

Sygn. akt: KIO 992/13

WYROK
z dnia 16 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu, 61-619 Poznań, ul. Karpia 27d** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów w Warszawie, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 reprezentowane przez: Dyrektora Izby Celnej w Poznaniu, 61-037 Poznań, ul. Krańcowa 28,**

przy udziale wykonawcy **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 992/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu, 61-619 Poznań, ul. Karpia 27d i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu, 61-619 Poznań, ul. Karpia 27d** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów w Warszawie, reprezentowane przez: Dyrektora Izby Celnej w Poznaniu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb związanych z zaprojektowaniem, wytworzeniem, wdrożeniem, rozwojem i utrzymaniem Systemu Hurtowni Danych ARI@DNA2”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lutego 2013 r., nr 2013/S 031-049029.

W dniu 19 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Sygnity”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 kwietnia 2013 r. (pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2013 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 2 złożonej przez wykonawcę Sygnity z łączną liczbą 90 punktów przyznanych z uwagi na kryterium „cena”;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity jako niespełniającej wymogów SIWZ oraz wymogów ustawy Pzp;
3. zaniechaniu odtajnienia przez zamawiającego dokumentów: złożonej oferty w punktach 1.2. i 1.3. Tabeli Formularza Ofertowego;
4. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 82. ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty nr 2 (jako najkorzystniejszej) wykonawcy Sygnity;
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity;
4. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez odwołującego;

5. zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa przez pełnomocnika procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia informacji zawartych w punktach 1.2. i 1.3. Formularza ofertowego odwołujący podniósł, iż informacje te nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa albowiem dotyczą jedynie wskazania w treści oferty sposobu wykonania umowy, bez wskazywania szczegółowych rozwiązań. Tak więc wybór jednej z trzech opcji wymaganych przez zamawiającego nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Wiedza ta nie ma bowiem żadnej wartości gospodarczej, a jedynie zmierza do ukrycia informacji dla innych wykonawców, pozwalających w prosty sposób wykazać, że złożona przez wykonawcę Sygnity oferta nie spełnia wymogów SIWZ. Takie zachowanie zamawiającego godzi w zasadę przejrzystości postępowania przetargowego.

Odnośnie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawcy Sygnity z treścią SIWZ odwołujący podniósł, iż z zapytania zamawiającego kierowanego do wykonawcy Sygnity wywiódł, iż oferta złożona przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, a co za tym idzie, iż nie umożliwi zachowania funkcjonalnych właściwości całego Systemu, tj. uruchomienia oferowanego przez wykonawcę Sygnity oprogramowania na posiadanej przez zamawiającego platformie sprzętowej z jej modernizacją lub bez. Odwołujący rozważył dwie możliwe do zastosowania platformy bazodanowej, tj.: platformę bazodanową - IBM DB2 PureScale i platformę bazodanową Microsoft SQL Server.

Odnosząc się do przypadku ewentualnego zaoferowania platformy bazodanowej IBM DB2 PureScale odwołujący wskazał, iż baza danych IBM DB2 PureScale spełnia wymagania zamawiającego wyspecyfikowane w SIWZ, jednakże nie jest wspierana przez posiadaną obecnie przez zamawiającego platformę. W tym przypadku konieczna byłaby więc dostawa, a nie modernizacja platformy sprzętowej, a jak wynika z zaoferowanej przez wykonawcę Sygnity ceny tego elementu (pkt 1.1.1.) nie jest ona - z uwagi na cenę – przewidziana.

Odnosząc się do przypadku ewentualnego zaoferowania platformy bazodanowej Microsoft SQL Server odwołujący wskazał, iż na obecnie posiadanej platformie sprzętowej (z modernizacją lub nie) nie jest możliwe zastosowanie tej bazy danych, powołując w tym zakresie odpowiedź na pytanie nr 6 z dnia 26 lutego 2013 r. dotyczącą definicji modernizacji. Nadto dodał, iż Microsoft SQL Server nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie wymogu WR-13 i WR-31, gdyż takiej funkcjonalności Microsoft SQL Server nie posiada. Jednocześnie zwrócił uwagę na wartość zakupu tego programu w kontekście rażąco niskiej ceny w punkcie 1.1.1. Formularza ofertowego.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, iż w punkcie 1.1.1 Formularza ofertowego wykonawca Sygnity zaoferował cenę w wysokości 74 000,00 zł netto i 91 020,00 zł brutto. Tymczasem dostosowanie obecnej infrastruktury do wymagań Sytemu

