

Sygn. akt: **KIO 109/12**

KIO 125/12

WYROK
z dnia 20 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 stycznia 2012 roku przez **Max Elektronik Spółkę Akcyjną w Zielonej Górze**

B. w dniu 20 stycznia 2012 roku przez **iMed24 Spółkę Akcyjną w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie**

przy udziale:

- A) wykonawcy **iMed24 Spółka Akcyjna w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 109/12 po stronie zamawiającego
- B) wykonawcy **Unizeto Technologies Spółka Akcyjna w Szczecinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 109/12 i KIO 125/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala obydwie odwołania**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Max Elektronik Spółkę Akcyjną w Zielonej Górze i iMed24 Spółkę Akcyjną w Krakowie:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Max Elektronik Spółkę Akcyjną w Zielonej Górze** (15 000 zł 00 gr) oraz **iMed24 Spółkę Akcyjną w Krakowie** (15 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań

- 2) zasądza od **Max Elektronik Spółki Akcyjnej w Zielonej Górze** i **iMed24 Spółki Akcyjnej w Krakowie** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) w tym:
 - A. zasądza od **Max Elektronik Spółki Akcyjnej w Zielonej Górze** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
 - B. zasądza od **iMed24 Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie, realizację i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych, cz. 1.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 754 ze zmianami).

W dniu 19 stycznia 2012 roku wykonawca Max Elektronik SA w Zielonej Górze wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto Technologies S.A. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą, mimo iż podlega ona odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez Unizeto Technologies S.A. w związku z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako uzasadniających istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę Unizeto Technologies S.A.
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto Technologies S.A. mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia,
- z ostrożności procesowej art. 8 ust. 3 Pzp poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji nie zastrzeżonych przez wykonawcę w terminie składania ofert.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 stycznia 2012 roku w zakresie wyboru oferty Unizeto Technologies S.A. jako najkorzystniejszej,
- ponowną ocenę oferty Unizeto Technologies S.A. oraz złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- odrzucenie oferty Unizeto Technologies S.A. jako oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- odtajnienie lub nakazanie zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2012 roku, jako zastrzeżonych w terminie ich składania na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, podczas, gdy moment zastrzeżenia nastąpił później niż w terminie składania ofert,
- wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że odwołujący po analizie uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty zawartym w Protokole z prac Komisji Przetargowej (sygn. CSIOZ-WZP-6151-PO-3/11) zgadza się z odrzuceniem oferty iMed24 S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zauważa jednak, że jeżeli zamawiający uznał, iż oferta iMed24 S.A. jest ofertą z rażąco niską ceną, to również taki wniosek powinien wysnuć w stosunku do oferty Unizeto Technologies S.A. Przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów „Szyna Usług” oraz „System Administracji” stanowiącego część I w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”. Realizacja przedmiotu Postępowania obejmująca uruchomienie produkcyjne Etapów od V do VIII Projektu PI (w ramach przedmiotu umowy) planowana była przez Zamawiającego na maksymalnie 30 miesięcy. Niezależnie, po odbiorze pierwszej Usługi części I Systemu PI realizowanej z wykorzystaniem danego Podsystemu rozpocząć się miał okres świadczenia usług wchodzących w zakres Nadzoru gwarancyjnego Podsystemu i będzie on trwać aż 24 miesiące od dnia uruchomienia produkcyjnego części I Systemu PI w pełnym zakresie funkcjonalnym (łącznie co najmniej 54 miesiące).

Przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w tej części kwotę 77.088.182,00 zł brutto a także 7.708.818, zł brutto na zamówienia uzupełniające, co łącznie daje kwotę 84.797.000,00 zł brutto. Wartość całego postępowania dotyczącego Projektu PI, obejmującego łącznie IV części, została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 395.121.951,00 zł. Zgodnie z Protokołem Postępowania sporządzonym przez zamawiającego wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 9 lutego 2011 roku, czyli w ustawowo przewidzianym terminie.

