenia, nie potwierdził się zarzut, jakoby rażąco niska cena wynikać mogła z nieobjęcia zakresem oferty całego przedmiotu zamówienia, w tym niewskazania oprogramowania typu MOM, licencji dla obsługi TPS SSL, szkoleń. Twierdzenie to nie zostało poparte żadnym dowodem i nie może zostać uznane za wiarygodne, szczególnie w świetle oświadczenia Przystępującego, że zaproponowana przez niego cena uwzględnia całość przedmiotu zamówienia.

W stosunku do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp polegającego na niewykluczeniu Przystępującego, który podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Swoje twierdzenie Odwołujący uzasadniał, że w ofercie Przystępujący oświadczył, iż wykona zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców, podczas gdy zamówienie obejmowało realizację autoryzowanych

szkoleń, w stosunku do których Przystępujący nie miał odpowiednich uprawnień. Zdaniem Odwołującego winien zatem określić w Formularzu Ofertowym, że przedmiotowe szkolenia zrealizuje z udziałem podwykonawcy. Zarówno protest, jak i odwołanie nie zawierają szczegółowego uzasadnienia, w szczególności nie wykazują, że w przedmiotowym przypadku doszło do podania nieprawdziwych informacji w rozumieniu powyższego przepisu, jak również, że informacje te miały wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając orzecznictwo KIO w tym zakresie należy wskazać, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2) ustawy Pzp należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub na zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa powyżej powinien w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. SIWZ zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji na celu niezgodne z ustawą Pzp uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem miało wpływ na wynik postępowania. Ponadto orzecznictwo podkreśla, że dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki nie można pomijać zasady prawnej *in dubio pro reo* interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy (wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r. 766/09).

W rozpatrywanej sprawie Przystępujący w Formularzu Ofertowym złożył oświadczenie, że zamówienie wykona samodzielnie. Zgodnie z przedstawionymi wyjaśnieniami, składając takie oświadczenie, oparł się na brzmieniu SIWZ – Załącznik A pkt 8.1., zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany do zapewnienia administratorom systemu certyfikowanych szkoleń. W pkt 8.1.1-8.1.6. Zamawiający określił, że mają się one odbyć w autoryzowanym ośrodku prowadzącym szkolenia certyfikowane i być potwierdzone certyfikatem wydanym przez autoryzowany ośrodek prowadzący szkolenie. Przystępujący

argumentował, że przedmiotowe postanowienie SIWZ zinterpretował w ten sposób, że skoro Zamawiający wprost wskazuje na podmiot trzeci, który będzie realizował szkolenie, zobowiązując wykonawcę jedynie do jego zapewnienia (tak literalne brzmienie SIWZ), to nie można w tym zakresie mówić o podwykonawstwie. Jako poparcie dla swojej argumentacji wskazał także wyraźne rozróżnienie przez Zamawiającego szkoleń niecertyfikowanych, do których przeprowadzenia został wyraźnie zobowiązany wykonawca (pkt 8.2.1. SIWZ – „Szkolenia zostaną przeprowadzone przez wykonawcę w Izbie Celnej w Łodzi”). Pomijając w tym miejscu ocenę prawidłowości interpretacji przez Przystępującego pkt 8.1 SIWZ Izba wskazuje, że w jej ocenie w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie została spełniona żadna z przesłanek warunkujących wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Po pierwsze, jak zostało to przytoczone powyżej, o złożeniu nieprawdziwych informacji można mówić tylko wówczas, gdy rzeczywiście są one nieprawdziwe, a ich podanie nie jest skutkiem np. błędnej interpretacji SIWZ. Tymczasem w przedmiotowej sprawie w oparciu o brzmienie pkt 8.1. SIWZ Przystępujący uznał, że zakres jego zobowiązania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia odnośnie szkoleń certyfikowanych polega na ich zapewnieniu, tj. wykupieniu w upoważnionym ośrodku wraz z zapewnieniem zakwaterowania i wyżywienia. Realizacji tak rozumianego zobowiązania nie zamierzał powierzać żadnemu podmiotowi trzeciemu, uznając że certyfikowany ośrodek szkoleniowy nie będzie w tym przypadku pełnił funkcji podwykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp. Oznacza to, że jego oświadczenie w zakresie niepowierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy nie jest obiektywnie nieprawdziwe, ponieważ opiera się na określonej interpretacji SIWZ. Ponadto przedłożone oświadczenie nie miało wpływu na wynik postępowania ani rozumianego wąsko (możliwość uzyskania danego zamówienia) ani szeroko (możliwość uczestniczenia w postępowaniu, która może, ale nie musi zostać zwięźczona uzyskaniem zamówienia). Z powyższych względów zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2) należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, ponieważ w ofercie Przystępujący oświadczył, iż wykona zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców, podczas gdy zamówienie obejmowało realizację autoryzowanych szkoleń, w stosunku do których Przystępujący nie miał odpowiednich uprawnień, koniecznym jest ocena, czy w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z podwykonawstwem i co za tym idzie wskazaniem części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Jak było wskazane powyżej, Przystępujący podnosił, że w oparciu o sformułowanie SIWZ odnośnie obowiązku zapewnienia szkoleń certyfikowanych przez autoryzowane ośrodki uznał, że zarówno bezpośrednio wskazanie podmiotu trzeciego, odrębnego od wykonawcy, jako uprawnionego do realizacji usługi szkoleń certyfikowanych,

jak również zobowiązanie do zapewnienia tych szkoleń a nie ich przeprowadzenia wskazywało w ocenie Przystępującego, że nie można tu mówić o podwykonawstwie przy realizację zamówienia. Przystępujący powoływał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 66/07, w którym jako podwykonawca nie była uznana firma realizująca usługi serwisowe w ramach gwarancji. Odwołujący zwalczając powyższe stanowisko argumentował, iż przytaczany wyrok KIO dotyczył czynności akcesoryjnych wykonywanych przez podmiot trzeci, podczas gdy w ramach niniejszego postępowania szkolenia certyfikowane są jednym z istotnych elementów przedmiotu zamówienia. Podnosił, że niezgodność treści oferty ze SIWZ polega na tym, że Przystępujący powinien był określić część zamówienia, której powierzy wykonanie podwykonawcy, a w swojej ofercie wskazał, że nie powierzy wykonania podwykonawcom pomimo, że w zakresie autoryzowanych szkoleń nie był w stanie samodzielnie go wykonać. Zdaniem Odwołującego brak wskazania podwykonawców nie potwierdza, że szkolenia będzie realizował autoryzowany podmiot. Ponadto Odwołujący uzasadniał, że Przystępujący w przystąpieniu przyznał, że szkolenia autoryzowane powinny być realizowane przez podmiot trzeci, co w jego ocenie jest tożsame z tym, że powinien był wskazać podwykonawcę. Brak takiego wskazania stanowi o błędzie formalnym oferty.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Odwołującego, Izba zauważa, że ustawa Pzp nie zawiera definicji podwykonawstwa. Przyjmuje się jednak, że podwykonawcą jest ten kto na podstawie umowy zawartej z wykonawcą realizuje część zobowiązań, których wykonanie należy do wykonawcy. Oznacza to zatem, że podwykonawca samodzielnie wykonuje część zamówienia przynależną wykonawcy i powierzoną mu przez wykonawcę, przy czym wobec zamawiającego za działania i zaniechania podwykonawcy odpowiada wykonawca. Nie oznacza to jednak w ocenie Izby, iż w każdym przypadku, gdy w ramach realizacji zamówienia konieczny będzie udział podmiotu trzeciego podmiot taki będzie miał status podwykonawcy. W przytoczonym orzeczeniu KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 66/07 uznano, że o podwykonawstwie przesądza wola powierzenia wykonania określonych prac danemu podmiotowi, możliwość wyboru tego podmiotu w takim znaczeniu, że decyzyjność w tym zakresie przysługuje wykonawcy, a także zawarcie umowy podwykonawczej określającej prawa i obowiązki stron. W ocenie Izby wyrażonej w tym wyroku autoryzowany usługodawca producenta wskazany do świadczenia usług serwisowych związanych z nabyciem sprzętu tego producenta, nie może być uznany za podwykonawcę wykonawcy składającego ofertę, na którego wybór powinien mieć wyłączny wpływ wykonawca oraz zawrzeć z nim stosowną umowę. Podobnie za podwykonawców nie były uznawane podmioty wykonujące czynności pomocnicze niezbędne do zrealizowania przedmiot zamówienia (wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1243/08,

wyrok KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 691/08). W opinii Izby dla przyjęcia podwykonawstwa istotne jest zatem aby podwykonawca realizował część zobowiązań samego wykonawcy. Z kolei zakres tych zobowiązań wynika z analizy odpowiednich postanowień SIWZ. Odwołujący twierdzi, iż SIWZ w niniejszym postępowaniu wymagała przeprowadzenia przez wykonawcę certyfikowanych szkoleń i z tego względu winien on określić podwykonawcę, gdy nie posiadał stosownej autoryzacji. Jednakże SIWZ w pkt 8.1 Załącznika A „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” nie zawierała sformułowania o przeprowadzeniu, lecz zapewnieniu. Zobowiązanie wykonawcy wynikające z SIWZ w tym zakresie nie polegało zatem na wykonaniu takiego szkolenia (tak jak przy szkoleniach niecertyfikowanych), lecz de facto jego zorganizowaniu (tj. podjęciu czynności w wyniku których administratorzy Zamawiającego będą mogli odbyć takie szkolenie w autoryzowanym ośrodku i uzyskać stosowny certyfikat, a polegających na wykupieniu takiego szkolenia, zapewnieniu wyżywienia i zakwaterowania w trakcie szkolenia). Przy takiej wykładni pkt 8.1 SIWZ wykonawca mógł wykonać zobowiązanie samodzielnie i jego oświadczenie o braku podwykonawcy nie powinno być kwestionowane. Nie zamierzał bowiem korzystać z podwykonawcy w odniesieniu do podjęcia czynności organizacyjnych, a sam ośrodek szkoleniowy traktowany był nie jako podwykonawca realizujący część zobowiązania wykonawcy, lecz dostawca produktu/usługi niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia. Zasadnym jest zatem przywołanie przez Przystępującego przykładu, iż producent sprzętu dostarczanego przez inny podmiot nie jest wskazywany jako podwykonawca w ramach zamówienia dostawy. Ponadto autoryzowany ośrodek realizował będzie tylko merytoryczną część szkolenia, a przy tak rozszerzonej definicji podwykonawcy należałoby wskazać jako podwykonawcę również hotel i ewentualnie firmę cateringową, ponieważ oczywistym jest, że wykonawca nie posiada odpowiedniej bazy w tym zakresie, a realizacja zamówienia wymaga zapewnienia zakwaterowania i wyżywienia. W ocenie Izby za takim rozumieniem SIWZ przemawia także okoliczność, iż oferty wykonawców, poza Odwołującym, którzy w tym zakresie nie dokonali utajnienia ofert, nie wskazują podwykonawców w odniesieniu do szkoleń certyfikowanych, pomimo iż żaden z tych podmiotów, wedle wiedzy zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego, nie posiada wymaganej autoryzacji. Powyższe może być zatem miarodajne w procesie wykładni przedmiotowego postanowienia SIWZ. Izba wskazuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „niestaranne i niejasne zapisy SIWZ nie mogą być interpretowane w sposób niekorzystny dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za błędy zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 07.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 43/08). Oznacza to zatem, że taka redakcja postanowień SIWZ, która umożliwia zarówno uznanie, że w zakresie realizacji zamówienia należy wskazać podwykonawcę, jak i odmienną interpretację, nie powinna w negatywny sposób rzutować na uprawnienia

wykonawcy, w tym skutkować odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z SIWZ. Z oferty wynika, że Przystępujący zaoferował i wycenił szkolenia, w tym certyfikowane, a zatem jego oferta nie jest sprzeczna z merytoryczną treścią SIWZ.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6) oraz art. 24 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