Ari@dna2 zawartych w SIWZ wymaga znacznie większych nakładów niż podana wartość. Wartość zaproponowana przez wykonawcę Sygnity drastycznie odbiega od wartości zaproponowanych przez pozostałych oferentów. Nawet jeśli wielkość taka zostanie następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia (...) to kalkulacja taka ma z całą pewnością cechę niezgodności z dobrymi obyczajami kupieckimi, ponieważ polega na próbie uzyskania zapłaty za to, co faktycznie jeszcze nie zostało spełnione, i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W dniu 30 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 2 maja 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sygnity przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie wykonawcy Sygnity w punkcie 1.2. i 1.3. „Formularza oferty” jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Sygnity zastrzegł w swej ofercie m.in. informacje zawarte w punkcie 1.2. i 1.3. „Formularza oferty”.

Zamawiający, pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r., zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy Pzp, w tym zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych m.in. w „Formularzu ofertowym” i dotyczących specyfikacji platformy programowej oferowanego rozwiązania i informacji o platformie sprzętowej.

Wykonawca Sygnity, pismem z dnia 16 kwietnia 2013 r., przedstawił zamawiającemu uzasadnienie faktyczne objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w „Formularzu ofertowym” (pkt 1.2. i 1.3.), zastrzegając przedmiotowe wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Informacje zastrzeżone przez wykonawcę Sygnity w punkcie 1.2. i 1.3. „Formularza oferty” zawierające specyfikacje platformy programowej oferowanego rozwiązania (pkt 1.2.) oraz platformy sprzętowej (pkt 1.3.) (str. 6 jawnej części oferty i str. 5 utajnionej części oferty) w tym konkretnym przypadku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oferowane rozwiązanie (sposób zestawienia poszczególnych komponentów) jest dedykowane dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Wykonawca, podobnie jak i inni wykonawcy ubiegający się o to przedmiotowe zamówienie, zaproponował bowiem indywidualne, niepowtarzalne i konkretne rozwiązanie. Niewątpliwie informacje te nie są powszechnie dostępne, gdyż nie jest możliwe uzyskanie informacji na temat zestawienia poszczególnych komponentów w kształcie jaki został zaoferowany przez tego wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Oferowane rozwiązanie nie jest więc standardowe, zostało przygotowane specjalnie dla potrzeb tego postępowania i jako takie zostało potraktowane niemal przez wszystkich uczestników postępowania. Świadczy o tym chociażby to, że informacje te zastrzegło w swych ofertach także trzech innych wykonawców, w tym i odwołujący. Dane te (dotyczące oferowanego rozwiązania) stanowią *know-how* wykonawcy, w tym przypadku wykonawcy Sygnity i w takim przypadku objęcie tych informacji tajemnicą należy uznać za dopuszczalne i nie naruszające przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Niemniej jednak zamawiający zobowiązany jest, w przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, do przeprowadzenia indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu, pod kątem ustalenia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. I takie czynności zamawiający niewątpliwie podjął także w stosunku do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Sygnity (pismo zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2013 r.). W odpowiedzi wykonawca Sygnity wyjaśnił szczegółowo przyczyny, dla których zastrzegł informacje, w tym zawarte w punkcie 1.2. i 1.3. „Formularza oferty”. Natomiast zamawiający w sposób prawidłowy ocenił zasadność tego zastrzeżenia, uznając iż informacje te w istocie stanowią

tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy Sygnity z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Sygnity zastrzegł w swej ofercie m.in. informacje zawarte w punkcie 1.2. i 1.3. „Formularza oferty”.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Sygnity z zapytaniem w jaki sposób wykonawca ten zapewni zgodność zaoferowanego oprogramowania z posiadaną przez zamawiającego platformą sprzętową.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2013 r. wykonawca Sygnity złożył wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty.