Podstawą do dokonania ustalenia wartości całego Projektu PI jak i każdej części z osobna był dokument Studium Wykonalności dla Projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępnienia zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych, wersja 2.2.3, z dnia 21 grudnia 2009 roku. Dokument ten został sporządzony przez Konsorcjum Ernst&Young w wykonaniu umowy 24/08 oraz 11/2009 zawartej pomiędzy tym

Konsorcjum i Zamawiającym i jest przez Zamawiającego upubliczniony na jego stronach internetowych w formie dokumentu pdf: www.csioz.gov.pl/file.php?s=d2k/MTM= oraz www.csioz.gov.pl/file.php?s=d2k/MTO=. Dodatkowo Studium Wykonalności zostało zamieszczone przez zamawiającego i jest dostępne łącznie z dokumentacją przetargową na stronie <http://www.csioz.gov.pl/zamowienie.php?id=73>, wskazując tym samym jednoznacznie jaką rolę dla przygotowania i prowadzenia Postępowania oraz oceny ofert w zakresie ich ceny stanowi ten dokument dla zamawiającego. Zamawiający niezależnie w treści SIWZ wielokrotnie powołuje się na założenia przyjęte w Studium Wykonalności, wskazując iż jest ono dokumentem podstawowym dla przyjętych założeń dla postępowania, szczególnie w zakresie kwestii wyceny i przyjętych założeń finansowych oraz że stanowi on część dokumentacji postępowania. Wskazać również należy, że zgodnie z projektem umowy załączonym do SIWZ, Studium Wykonalności miało być też załącznikiem do umowy z wybranym wykonawcą.

Po otwarciu trzech ofert złożonych w postępowaniu okazało się, iż oferta iMed24 S.A. została złożona na poziomie 6,52% przyjętego przez Zamawiającego budżetu Postępowania, oferta Unizeto Technologies S.A. na 23,28% a oferta Odwołującego na 43,12% tego poziomu. Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazując bardzo szczegółowo jaką konkretnie wiedzę chciałby posiadać na temat elementów mających wpływ na cenę oferty.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawców zostały przez nich utajnione, wynikiem czego Odwołujący nie uzyskał wglądu w wyjaśnienia dotyczące ewentualnie rażąco niskiej ceny zarówno wykonawcy iMed24 S.A. jak i Unizeto Technologies S.A. Odwołujący zna jednak ceny oferowane przez każdego z wykonawców w każdej pozycji przedmiotu zamówienia (nie podlegały one utajnieniu). Odwołujący zapoznał się również z uzasadnieniem decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty iMed24 S.A. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, które zamawiający uznał za niepotwierdzające możliwości wykonania zamówienia w podanym koszcie i przy deklarowanych nakładach. W ocenie Odwołującego również oferta Unizeto Technologies S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Odwołujący się podniósł, że podstawą do dokonania przez zamawiającego ustalenia wartości całego Projektu PI jak i każdej części z osobna był dokument Studium Wykonalności dla Projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia. Analizy i Udostępnienia zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych, wersja 2.2.3, z dnia 21 grudnia 2009 roku. Zauważyć należy, że dokument ten był przygotowany w celu uzyskania i wyceny wysokości finansowania dla Projektu PI z funduszy Unii Europejskiej, i jako taki wskazywał jakiej wysokości budżet oraz jakie koszty i nakłady, szacowane według określonych metod,

zamawiający ma ponieść w związku z realizacją Projektu PI. a jego ramach - niniejszego postępowania. Zgodnie z informacją wstępną zamieszczoną w Studium Wykonalności dokument ten był niezbędny do uzyskania finansowania ze środków Unii Europejskiej i przedstawiał on koncepcję realizacji projektu wraz z analizą opcji realizacji. Dokument został przygotowany w oparciu o instrukcję przygotowywania studium wykonalności dla projektów informatycznych realizowanych w ramach VII osi priorytetowej Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, a zatem według uznanych i przyjętych metodyk dla dokumentów tego rodzaju.

Odwołujący zauważył, że pomiędzy datą publikacji Studium Wykonalności a wszczęciem postępowania upłynął ponad rok i na wycenę końcową mogły mieć zapewne wpływ publikowane wskaźniki inflacyjne powodując ewentualny wzrost wartości projektu. Ponieważ jednak Studium Wykonalności dokonało również oceny pracochłonności poszczególnych produktów, które miały być wynikiem Postępowania to zauważyć należy, że oszacowana wysokość pracochłonności - mająca wpływ na cenę przedmiotu zamówienia - pozostała niezmienną. Pracochłonność określa ilość pracy jaką należy włożyć w pełne wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami zamawiającego. Zauważyć należy, że założenia co do Projektu PI w stopniu dość szczegółowym były znane już w momencie powstania Studium Wykonalności, które w znacznej mierze te warunki opisywało, a jak wynika z treści Studium Wykonalności (str. 444) szacowania pracochłonności dokonano w oparciu o metodę COCOMO II. zgodnie z jej zasadami na podstawie zakładanych wielkości produktów, ich złożoności i specyfiki, przy uwzględnieniu przedstawionej architektury systemu.

Z analizy Studium Wykonalności wynika, iż szacowana pracochłonność na wykonanie przedmiotu Postępowania (czyli części 1 Projektu PI), tj:

- PI-PRO.21 - System Administracji - Audyt
- P1-PRO.22 - System Administracji - Zabezpieczenia i prywatność
- P1 -PRO.23 - System Administracji - Administracja
- PI -PRO.20 - System Szyna usług
- PI-PRO.00.1 - Integracja Podsystemów Innych wykonawców w ramach Etapu VI
- PI-PRO.00.2 - Integracja Podsystemów Innych wykonawców w ramach Etapu VII
- PI-PRO.00.3 - Integracja Podsystemów Innych wykonawców w ramach Etapu VIII
- przeprowadzenia szkoleń na zasadach i w zakresie określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ
- realizacji usług rozwojowych (łącznie kwota przy założeniu wykorzystania maksymalnie liczby 2000 roboczogodzin)
- realizacja usługi przekazania w zakresie i trybie określonym w Załączniku nr 5 do Umowy została przewidziana na łącznie ok. 26 000 - 28 000 roboczodni (jeden roboczodzień

obejmuje 8 godzin roboczych po 60 minut), realizowanych w terminie obowiązywania umowy, czyli maksymalnie 54 miesiącach. Studium Wykonalności na str. 446 wskazuje, że z uwagi na znaczną presję czasową realizacji Projektu PI, szacowaną pracochłonność dla poszczególnych klas produktów wynikającą ze Studium Wykonalności należy traktować względnie wiążąco, jednak czas realizacji poszczególnych produktów należy możliwie skrócić kosztem zwiększenia liczby osób je realizujących. W efekcie, jak wskazano w Studium Wykonalności kompetencje osób realizujących produkty muszą być odpowiednio wysokie, gdyż „doświadczenia przy realizacji projektów IT uczą, że skracanie czasu realizacji musi się odbywać nie tylko kosztem zwiększenia liczby osób biorących udział w projekcie, ale także odpowiednim doбором tych osób, mającym na celu zapewnienie większej dostępności w takim projekcie osób doświadczonych i bardzo doświadczonych”. Odwołujący wnioskuje z danych zawartych w Studium Wykonalności, że zespół, który ma realizować przedmiot zamówienia w okresie wytwórczym 30 miesięcy musi liczyć w granicach 40-50 osób i odpowiednio mniej w okresie gwarancyjnym. Takie założenia przyjął Odwołujący w swojej ofercie. Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający - realizując niejako wnioski płynące ze Studium Wykonalności - już na etapie wniosku przewidywał konieczność wykorzystania przez wykonawcę przy realizacji przedmiotu zamówienia równie liczne zespoły, przy czym w zespole przewidział minimalnie 29 osób aż 14 rolach projektowych. Odwołujący podnosi również, że wyżej wskazana szacunkowa wycena pracochłonności jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, którym jest unikalny na polskim rynku i niepowtarzalny system informatyczny o ogromnej skali i złożoności. Potwierdza to również Studium Wykonalności.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał prawidłowego szacunku wartości zamówienia, bazując na przewidywanej pracochłonności wynikającej ze Studium Wykonalności przy założeniu konieczności realizacji przedmiotu zamówienia w określonym terminie oraz przez doświadczony lub bardzo doświadczony zespół osób i nie ma podstaw do jej korekty na tym etapie.

Analizując i oceniając ofertę Unizeto Technologies S.A., jak również wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę (jak wnioskuje Odwołujący z danych zawartych w ofercie) zamawiający nie wziął jednak pod uwagę zasad przyjętej metody wyceny kosztów i nakładów tego projektu. W ocenie Odwołującego Zamawiający pominął następujące kwestie, które wskazują na rażąco niską cenę zaoferowaną przez Unizeto Technologies S.A. w stosunku do przedmiotu zamówienia:

- zbyt mała pracochłonność na wykonanie całości zamówienia przyjęta przez Unizeto Technologies SA w stosunku do przyjętej przez Zamawiającego na podstawie podanej globalnej kwoty oferty

- Odwołujący podniósł z ostrożności procesowej, że nawet jeżeli pracochłonność przyjęta przez Unizeto Technologies S.A. okazałaby się pracochłonnością na poziomie zbliżonym do pracochłonności wynikającej ze Studium Wykonalności i wykonawca ten skierowałby do wykonania przedmiotu zamówienia wystarczający zespół, to wysokość ceny wskazywałaby na to, iż stawka roboczogodziny stosowana przez Unizeto Technologies S.A. dla usług w okresie wytwórczym jest niższa niż stawka 120 złotych wynikająca z oferty tego wykonawcy w części usług gwarancyjnych. Odwołujący zauważa i podkreśla raz jeszcze, że zarówno ze Studium Wykonalności jak i wymogów określonych przez Zamawiającego wynikał obowiązek dedykowania osób o wysokich kwalifikacjach oraz o bogatym lub bardzo bogatym doświadczeniu zawodowym. Stawka za roboczogodzinę mniejsza niż 120 zł uniemożliwia pozyskanie specjalistów niezbędnych dla realizacji zamówienia o takiej złożoności. Ponieważ całość przedmiotu zamówienia w części I Projektu PI stanowią prace programistyczne (nie ma w nich dostaw towarów), to nie ma możliwości innej wyceny całości prac jak poprzez określoną stawkę za roboczogodzinę. Twierdzenia Odwołujące w tym zakresie wydają się być zatem uzasadnione, bo Unizeto Technologies nie mogło dokonać w inny sposób wyceny swoich prac i określenia tym samym ceny poprzez pomnożenie przyjętej czasochłonności przez przyjętą stawkę za roboczogodzinę. Stawka ta zaś jest tym wyższa im większej klasy specjalista wykonywać będzie prace.

W ocenie Odwołującego Unizeto Technologies S.A. niedoszacował w ofercie kosztów zadań integracyjnych, co sprowadza Odwołującego do twierdzenia, iż oferta Unizeto Technologies S.A. powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący wskazuje niezależnie, iż nawet jeżeli Zamawiający nie dopatrył się w działaniu Unizeto Technologies S.A. czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to bezsprzecznie Unizeto Technologies S.A. w ocenie Odwołującego składając ofertę dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 tejże ustawy, który stanowi, że działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jest czynem nieuczciwej konkurencji, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza go. Zdaniem Odwołującego Unizeto Technologies S.A. nie tylko nie oszacowało zgodnie z założeniami Studium Wykonalności kosztów wykonania zadań integracyjnych określonych przez Zamawiającego jako PI-PRO.00.1, PI-PRO.00.2 i PI-PRO.00.3. ale również wyceniło je na wartość zdecydowanie odbiegającą od wartości takich usług na rynku, co świadczy o ich zaoferowaniu poniżej kosztów ich wytworzenia. Zauważyć należy również, że zgodnie z

postanowieniami projektu umowy wynagrodzenie wykonawcy (będące jednocześnie ceną oferty) miało zawierać w sobie wszystkie koszty związane z wykonaniem umowy, w tym wynagrodzenie z tytułu przeniesienia praw autorskich oraz koszty usługi przekazania. Również zgodnie z treścią SIWZ ceny podane w ofercie powinny zawierać wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego jego wykonania oraz uwzględniać wszelkie opłaty oraz podatki wynikające z realizacji zamówienia.

Odwołujący się podniósł, że Unizeto Technologies S.A. składając ofertę wskazało, iż nie zastrzega na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp żadnych informacji jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny Unizeto Technologies S.A. w treści maila przesyłanego do Zamawiającego złożyło oświadczenie o zastrzeżeniu informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w oparciu o art. 8 ust. 3 Pzp. Odwołujący podnosi w związku z tym, iż zgodnie z powołanym przez Unizeto Technologies S.A. przepisem prawa zamówień publicznych wykonach uprawniony jest do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a zastrzeżenie takie wiąże Zamawiającego, gdy zostało złożone nie później niż w terminie składania ofert. W tym terminie Unizeto Technologies S.A. nie skorzystało z dobrodziejstwa art. 8 ust. 3 Pzp i nie zastrzegło, że jakiegokolwiek informacje składane przez niego mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie oceniając, czy wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez Unizeto Technologies S.A. są w rzeczywistości takimi informacjami zauważyć należy, że zastrzeżenie ich poufności z powołaniem na art. 8 ust. 3 Pzp jest nieskuteczne. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Unizeto Technologies S.A. zostało dokonane przez osobę nieuprawnioną i w nieprawidłowej formie. Odwołujący uzyskał od Zamawiającego informację oraz wydruk z maila przewodniego, do którego zostały załączone pisma zawierające wyjaśnienia Unizeto Technologies S.A. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w treści maila wysłanego przez Pana Mariusza Midzio, podczas, gdy z dokumentacji oraz treści oferty nie wynika, że była to osoba uprawniona do składania takich oświadczeń woli w imieniu Unizeto Technologies,. O ile zatem zastrzeżenie analogiczne nie zostało zamieszczone w treści pism podpisanych przez osoby uprawnione, to uznać należy, że nie zostało ono złożone ważnie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się swoją argumentację opierał o twierdzenie, iż szacowanie przez wykonawców pracochłonności przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia powinno odpowiadać szacunkom zawartym w dokumencie nazwanym Studium Wykonalności. W ocenie odwołującego się Studium Wykonalności jest dokumentacją przetargową, wiążącą dla wszystkich uczestników postępowania.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała zatem ustaleń mających na celu rozstrzygnięcie, czy Studium Wykonalności stanowiło dokumentację przetargową i czy wykonawcy składający ofertę w postępowaniu obowiązani byli we własnych szacunkach uwzględnić pracochłonność wskazaną w Studium Wykonalności.

Izba przeanalizowała dokumentację postępowania i stwierdziła, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zawarł m.in. następujące informacje: II.1.5) Przedmiotem zamówienia jest Zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych. Postępowanie prowadzone jest w częściach (...). Charakterystyka poszczególnych części zamówienia została określona w załączniku B Ogłoszenia. Zwrot „SW” użyty w Załącznikach B do ogłoszenia oznacza Studium Wykonalności dla projektu” Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych, Wersja 2.2.3, Warszawa, 21.12.2009 r. Studium Wykonalności zostanie zamieszczone na stronie www.csioz.gov.pl w zakładce zamówienia publiczne razem z ogłoszeniem o zamówieniu, od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”.

W dalszej części ogłoszenia o zamówieniu zamawiający odwoływał się do treści Studium Wykonalności, np.:

„Podstawowe uwarunkowania realizacji zamówienia przez wykonawcę produktów projektu P1 w zakresie I części ogłoszenia”

1. Rozumienie pojęć – na podstawie „Słowniczka pojęć” z SW (...)
2. Realizacja produktu według wariantu inwestycyjnego W1 zgodnie z 9.6.3 SW
3. Respektowanie decyzji o zarządzaniu projektem P1 po stronie zamawiającego zgodnie z metodyką PRINCE 2 (patrz: 10.1.1 SW) i dodatkowych decyzji szczegółowych Komitetu Sterującego Projektu P1

4. Respektowanie przyjętego dla projektu P1 sposobu wdrażania projektu (patrz: 10.1.2 SW, etap projektowania, realizacja) itp.

W piśmie z dnia 9 lutego 2012 roku odwołujący podnosił, że powyższe zapisy świadczą o tym, że Studium Wykonalności stanowiło załącznik do ogłoszenia o wszczęciu postępowania. W szczególności świadczy o tym zawarta w ogłoszeniu, iż Studium Wykonalności zostanie zamieszczone na wskazanej stronie razem z ogłoszeniem o zamówieniu. Ponadto wskazane wyżej zapisy ogłoszenia nie mają charakteru informacyjnego a zobowiązujący, wiążący dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, a następnie dla wykonawcy którego oferta będzie wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Wykonawca składający ofertę, a następnie realizujący przedmiot zamówienia miał uwzględnić jako podstawowe uwarunkowania wynikające ze Studium Wykonalności. Odwołujący się zwrócił uwagę na określone przez zamawiającego uwarunkowania w zakresie realizacji zamówienia odnoszące się do treści Studium Wykonalności w zakresie sposobu wdrażania projektu. Na założenia wynikające w tym miejscu ze Studium Wykonalności mające wpływ określone w Studium Wykonalności dla fazy projektowej i wdrożeniowej (realizacji) zespoły w określonym w Studium Wykonalności kształcie i ilości oraz przyjęta w ten sposób pracochłonność wnikająca z założeń pkt 11.2.3.2 Studium Wykonalności. W ocenie odwołującego się gdyby zamawiający rzeczywiście jedynie chciał wskazać, że Studium Wykonalności nie wiąże wykonawców biorących udział w postępowaniu nie wskazywałby odwołania w treści ogłoszenia.

Ze stanowiskiem odwołującego się nie sposób się zgodzić. Izba przeanalizowała wskazane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i skonstatowała, że Studium Wykonalności nie stanowiło załącznika do ogłoszenia o zamówieniu oraz że Studium obowiązywało wykonawców jedynie w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

W szczególności o tym, że Studium Wykonalności miałyby być załącznikiem do ogłoszenia o zamówieniu nie przesądza informacja, iż Studium to zostanie zamieszczone na stronie internetowej razem z ogłoszeniem o zamówieniu. Fakt zamieszczenia jednego dokumentu razem z drugim oznaczać może co najwyżej, że obydwa dokumenty zostaną zamieszczone na stronie w tym samym czasie, w tej samej zakładce, może wskazywać również na pewien rodzaj relacji obydwu dokumentów i ich wzajemnych powiązaniach, niemniej jednak stanowisko, że jeden stanowi załącznik drugiego jest zbyt daleko idące. Na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przyjmuje się na ogół, że załączniki do dokumentów stanowią ich integralną część. Nie budzi wątpliwości, że taki charakter mają załączniki, które zawierają treści wymagane ustawą (np. załączniki do SIWZ zawierające informacje, o których mowa w art. 36 ust.1 ustawy Pzp) czy załączniki zawierające inne treści, ale nie pozostawiające wątpliwości co do tego, iż stanowią one

część dokumentacji wymaganej ustawą (np. załączniki do SIWZ zawierające inne treści niż wskazane w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, takie jak: wymagany przez zamawiającego formularz oferty, treść oświadczeń składanych przez wykonawców itp). w sytuacji, gdy w dokumencie podstawowym zamawiający wskazuje, że są one załącznikami do dokumentu podstawowego.

Studium Wykonalności nie jest dokumentem wymagany ustawą Pzp. Ustawa Pzp wymaga od zamawiającego organizującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego sporządzenia ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z art. 48 ust. 2 ustawy Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy nie nakładają na zamawiającego obowiązku tworzenia Studium Wykonalności. Jeżeli zamawiający sporządził taki dokument jego moc wiążąca dla wykonawców powinna zostać przez zamawiającego określona i wykonawcy powinni zostać o niej poinformowani. W rozpoznawanym przypadku zamawiający w żadnym miejscu sporządzonej dokumentacji nie wskazał, że Studium Wykonalności jest załącznikiem do ogłoszenia ani też, że stanowi ono jego integralną część, a zatem Izba uznała, że

Nie oznacza to, że Studium Wykonalności w żadnym zakresie nie było wiążące dla wykonawców. W ocenie Izby wykonawców obowiązywały wszystkie te zapisy Studium Wykonalności, do których zamawiający odnosił się w treści odwołania, takie jak np. wskazane wyżej postanowienia zawarte w krótkim opisie przedmiotu zamówienia, gdzie zamawiający wprost odsyła do wskazanych jednostek redakcyjnych Studium Wykonalności. Jednakowoż Izba ustaliła, że w żadnym punkcie ogłoszenia zamawiający nie odesłał do założeń pkt 11.2.3.2 Studium Wykonalności, gdzie zawarto szacunki autora Studium w zakresie pracochłonności. Izba nie podziela stanowiska odwołującego się, zawartego w piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2012 roku, iż odesłanie do wskazanych punktów Studium Wykonalności jest jednoznaczne z koniecznością uwzględnienia wskazanej w punkcie 11.2.3.2 pracochłonności. Poparciem powyższego jest ponadto zapis zawarty w treści pkt.11.2.3.2 Studium Wykonalności, iż „Z uwagi na znaczną presję czasową, na potrzeby szacowania pracochłonności poszczególnych klas produktów przyjęto, że wyliczone wartości osobomiesięcy należy traktować jako względnie wiążące”. Użycie sformułowania „względnie” wskazuje, że konieczność zastosowania istniałaby tylko w sytuacji, gdyby zamawiający taką konieczność przewidział i o niej poinformował.

O wiążącym charakterze Studium Wykonalności nie stanowią również postanowienia zawarte we wzorze umowy. Zgodnie art. 2 ust. 1 wzoru umowy przedmiotem umowy jest zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny Podsystemów „Szyna Usług” oraz „System Administracji” w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1) – Część I, zgodnie ze specyfikacją techniczną i funkcjonalną określoną w Opisie przedmiotu

zamówienia (OPZ) zawartym w Załączniku 1. W żadnym miejscu projektu umowy nie zawarto odesłania do Studium Wykonalności.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że wykonawcy nie byli obowiązani respektować założeń Studium Wykonalności w zakresie pracochłonności. Obowiązek taki nie wynikał z dokumentacji postępowania, i odwołujący się w ocenie Izby nie wykazał, że tak było w istocie. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, iż wykonawcy mieli pewną swobodę w szacowaniu pracochłonności. Tym samym przystępujący Unizeto był uprawniony sporządzenia i zastosowania własnych szacunków. Zastosowanie innej pracochłonności niż wskazana w Studium Wykonalności nie jest zatem podstawą do twierdzenia, że wykonawca ten zaoferował rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny, Izba uznała, iż zamawiający nie naruszył art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności. W ocenie Izby wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, mogących wiązać się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, może skutecznie zastrzec ich poufność w momencie ich składania. Oczywistym jest brak możliwości dokonania stosownego zastrzeżenia w momencie składania oferty, gdyż nie są to dane żądane przez zamawiającego w specyfikacji. Takie stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła m.in. w wyroku z dnia 17 października 2008 roku KIO/UZP 1068/08 oraz w wyroku z dnia 20 maja 2010 roku KIO/UZP 730/10. Skład orzekający w niniejszej sprawie popiera stanowisko wyrażone we wskazanych wyrokach.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nieskutecznego zastrzeżenia przez przystępującego Unizeto tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Odwołujący się podnosił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w treści maila wysłanego przez Pana Mariusza Midzio, podczas gdy z dokumentacji oraz treści oferty nie wynika, że była to osoba uprawniona do składania takich oświadczeń woli w imieniu wykonawcy.

Izba stwierdziła, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte zostało w piśmie przystępującego z dnia 5 stycznia 2012 roku, zawierającym wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny. Pismo zostało podpisane przez Pana Andrzeja Bendig-Wielowiejskiego, Prezesa Zarządu przystępującego, uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji wykonawcy zgodnie z odpisem KRS o numerze 233499.

KIO 125/12

W dniu 20 stycznia 2012 roku wykonawca iMed24 SA w Krakowie wniósł odwołanie od;

1. niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Unizeto Technologies SA jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
 2. niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty iMed24 SA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, pomimo iż oferta iMed24 SA nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone wyjaśnienia potwierdzają i wyjaśniają w sposób wystarczający, iż oferta iMed24 SA nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 3. niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na przyjęciu, iż złożone przez iMed24 SA wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 4. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wyboru oferty iMed24 SA jako oferty najkorzystniejszej,
 5. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty iMed24 SA,
 6. niezgodnej z prawem czynności oceny ofert, tj. oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- Odwołujący zarzucił zamawiającemu;
1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
 2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty iMed24 SA, pomimo iż oferta iMed24 SA nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 3. naruszenie przepisu art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy - poprzez przyjęcie, iż złożone przez iMed24 SA wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty Unizeto Technologies SA jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Unizeto Technologies SA nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

5. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wyboru oferty iMed24 SA jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta iMed24 SA jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

6. naruszenie przepisu art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty iMed24 SA.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i;

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert, w tym w szczególności unieważnienie czynności odrzucenia oferty iMed24 SA;

2. nakazanie zamawiającemu prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty iMed24 SA, w szczególności dokonania ponownej oceny wyjaśnień złożonych przez iMed24 SA;

4. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty iMed24 SA jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych' w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

5. z ostrożności procesowej - nakazanie zamawiającemu podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty iMed24 SA.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że: w dniu 11 stycznia 2012 roku otrzymał od Zamawiającego pismo „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Zamawiający informował w przedmiotowym piśmie, iż jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta Uniceto Technologies SA, zaś oferta oferty została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy w związku z art. 90 ust. 2 i 3.

Dodatkowo odwołujący się wskazał, że zamawiający w dniu 29 grudnia 2011 roku wezwał iMed24 SA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bardzo szczegółowo wskazując sposób udzielenia tych wyjaśnień. Wyjaśnienia takie (bardzo dokładne i szczegółowe) odwołujący złożył w dniu 5 stycznia 2012 roku. Przedmiotowe wyjaśnienia objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, iż gdyby zamawiający ocenił ofertę iMed24 SA zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - oferta iMed24 SA otrzymałaby największą ilość punktów spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu.

Ponadto zamawiający podniósł, że zamawiający jako uzasadnienie swojej decyzji o odrzuceniu oferty iMed24 SA podał: „Przedstawione przez iMed24 SA wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia w podanym koszcie i przy deklarowanych

nakładach. Tym samym należało uznać, iż cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Odwołujący wskazał, iż szczegółowe uzasadnienie zaoferowanej ceny zostało podane przez iMed24 SA w wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2012 roku. Zdaniem iMed24 SA przedmiotowe wyjaśnienia w sposób pełny, zasadny i racjonalny uzasadniają zaoferowaną cenę. W szczególności uzasadniają one zarówno możliwość wykonania zamówienia właśnie przy podanym koszcie i przy deklarowanych nakładach. Znamienne jest, iż Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do złożonych wyjaśnień, w szczególności nie wskazał, dlaczego uznał je za niewystarczające czy też nieprzekonujące. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż wyjaśnienia te „nie potwierdzają możliwości”. Zamawiający nie wykazał, że cena zaoferowana przez iMed24 SA jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę sprowadza się do 1 (słownie: jednego) zdania: „Przedstawione przez iMed24 SA wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia w podanym koszcie i przy deklarowanych nakładach.” Przede wszystkim należy wskazać, iż Zamawiający - pomimo uzyskania bardzo szczegółowych wyjaśnień, liczących 11 stron wraz z 22stronicowym załącznikiem w formacie A3 - w żadnym, nawet najmniejszym, stopniu nie odniósł się do treści tych wyjaśnień. Obecnie Odwołujący jest de facto pozbawiony możliwości obrony, gdyż nie jest mu wiadome, jakie zarzuty wobec tak dokładnych i szczegółowych wyjaśnień zamawiający sformułował oraz dlaczego zamawiający uznał, iż spełniona jest przesłanka art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

iMed24 SA zwrócił też uwagę, iż zamawiający wystąpił także do pozostałych wykonawców o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90. ust. 1 ustawy Pzp, jednakże w przypadku tych wyjaśnień uznał je za wystarczające. Warto wskazać, iż jeśli podstawą oceny Zamawiającego był jedynie stosunek cen ofertowych do zakładanego budżetu, to wtedy zarzut rażąco niskiej ceny należałoby postawić także pozostałym złożonym ofertom. iMed24 SA - wobec braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty - musi zakładać, iż takie właśnie były przesłanki działania zamawiającego. Gdyby bowiem istniały inne powody odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - to zamawiający po prostu wskazałby je w piśmie o odrzuceniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia w zakresie części pierwszej został oszacowany na kwotę 62 673 319 zł netto, czyli 77 088 182,00 zł brutto. Odwołujący się w zaoferował cenę w wysokości 5 204 400,60 zł (4231220,00 zł +VAT).

Izba stwierdziła, że istotnie cena ofertowa przystępującego znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, co może uzasadniać podejrzenie, że jest rażąco niska. Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia »rażąco niska cena«. Słownik języka polskiego PWN opisuje przymiotnik »rażący« jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Izba wskazuje tu na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: "Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko

powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia".

Izba ustaliła, że w dniu 29 grudnia 2011 roku zamawiający zwrócił się do odwołującego się o wyjaśnienia elementów oferty oraz wskazania wszystkich okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w Tabeli rozбивa kosztów stanowiącej załącznik do pisma.

Pismem z dnia 5 stycznia 2012 roku odwołujący się złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zastrzeżone jako niejawne.

W myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Takie też informacje powinien przedstawić wykonawca składając wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez odwołującego się w zakresie wskazanym powyżej nie były wystarczające do stwierdzenia, czy odwołujący się zaoferował rażąco niską cenę, czy też nie. Wyjaśnienia mają charakter ogólny i nie dający wiedzy o ich wpływie na cenę oferty.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Skład orzekający Izby zgadza się nadto ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09), iż wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego się) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Odwołujący się poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił.

Rozpoznając zarzut naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego się Izba uznała, iż zamawiający naruszył dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 2 nie informując odwołującego się o faktycznych przyczynach odrzucenia jego oferty. Zastrzeżenie informacji, które zdaniem wykonawcy nie mogą być ujawnione innym uczestnikom postępowania jest skuteczne tylko wobec wykonawców i innych osób w postępowaniu. Nie może ono powodować sytuacji, gdzie odwołujący się nie jest informowany o przyczynach decyzji zamawiającego, zwłaszcza decyzji tak istotnych jak odrzucenie jego oferty. Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje jedynie, że do informacji tych nie mogą mieć wglądu pozostali uczestnicy postępowania oraz inne osoby.

W ocenie Izby powyższe nie pozostaje w sprzeczności z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wzmiankowanym artykułem zamawiający obowiązany jest niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W przypadku, gdy odrzucono ofertę wykonawcy, który zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadnienie zawarte w zawiadomieniach kierowanych do innych wykonawców powinno być ograniczone wyłącznie do tych informacji, które pozostały jawne, zaś wykonawca, którego ofertę odrzucono powinien otrzymać pełną informację na temat przyczyn odrzucenia.

Pomimo uwzględnienia zarzutu Izba oddaliła odwołanie z uwagi na fakt, iż stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. W myśl art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego się z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny było zasadne, a zatem fakt niewskazania uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....