Odwołujący, biorąc po uwagę wymogi zamawiającego określone w treści SIWZ, podniósł zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy Sygnity z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym zaoferowanej platformy sprzętowej, wywodząc powyższe z zapytania kierowanego do wykonawcy Sygnity, jak i ceny poszczególnych elementów wyspecyfikowanych w „Formularzu ofertowym”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wyjaśnienia wykonawcy Sygnity w zakresie zaoferowanego rozwiązania, podobnie jak w ofertach trzech innych wykonawców, w tym i odwołującego, objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Tak więc zarzuty podniesione przez odwołującego są oparte jedynie na domysłach i przypuszczeniach, wywiedzionych z zapytania zamawiającego skierowanego do wykonawcy Sygnity. Pytanie to – jak podniósł odwołujący na stronie 8 odwołania - potwierdza niezgodność oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. A ponadto dalej rozważał – w jego ocenie - dwa możliwe do zastosowania przypadki platformy bazodanowej (IBM DB2 PureScale i Microsoft SQL Server) (w kontekście pytania zadanego przez zamawiającego a skierowanego do wykonawcy Sygnity), które mają potwierdzać prezentowane przez niego stanowisko.

Wykonawcy zobowiązani byli – co jest bezsporne – zaoferować rozwiązanie, które spełniać będzie wymogi zamawiającego określone w SIWZ, dając im przy tym swobodę co do sposobu osiągnięcia spełnienia tych wymogów. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie tego konkretnego zamówienia mógł więc dokonać takiego zestawienia komponentów, które spełni wymagania tego zamawiającego. Zestawienia (rozwiązania) te mogły więc być różne. Co najmniej dwie możliwości takich zestawień wymienia już sam odwołujący, zakładając iż z uwagi czy to na wymogi zamawiającego, czy też cenę jednego z elementów ceny (pkt 1.1.1.) w tym przypadku (oferty wykonawcy Sygnity) oprogramowania te nie mogły być zastosowane. Tymczasem – jak wykazał to zamawiający – wskazując na

określone postanowienia SIWZ zarówno IBM DB2 PureScale, jak i Microsoft SQL Server mogły być zaoferowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wymagane byłoby dokonanie określonych rozwiązań dedykowanych dla potrzeb tego oprogramowania i tego konkretnego postępowania. I tak zamawiający w treści SIWZ (pkt 3.4. „Wizja architektury Systemu”) dopuścił, aby „System został zbudowany z wykorzystaniem platformy bazodanowej IBM DB2 Enterprise Server Edition, (...) lub technologii równoważnej”. Sposób do jego osiągnięcia pozostawiając wykonawcom. To zamawiający także w sposób jednoznaczny wykazał, iż Microsoft SQL Server spełnia wymóg WR-13 i WR-31, przedkładając w poczet materiału dowodowego informacje dotyczące „wydajności i skalowalności SQL Server 2008” („SQL Server 2008 umożliwia również skalowanie poziome największych rozwiązań obsługi danych”) - WR-13 oraz „mirroringu bazy danych” – WR-31, pochodzące ze strony: <http://technet.microsoft.com/pl-pl/library/wydajnosci-i-skalowalnosc-sql-server-2008.aspx> i <http://msdn.microsoft.com/en-us/library/ms189852.aspx>. Natomiast odwołujący podniósł, iż taką funkcjonalność posiada Microsoft SQL Server jednak jedynie w wersji 2012, którego wykonawca Sygnity nie mógł zaoferować z uwagi na cenę tego elementu w złożonej przez niego ofercie. Powyższe (stanowisko odwołującego) pozostaje jednak w sprzeczności z materiałami złożonymi w poczet materiału dowodowego przez zamawiającego.

Wymogi zamawiającego spełniałyby więc oprogramowania, które były przedmiotem rozważań odwołującego.

Niemniej jednak należy zauważyć, iż zamawiający – co zresztą podniósł na rozprawie – nie powziął wątpliwości co do niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, a jedynie co do zakresu zaoferowanej platformy sprzętowej. Wątpliwości takie o ile nawet istniały to rzeczywiście zostały wyjaśnione (pismem z dnia 16 kwietnia 2013 r.). Wykonawca Sygnity w złożonych wyjaśnieniach podał bowiem szczegółowo w jaki sposób osiągnie wymagany zakres (str. 2 wyjaśnień). A ponieważ wyjaśnienia te, jak i informacje zawarte w punktach 1.2. i 1.3 Formularza oferty, zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (w ocenie Izby w tym przypadku zasadnie) nie jest możliwym dokładane odniesienie się do tych kwestii w treści uzasadnienia. Wynika z nich, iż zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi zamawiającego, co przyznał także zamawiający. Wykonawca Sygnity podał bowiem jednoznacznie w jaki sposób zaoferowane przez niego oprogramowanie osiągnie zakres wymagany w treści SIWZ. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy Sygnity z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 29 października 2012 r. na kwotę 7 071 951,23 zł netto, co stanowi równowartość 1 759 366,91 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 2 357 317,08 zł, co stanowi równowartość 586 455,64 euro. Wartość ta została ustalona na podstawie rozpoznania rynku.

Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców „Formularza oferty”, w którym żądał podania ceny łącznej oferty oraz cen wyspecyfikowanych elementów ceny składających się na cenę łączną oferty.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 5 799 000,00 zł.

W postępowaniu złożono 6 ofert.

Oferta złożona przez wykonawcę Sygnity z siedzibą w Warszawie została oszacowana na kwotę łączną 2 739 200,00 zł netto i 3 368 970,00 zł brutto; natomiast oferta nr 2 złożona przez odwołującego na kwotę 2 773 200,00 zł netto i 3 411 036,00 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Ustawa Pzp, jak również dyrektywy Unii Europejskiej – co słusznie podniósł i odwołujący - nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Niemniej jednak - jak wynika z literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - przy ocenie czy mamy do czynienia z „rażąco niską ceną” należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty a nie ceny jednostkowe za poszczególne elementy oferty. Tak więc ocena tego czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (przykładowo wyrok SO w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r. w sprawie o sygn. akt II Ca 425/04 oraz wyrok SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. w sprawie o sygn. akt II Ca 219/05). Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym odwołujący odnosi rażąco niską cenę do jednego z elementów ceny, tj. ceny za rozbudowę i modernizację platformy sprzętowej (punkt 1.1.1.). Odwołujący zakwestionował bowiem jedynie cenę tego elementu ceny, mimo iż sam dalej podnosi, iż „zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzenia kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę”. Tymczasem „kalkulacja ceny jest prawem i

jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. (...) Fakt, iż pewna część oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską” (wyrok z dnia 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1237/10). Niewątpliwym jest, iż przedmiotem tego zamówienia jest zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dedykowanych wyłącznie dla potrzeb tego konkretnego zamawiającego. A ponieważ zamawiający dopuścił możliwość uzyskania oczekiwanego przez niego rezultatu w zależności od przyjętej przez danego wykonawcę koncepcji, w tym np. „sposobu zapewnienia zasobu (dostawa/modernizacja/wykorzystanie istniejącego bez zmian)” kalkulacja danego elementu ceny mogła być skalkulowana inaczej przez każdego z wykonawców. Każdy z wykonawców ma bowiem własny sposób budowania strategii cenowej w składanej ofercie i kalkulacji jej elementów składowych. Tak więc różnica w cenie oferty pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie jest naturalnym objawem strategii cenowej tego wykonawcy, jak i konkurencji na rynku tego rodzaju usług. Nie jest także elementem wystarczającym dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Tak więc nawet gdyby przyjąć, że cena oferty wykonawcy Sygnity w kwestionowanym zakresie, a więc punkcie 1.1.1. jest ceną zaniżoną w stosunku do cen tego elementu w ofercie innych wykonawców to nadal nie pozwala to na uznanie zasadności twierdzenia, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską. Nie można bowiem przyjąć, że oferta zawiera rażąco niską cenę wyłącznie na podstawie jednego z jej elementów. A ponadto stwierdzić należy, iż różnica w cenie ofertowej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia pomiędzy ofertą odwołującego i wykonawcy Sygnity wynosi jedynie około 42 000,00 zł, a wyrażona procentowo zaledwie 1,23%. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż zaoferowana przez wykonawcę Sygnity cena jest ceną rażąco niską.

W konsekwencji powyższego stwierdzić należy, iż nie potwierdził się także zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę Sygnity czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący odwołał się bowiem do szeregu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wykazując przy tym wypełnienia znamion któregokolwiek ze wskazanych w tych przepisach czynów, w tym także „niezgodności z dobrymi obyczajami kupieckimi”. Tymczasem dla stwierdzenia dopuszczenia się przez danego wykonawcę określonego czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczającym samo wskazanie na konkretny przepis, jak np. sprzedaż danego produktu poniżej kosztów własnych, ale wykazanie, że takie działanie faktycznie ma miejsce w konkretnym stanie faktycznym i w konsekwencji doprowadzi do eliminacji innych podmiotów z rynku. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: