

Sygn. akt KIO 2612/12

Sygn. akt KIO 2633/12

WYROK
z dnia 21 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 28 listopada 2012 r. przez wykonawcę Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183 (sygn. akt KIO 2612/12),

B. w dniu 30 listopada 2012 r. przez wykonawcę Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 (sygn. akt KIO 2633/12),

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, 02-542 Warszawa, ul. Puławska 148/150,**

przy udziale wykonawców:

- sygn. akt KIO 2612/12:

A. Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c,

B. Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-226 Warszawa, ul. Przymaty 6/8,

C. Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,

D. Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94,

E. MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18,

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

- sygn. akt KIO 2633/12:

**A. Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c,**

**B. Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-226 Warszawa,
ul. Pryzmaty 6/8,**

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

C. Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,

- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględni odwołania i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;

- powtórzenie oceny:

1) wyjaśnień złożonych przez wykonawcę **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;**

2) przedłużenia okresu ważności wadium przez wykonawcę **Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180;**

- uwzględnienie wyników powtórzonej oceny, w toku wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: A. **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183** (sygn. akt KIO 2612/12) i B. **Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94** (sygn. akt KIO 2633/12), tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od wykonawców: **Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** oraz **Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94** na rzecz wykonawcy **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183** kwoty po **7 500 zł 00 gr** (słownie:

siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) od każdego z nich, łącznie **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2612/12);

2.3. zasądza od wykonawcy Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 na rzecz wykonawcy Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2633/12);

2.4. zasądza od wykonawców: Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 na rzecz: 1) wykonawcy Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183 kwoty po **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) od każdego z nich, łącznie **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy); 2) Komendy Głównej Policji, 02-542 Warszawa, ul. Puławska 148/150 kwoty po **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) od każdego z nich, łącznie **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (sygn. akt KIO 2612/12);

2.5. zasądza od wykonawcy Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 na rzecz: 1) wykonawcy Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 2) Komendy Głównej Policji, 02-542 Warszawa, ul. Puławska 148/150 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (sygn. akt KIO 2633/12).

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2612/12

Sygn. akt KIO 2633/12

U z a s a d n i e

Komenda Główna Policji w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Modernizację Krajowego Rejestru Informatycznego”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 sierpnia 2012 r., nr 2012/S 151-252825.

Sygn. akt KIO 2612/12

Odwołujący - Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

- 1) art. 90 ust. 3 przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na nieprzedstawienie przez Odwołującego informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 2) ewentualnie również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 przez przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
- 3) art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty Sygnity S.A. nie będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu,
a w konsekwencji
- 4) art. 7 ust. 1 przez naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w wyniku dokonania wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania,
jednocześnie wniosk o:
 - 4) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania w postaci: pisma Odwołującego z dnia 16.11.2012 r. wraz z załącznikami (tj. 1) ofertą IBM na serwery, 2) ofertą na storage/przełączniki, 3) ofertą dystrybutora nr 1 na oprogramowanie DataProtector wraz z wymaganym wsparciem oraz 4) ofertą dystrybutora nr 2 na oprogramowanie DataProtector wraz z wymaganym wsparciem),
 - 5) na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy - wyłączenie w całości jawności rozprawy, ponieważ przy rozpoznawaniu odwołania mogą być ujawnione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes *prawny* we wniesieniu odwołania, ponieważ odrzucenie jego oferty uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, jego oferta - jako zawierająca najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia - zostałaby uznana za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.

Podniósł, że informację o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty Sygnity S.A. otrzymał w dniu 21.11.2012 r., zatem odwołanie wniosł w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucając ofertę powołał się na treść art. 90 ust. 3 ustawy oraz wskazał, że w złożonej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie przedstawił informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty było bezpodstawne. Odwołujący przedstawił następujące stanowisko.

I. Z treści art. 90 ust. 1 ustawy wynika, że w przypadku wątpliwości Zamawiającego, co do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższe oznacza, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy przewiduje dwie możliwe podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, tj.: a) jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień (w odpowiedzi na wezwanie wystosowane do niego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy), b) wykonawca złożył wyjaśnienia, jednak dokonana ocena tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (koresponduje to z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy).

Z uzasadnienia pisma informującego Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wynika, że podstawą odrzucenia oferty było nieudzielenie wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. W konsekwencji Odwołujący uznał, że Zamawiający nie dokonał oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, ale poprzestał na jej odrzuceniu z przyczyn formalnych, tj. z uwagi na rzekome nieudzielenie wyjaśnień. Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 21.11.2012 r., że: *W złożonej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Wykonawca nie przedstawił informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.*

Zamawiający nie uzasadnił przy tym dlaczego wyjaśnienia zawarte w odpowiedzi Odwołującego uznał za niewystarczające.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł.

1. W piśmie z dnia 13.11.2012 r., stanowiącym wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego, Zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie oferta budzi jego wątpliwości pod kątem rażąco niskiej ceny i co dokładnie powinno być przedmiotem wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający poprzestał na ogólnym sformułowaniu wynikającym z art. 90 ust. 1 ustawy i zażądał: *wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. szczegółowej kalkulacji ceny wykonania przedmiotu zamówienia.*

W odpowiedzi na tak ogólnie sformułowane wezwanie, Odwołujący w dniu 16.11.2012 r. udzielił odpowiedzi, powołując się m.in. na fakt zaferowania sprzętu IBM (podczas, gdy inni uczestnicy aukcji elektronicznej oferowali sprzęt Hewlett Packard), co uzasadniało różnicę w cenach z uwagi na zróżnicowanie pochodzenia produktów określonych w SIWZ. Odwołujący przedstawił ponadto rozbięcie ceny ofertowej na poszczególne zasadnicze elementy zamówienia, wskazując ich wartości procentowe, a także powołał się na oferty pozyskane od producentów sprzętu w toku przygotowywania własnej oferty oraz wynikające z nich ceny.

W ocenie Odwołującego, udzielona odpowiedź, w tym poziom szczegółowości przedstawionej przez niego kalkulacji, były adekwatne do ogólnikowego żądania Zamawiającego.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej - KIO 2790/11, wyrok KIO 2012-01-12: *1. 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. 2. 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;*

KIO 2640/11, wyrok KIO 2011-12-22 - *2. Prawidłowa ocena wyjaśnień wykonawcy jest możliwa wówczas, gdy zamawiający wskazuje w wezwaniu zakres budzący jego wątpliwości. 3.*

Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. 4. Brak jest przeszkód, by zamawiający zwrócił się powtórnie do wykonawcy w celu udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty;

KIO 646/12, KIO 653/12, wyrok KIO 2012-04-16 - Zamawiający nie uczynił ścisłej instrukcji wskazującej na zakres żądanego wyjaśnienia poszczególnych elementów cenotwórczych oferty, lecz w sposób dosyć ogólny oczekiwał wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ, na wysokość zaoferowanej ceny, co oznacza, że wykonawcy nie mieli obowiązku przedkładać szczegółowych kalkulacji kosztów, lecz wykazać jedynie przesłanki z art. 90 ust. 2 p.z.p.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił ponownie uwagę na treść wyroku KIO z dnia 16.04.2012 r., KIO 654/12, przedstawionego już w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, z którego wynika, że nie był obowiązany do złożenia szczegółowej kalkulacji ceny w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego:

1. Twierdzenie, że cena oferty jest rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji, jest to tym bardziej uzasadnione, w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, które ze swej istoty jest ustalone z góry i dotyczy całego przedmiotu. 2. W przypadku ceny ryczałtowej wykonawcy nie mają obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe.

W uzasadnieniu powyższego wyroku wskazano: Izba podzieliła stanowisko przystępującego, że w przypadku ceny ryczałtowej wykonawcy nie mają obowiązku przedstawiania, tak jak tego domaga się odwołujący, szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe. Zatem za wystarczające należy uznać przedstawienie kalkulacji w sposób sumaryczny dla poszczególnych pawilonów, z rozbiciem na roboty budowlane, instalacje co, wentylacje, roboty elektryczne itd. Jest to tym bardziej uzasadnione, w sytuacji, gdy sam zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 27 lutego 2012 r. nie określił poziomu szczegółowości przedstawianej kalkulacji. Przedstawione przez odwołującego zestawienie ofert, w którym wskazał na wybrane postępowania o zamówienie publiczne, w których zamawiający dokonali wyboru ofert proponujących ceny wyższe niż zakładany budżet zamawiającego, Izba uznała za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

2. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że złożone przez niego wyjaśnienia, pomimo iż nie zawierały szczegółowej kalkulacji i szczegółowych wyjaśnień, co do poszczególnych elementów ceny, były wystarczające do przyjęcia, iż cena oferty nie była rażąco niska. Odwołujący wskazał, że powołał się zwłaszcza na okoliczność zaoferowania innego sprzętu niż pozostali wykonawcy uczestniczący w aukcji (co uzasadniało różnicę w cenach z uwagi na zróżnicowanie pochodzenia produktów określonych w SIWZ), przedstawił rozbicie ceny ofertowej na poszczególne zasadnicze elementy zamówienia oraz podał uzyskane ceny ofertowe dotyczące oferowanych komponentów,

pozyskane od producentów sprzętu w toku przygotowywania własnej oferty i załączył uzyskane oferty producentów (w celu wykazania, że zaoferowana cena jest realna).

Odwołujący wyjaśnił, że pismo z dnia 16.11.2012 r., stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, zostało złożone fizycznie u Zamawiającego (co potwierdza prezentata Kancelarii Biura Finansów Komendy Głównej Policji), a dodatkowo treść samej odpowiedzi (bez załączników) przesłano Zamawiającemu faksem w tej samej dacie.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 16.11.2012 r. z załącznikami oraz prezentatą Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, bezzasadne było zatem potraktowanie jego pisma z dnia 16.11.2012 r. jako nieprzedstawienie informacji uzasadniających cenę oferty.

KIO stwierdziła w wyroku z dnia 22.05.2012 r., KIO 958/12: *Jeżeli wyjaśnienia w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny, powołując się na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej, jak m.in. czynniki związane z kondycją firmy (np. wieloletnia obecność na rynku i wypracowanie takich form zakupów i cen zakupów, a także grupy stałych dostawców wyrobów budowlanych, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy, czy czynniki związane z lokalizacją inwestycji, co pozwala na zaoszczędzenie na kosztach dojazdów do zamawiającego, kosztach delegacji i diet dla pracowników realizujących zadanie oraz kosztów utworzenia lokalnego biura odpowiedzialnego za realizację przedmiotu umowy), to takie wyjaśnienia, choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 p.z.p. (tak samo w wyroku z dnia 14.08.2012 r., KIO 1609/12).*

Jednocześnie w innym wyroku KIO 323/12 z 2012-02-28 stwierdzono: *1. W przypadku, gdy po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach zamawiający cały czas ma wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską, to art. 90 ust. 3 p.z.p. nie daje zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty. P.z.p. wymaga, aby treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdzała, iż zaproponowana cena jest rażąco niska. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy, co do zaoferowanej przez niego ceny. Ustawa wymaga pozytywnego potwierdzenia przynajmniej ceny rażąco niskiej.*

II. Odwołujący podał, że pomimo iż Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn formalnych, nie dokonując faktycznie jej oceny pod kątem rażąco niskiej ceny, Odwołujący z ostrożności podtrzymał twierdzenie (zawarte w piśmie z dnia 16.11.2012 r.), iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że w wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 09.11.2012 r. zaproponował cenę zamówienia w wysokości 6.990.000 PLN, natomiast kolejna pod względem korzystności oferta złożona w toku aukcji opiewała na kwotę 7.480.000 PLN (oferta Malkom D. M..... i Wspólnicy Sp. J.), czyli zaledwie o 6,56% wyższą niż oferta Odwołującego. Z kolei cena oferty uznanej za najkorzystniejszą (oferta Sygnity S.A.) wynosiła 7.550.000 PLN i jej wartość była

wyższa o zaledwie 7,4% od wartości oferty Odwołującego. Tym samym różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a cenami dwóch kolejnych ofert wynosi tylko około 7%. Z porównania złożonych ofert nie wynika zatem, aby oferta Odwołującego w sposób znaczący odbiegała od cen ofertowych znajdujących się w ofertach dwóch kolejnych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że z akt postępowania wynika, iż Zamawiający przeprowadził również badanie oferty Sygnity S.A. pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający ostatecznie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, uznając ją za najkorzystniejszą. Oznacza to, że w chwili podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty Sygnity S.A., Zamawiający ustalił, iż oferta Sygnity S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest realną ceną za wykonanie zamówienia. Odwołujący uznał, że skoro cena oferty Odwołującego była niższa od ceny wybranej oferty o zaledwie 7,4%, to przy tak niewielkiej różnicy cen, oferta Odwołującego automatycznie nie mogła mieć rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie wskazał, że samo powzięcie wątpliwości, co do rażąco niskiej ceny nie uzasadnia odrzucenia oferty, bowiem przesłanką wymaganą w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy jest, aby dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie pozwalają na stwierdzenie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł, że gruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje jednocześnie, iż zaoferowanie rażąco niskiej ceny ma miejsce wówczas, gdy zaproponowana cena nie jest ceną realistyczną (co w przypadku Odwołującego nie miało miejsca): KIO 560/12, wyrok KIO 2012-04-05 LEX nr 1148284: *Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku*; KIO 517/12, wyrok KIO 2012-03-29 LEX nr 1131284: *2. Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień to jest wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. 3. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne*; KIO 481/12, wyrok KIO 2012-03-19 LEX nr 1131253: *1. Pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie posiada definicji legalnej na gruncie obowiązującego prawa, lecz niewątpliwie wolą ustawodawcy wprowadzającego ten termin do porządku prawnego była eliminacja z rynku wykonawców nierzetelnych. 2. Rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji*; KIO 406/12, wyrok KIO 2012-03-13 LEX nr 1129944: *1. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. 3. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej*

ceny za rażąco niską. 4. Konieczne jest zindywidualizowane podejście do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej, a oceny należy dokonywać uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. 5. Znacząca różnica ceny oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia czy średniej ceny pozostałych ofert może jedynie uzasadniać wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., nie może zaś przesądzać wyników tej oceny.

Mając powyższe na uwadze wniósł, jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 2633/12

Odwołujący Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci:

- 1) dokonania oceny ofert, w tym Sygnity S.A. i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sygnity S.A.,
- 2) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Sygnity S.A. ze względu na brak zabezpieczenia oferty wadium,
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity S.A., jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu,
- 4) zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
- 5) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity S.A., jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania względem wykonawcy Sygnity S.A.,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez Sygnity S.A.,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania względem oferty złożonej przez Sygnity S.A.,
- 4) art. 8 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny oferty złożonej przez Sygnity S.A. i unieważnienia czynności wyboru tej oferty, jako oferty najkorzystniejszej,

- 2) odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
- 3) dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Sygnity S.A. i:
 - a) wykluczenia wykonawcy Sygnity S.A. z postępowania ze względu na brak zabezpieczenia oferty wadium,
 - b) odrzucenia oferty Sygnity S.A., jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
 - c) odrzucenia oferty Sygnity S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał.

I. Warunki formalne odwołania i interes.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, Zamawiający przesłał Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 21 listopada 2012 r. W zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Odwołujący wskazał, że zwrócił się do Zamawiającego o ich udostępnienie w dniu 21 listopada 2012 r. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin wglądu do wyjaśnień na dzień 22 listopada 2012 r. na godzinę 14:30. Podczas wglądu Zamawiający odmówił udostępnienia dokumentów i do dnia składania odwołania nie udostępnił dokumentów.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie zarzuty, jakie podnoszone są wobec oceny oferty Sygnity S.A. dotyczą: 1) tej części oceny, która jest dokonywana już po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej (aukcję przeprowadzono w dniu 9 listopada 2012 r.), bowiem ocena związana jest z przebiegiem samej aukcji elektronicznej (kwestia rażąco niskiej ceny zaoferowanej w toku aukcji elektronicznej), 2) okoliczności mających miejsce już po zakończeniu aukcji elektronicznej (np. kwestia braku przedłużenia wadium oraz kwestia braku odtajnienia wyjaśnień Sygnity S.A.). Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do zarzutu nieodtajnienia wyjaśnień złożonych przez Comparex Poland Sp. z o.o. Zatem, odwołanie nie jest związane z oceną oferty dokonywaną na potrzeby zaproszenia do aukcji elektronicznej, a w konsekwencji terminem początkowym liczenia biegu terminu składania odwołania nie jest moment zaproszenia do aukcji elektronicznej, a moment zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty (a tym samym zaniechaniu wykluczenia Sygnity S.A. z postępowania i odrzucenia jej oferty oraz ostatecznej decyzji o braku odtajnienia wyjaśnień Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o.).

Interes odwołującego we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp przejawia się w tym, że Zamawiający przez zaniechanie wykluczenia Sygnity S.A. i

odrzućenia jej oferty naraża Qumak-Sekom S.A. na szkodę i dopuszcza się naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów Pzp. Zatem, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z żądaniem Odwołującego, wówczas to jego oferta (druga w rankingu nieodrzuconych ofert) zostałaaby wybrana do realizacji zamówienia, co umożliwiłoby spółce osiągnięcie określonego przychodu i zysku. Zatem, niedokonanie tej czynności powoduje uszczerbek majątkowy Odwołującego.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania w zakresie zaniechania wykluczenia Sygnity S.A.

Oferta złożona przez wykonawcę Sygnity S.A. została zabezpieczona wadium wniesionym w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Gwarancja obowiązywała do dnia 12.11.2012 r.

Pierwotnie termin obowiązywania gwarancji pokrywał się z okresem związania ofertą, jednakże w wyniku skorzystania przez niektórych wykonawców w toku postępowania ze środków ochrony prawnej, termin związania ofertą uległ zawieszeniu na czas rozstrzygnięcia odwołań. W konsekwencji termin związania ofertą uległ odpowiedniemu wydłużeniu, tj. poza dzień 12.11.2012 r. Tym samym, w świetle art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 184 Pzp oczywistym jest, że konieczne było przedłużenie wadium w taki sposób, aby było ono ważne przez cały okres związania ofertą.

Sygnity S.A. przedłożyła Zamawiającemu aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG09/0418/12/0008 przedłużający jej ważność do dnia 12.12.2012 r., uczyniła to jednak dopiero dnia 13.11.2012 r.

Tym samym w dniu 13.11.2012 r., aż do momentu otrzymania przez Zamawiającego dokumentu, oferta Sygnity S.A. nie była zabezpieczona wadium.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z orzecznictwem KIO *dla skuteczności wniesienia (przedłużenia) wadium niewystarczające jest samo ustanowienie gwarancji przez bank lub ubezpieczyciela, lecz także przekazanie samego dokumentu gwarancji lub aneksu zamawiającemu* (tak wyrok KIO z dnia 22.06.2011 r., KIO 1220/22). Podobnie w wyroku z dnia 08.08.2011 r. (KIO 348/11) KIO stwierdziła, że *Sam fakt obowiązywania gwarancji nieprzerwanie od dnia składania ofert do upływu terminu związania ofert jest niewystarczający dla uznania, że wadium zostało wniesione. Nietrafnie utożsamia odwołujący pojęcie wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z jego ustanowieniem (samym faktem jego istnienia), z pominięciem konieczności posiadania przez zamawiającego dokumentu gwarancji aktualnego w odniesieniu do całego terminu związania ofertą. Jeśli na wadium składa się dokument podstawowy gwarancji oraz aneksy, zamawiający winien wejść w ich posiadania do upływu terminu składania ofert.* Zatem nawet

gdyby okazało się, że ów aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej był wystawiony przed dniem 13.11.2012 r. (co jest wysoce wątpliwe w kontekście jego treści, albowiem nie wynika z niej, aby aneks ten był wystawiony przed dniem 13.11.2012 r., ale jedynie nie doręczony w tym terminie Zamawiającemu i tak nie ma to żadnego znaczenia dla decyzji Zamawiającego.

Bez znaczenia jest także fakt, że Zamawiający nie dysponował wadium jedynie przez krótki okres czasu (tj. przez część dnia 13.11.2012 r.), bowiem oferta powinna być zabezpieczona wadium przez cały okres związania nią. Nawet gdyby wadium to nie było wniesione jedynie przez 10 min. to i tak wykonawca taki powinien zostać obligatoryjnie wykluczony. Stanowisko takie znajduje swoje potwierdzenie w ukształtowanej już linii orzeczniczej KIO. Przykładowo KIO w wyroku z dnia 23.01.2012 r. (KIO 52/12) stwierdziła, że *zamawiający powinien mieć możliwość dysponowania wpłaconym wadium przez cały okres związania ofertą, co nie miało miejsca w rozpoznawanej sprawie* (a takie stwierdzenie padło na kanwie tego, że wpłata wadium została zaksięgowana na rachunku bankowym 2 h 36 min. po terminie składania ofert). Tym samym choćby nawet godzinna przerwa w zabezpieczeniu oferty wadium skutkować musi wykluczeniem wykonawcy.

W konsekwencji powyższego zamawiający powinien był wykluczyć Sygnity S.A. z postępowania oraz odrzucić jej ofertę.

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień Sygnity S.A. oraz Comparex Poland Sp. z o.o. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku o udostępnienie mu do wglądu wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp przez Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o., Zamawiający odmówił udostępnienia tych dokumentów powołując się na zastrzeżenie ich, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Qumak-Sekom S.A. było to działanie bezprawne, nie znajdujące uzasadnienia w świetle przepisów Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność. W konsekwencji odstąpienie od niej jest możliwe tylko i wyłącznie wówczas, gdy przepis szczególny tak stanowi. Przepisem takim jest art. 8 ust. 3 Pzp zgodnie, z którym *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 1.* Konsekwencją tego, że jawność postępowania jest zasadą, jest także to, że wszystkie wyjątki, w tym określony w art. 8 ust. 3

Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco, muszą być rozumienie ściśle. W związku z tym, że przepisy Pzp nie określają, co należy rozumieć przez tajemnicę przedsiębiorstwa i odsyłają w tym zakresie do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odnieść się należy do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) zgodnie, z którym *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* W konsekwencji bezsporne jest, że aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy:

- mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny,
- być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał na fakt, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy, jak już wyżej zauważono, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu Zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych czy cenach jednostkowych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Zatem, zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak np. KIO w wyroku z dnia 31.03.2009 r., KIO/UZP 338/09). W tym przypadku Zamawiający polega całkowicie na samym oświadczeniu wykonawców, że ich wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności wyjaśniających w tym zakresie (np. nie zwrócił się do Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o. z prośbą w wyjaśnienie przyczyn utajnienia ich wyjaśnień). Ponadto Zamawiający dokonując oceny ofert lub innych zastrzeżonych dokumentów powinien dokonać oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Często faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie jest potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert lub innych dokumentów. Badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych

informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

Odwołujący podkreślił, że w każdym przypadku, gdy wykonawca decyduje się zastrzec określone informacje, jako poufne powinien potrafić wykazać zamawiającemu, że zrobił to w sposób uprawniony, to znaczy wyjaśnić, na czym polega wartość handlowa określonych informacji. W przypadku ewentualnego postępowania odwoławczego dotyczącego zasadności utajnienia określonych danych, na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Sygnity S.A. jak i Comparex Poland Sp. z o.o. nie spełniają wymogów zastrzeżenia ich poufności, bowiem nie zawierają takich informacji, które stanowiły określoną wartość handlową dla wskazanych spółek. Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 12.01.2011 r. (KIO 2793/10), w którym Izba stwierdziła, że: *Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób również uznać informacji zawartych w formularzu cenowym. Dokument ten nie zawiera, żadnych szczegółowych kosztów a jedynie ceny poszczególnych sprzętów, oprogramowania ogólnie dostępnych na rynku.*

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia mają charakter wtórny wobec treści ofert wykonawców, które są w całości jawne. W szczególności jawna jest szczegółowa specyfikacja sprzętu i oprogramowania, jakie mają być dostarczone w ramach postępowania. Trudno zatem wyjaśnić dlaczego, np. informacje o cenie tego sprzętu czy oprogramowania miałyby być poufne. Tym bardziej, że jak się domyśla Odwołujący, wykonawcy ci w swoich wyjaśnieniach nie podają szczegółowych danych dotyczących np. udzielanych im rabatów przez dostawców sprzętu/oprogramowania czy warunków płatności. Wskazał, że oferowany przez Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o. sprzęt i oprogramowanie są powszechnie dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a jego producenci (tj. np. Fujitsu, IBM, Brocade, Hewlett Packard, Dell, nShield) wręcz powszechnie udostępniają cenniki swoich produktów.

Za poufne nie można uznać także innych informacji (o ile się pojawiły w pismach Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o.) analizowanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 2 przy ocenie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. takich jak:

- oszczędność metody wykonania zamówienia (trudno bowiem w tej sprawie mówić o takiej oszczędności, skoro przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim dostawa sprzętu i oprogramowania),
- wybrane rozwiązania techniczne (skoro te rozwiązania techniczne są jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym

nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy),

- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy (nie wiadomo, jakie to sprzyjające warunki w ogóle mogą mieć miejsce w tym przypadku),
- oryginalność projektu wykonawcy (w tym postępowaniu w ogóle nie można mówić o jakiegokolwiek oryginalności projektu skoro wszystkie wymagania są z góry narzucone przez Zamawiającego w SIWZ i znane wszystkim wykonawcom),
- wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (zresztą taka pomoc publiczna jest jawna z mocy prawa).

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie przez Sygnity S.A. i Comparex Poland Sp. z o.o. wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust.1 Pzp było nieuprawnione, a dokumenty, jako niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być udostępnione Qumak-Sekom S.A.

IV. Uzasadnienie zarzutów w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Sygnity S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę.

W ocenie Odwołującego oferta Sygnity S.A. powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę. Świadczą o tym następujące okoliczności. Sygnity S.A. złożył w toku aukcji elektronicznej ofertę na kwotę 7.550.000 zł brutto. Cena ta jest ceną nierealną, niemożliwą do realizacji bez znacznej straty, czyli w konsekwencji jest ceną poniżej kosztów zakupu oferowanego sprzętu i oprogramowania.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie konfiguracji „2 sztuk bibliotek taśmowych” Zamawiający jednoznacznie przedstawił swoje wymagania i opisał je w pkt IX ppkt 22 Załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem: „Wraz z biblioteką należy dostarczyć następujące licencje HP Data Protector v6.x: - licencje SAN drive - tyle sztuk ile wymagana do zalicencjonowania wszystkich napędów w obu bibliotekach. Zamawiający nie posiada wolnych licencji na napędy; - on-line Extension for ONE UNIX system - 6 szt. dla każdej biblioteki taśmowej; - on-line Extension for ONE Windows - 2 szt. dla każdej biblioteki taśmowej”.

Wartość 5 letniego niestandardowego wsparcia (obowiązkowo wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ) dla przedmiotowego oprogramowania wynosi 3.600.000 zł netto, a wartość samych licencji wraz z 5 letnim prawem do instalacji poprawek, uaktualnień i nowych wersji oprogramowania kształtuje się na poziomie 1.800.000 zł netto, z tolerancją tej ceny do +/- 2% w zależności od typu biblioteki. Zatem, już te dwie pozycje dają łącznie cenę ok. 5.400.000 zł, ok. 6.650.000 zł brutto, podczas gdy cena ofertowa Sygnity to 7.550.000 zł

brutto.

Oznacza to, że na cały pozostały sprzęt pozostaje do zadysponowania kwota ledwie 900.000 zł brutto. Odwołujący nadmieniał, że same tylko stacje zarządzające i dodatkowe monitory to ok. 150.000 zł netto, dodatkowe karty HSM (do serwerów) to wartość ok. 100.000 euro netto, czyli ok. 410.000 zł netto, a karty faksowe to wartość ok. 38.000 zł netto. Reasumując to koszt stacji zarządzających, dodatkowych motorów oraz kart HSM i faksowych (598.000 zł netto, czyli 735.540 zł brutto) już praktycznie w całości zagospodarowuje powyższą kwotę 900.000 zł. Natomiast konieczne jest również uwzględnienie kosztu dostawy pozostałego sprzętu, w tym takiego jak: - 2 szt. macierzy (koszt łączny to ok. 1.500.000 zł brutto), - 2 szt. bibliotek (koszt łączny to ok. 900.000 zł brutto), - 4 szt. przełączników FC (koszt łączny to ok. 700.000 zł brutto), - 28 szt. serwerów (koszt łączny to ok. 1.500.000 zł brutto).

Powyższe świadczy, że cena zaoferowana przez Sygnity S.A. w aukcji elektronicznej jest ceną nierealną i rażąco niską.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że niżej wymienieni wykonawcy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego zachowując termin i formę dokonania zgłoszenia, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili oraz przekazując kopie zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującym:

- sygn. akt KIO 2612/12: A. Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c; B. Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-226 Warszawa, ul. Pryzmaty 6/8; C. Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180; D. Qumak-Sekom Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94; E. MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna, 02-495 Warszawa, ul. Bodycha 18; - zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- sygn. akt KIO 2633/12: A. Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c; B. Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-226 Warszawa, ul. Pryzmaty 6/8, - zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego; C. Sygnity Spółka Akcyjna, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180; - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

Wykonawcy ci stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła opozycję Qumak-Sekom S.A. przeciw przystąpieniu Comparex Poland Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, sygn. akt KIO 2633/12 z uwagi na fakt, że istotnie wykonawca ten nie wskazał w zgłoszeniu przystąpienia interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, nie wypełniając tym przesłanki z art. 185 ust. 2 ustawy, zatem nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania (ust. 3 wskazanego artykułu), sygn. akt KIO 2633/12.

Wykonawca MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie cofnął odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2613/12. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wydając odrębne postanowienie.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w pozostałych dwóch odwołaniach (sygn. akt KIO 2612/12 i KIO 2633/12). Uczestnicy postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnieśli wobec czynności Zamawiającego sprzeciwy: sygn. akt KIO 2612/12 Sygnity S.A. i Qumak-Sekom S.A. oraz sygn. akt KIO 2633/12 Sygnity S.A.

Izba rozpoznała wskazane odwołania na rozprawie, dokonując oceny zarzutów w zakresie czynności Zamawiającego i zaniechania, mających miejsce po zakończeniu aukcji elektronicznej.

Obaj Odwołujący - Comparex Poland Sp. z o. o. i Qumak-Sekom S.A. spełniają przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy (legitymacja czynna do wniesienia odwołania), bowiem w razie wykazania naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego i powtórzenie czynności (wybór najkorzystniejszej oferty) mieliby potencjalną możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W postępowaniu złożyło oferty ośmiu wykonawców. W aukcji uczestniczyło sześciu wykonawców, którzy w wyniku zakończenia aukcji zaoferowali ceny, wskazujące na podział wykonawców na dwie grupy: jedna grupa - trzech wykonawców - ceny od 6 990 000 zł do 7 550 000 zł (Comparex Poland Sp. z o.o., MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna, Sygnity S.A.) oraz druga grupa - trzech wykonawców - ceny od 12 225 000 zł do 12 229 000 zł (Qumak-Sekom S.A., Andra Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.).

W wyniku aukcji elektronicznej ceny ofert zostały znacznie obniżone w stosunku do cen zaofertowanych pierwotnie w ofertach. Pierwotne ceny ofert wykonawców: Comparex Poland Sp. z o.o., MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna, Sygnity S.A. (10 751 012 zł; 13 608 720 zł; 11 863 693,17 zł) były zbliżone do ceny zamówienia (wartość zamówienia zwiększona o kwotę podatku VAT) podanej przez Zamawiającego podczas otwarcia ofert - 12 229 476,47 zł. Pierwotne ceny ofert pozostałych wykonawców uczestniczących w aukcji elektronicznej (Qumak-Sekom S.A., Andra Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.) wynosiły: 21 865 708, 77 zł; 21 878 133 zł; 22 002 240 zł.

Zamawiający zwrócił się do 3. wykonawców: Comparex Poland Sp. z o.o., MALKOM D. M..... i Wspólnicy Spółka Jawna, Sygnity S.A. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. szczegółowej kalkulacji ceny wykonania przedmiotu zamówienia.

Wszyscy trzej wykonawcy złożyli wyjaśnienia w określonym przez Zamawiającego terminie, z tego Comparex Poland Sp. z o.o. i Sygnity S.A. zastrzegli wyjaśnienia i załączniki do wyjaśnień, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, dokonał oceny zasadności zastrzeżeń uznając je za zasadne, bowiem wyjaśnienia wykonawców spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający odrzucił ofertę Comparex Poland Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy podając w uzasadnieniu, że: *W złożonej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Wykonawca nie przedstawił informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Dokonał wyboru oferty Sygnity S.A. (oferta trzecia w kolejności pod względem ceny), której cena jest wyższa od ceny oferty Odwołującego o 7,4%, natomiast różnica ceny oferty Odwołującego w stosunku do ceny drugiej w kolejności oferty - MALKOM D. i Wspólnicy Spółka Jawna (wykonawca wykluczony z postępowania) wynosi 6,56%.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że nie stwierdził, iż ocena wyjaśnień Comparex Poland Sp. z o.o. wraz z załączonymi dowodami potwierdziła rażąco niską cenę oferty. Potwierdził, że nie dokonał oceny wyjaśnień właściwie. Przyznał zasadność zarzutu Odwołującego.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza,

że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z przepisu, który został wskazany, jako podstawa odrzucenia oferty wynika, że Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub potwierdzenia na podstawie oceny wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami rażąco niskiej ceny. Odwołujący złożył wyjaśnienia, fakt ten nie był sporny, zatem odrzucenie oferty mogło nastąpić w przypadku potwierdzenia w wyniku oceny wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie dokonał wskazanej czynności, przyznając ten fakt na rozprawie.

Fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (art. 190 ust. 5 ustawy).

Izba uznała zarzut za udowodniony. W ocenie Izby przyznanie Zamawiającego nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Zatem, Izba uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu powtórzenie oceny złożonych wyjaśnień.

Izba podnosi przy tym, że orzecznictwo sądowe, również arbitrażowe dopuszcza możliwość powtórzenia czynności przez zamawiającego, tj. wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, jeżeli jest to uzasadnione w okolicznościach danej sprawy.

Sygn. akt KIO 2633/12

Izba uwzględniła jeden z trzech zarzutów Odwołującego Qumak-Sekom S.A., tj. zarzut braku ciągłości zabezpieczenia oferty Sygnity S.A. wadium.

Wykonawca Sygnity S.A. wniósł wraz z ofertą wadium w formie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG09/0418/12/0008, wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, z ważnością do dnia 12 listopada 2012 r.

W dniu 13 listopada 2012 r. wykonawca złożył aneks nr 1 do wskazanej wyżej ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, z ważnością od dnia 13 listopada 2012 r. do dnia 12 grudnia 2012 r.

Pierwotna gwarancja zabezpieczała ofertę do dnia 12 listopada 2012 r. do godz. 24:00, natomiast przedłużenie okresu ważności wadium zostało dokonane w dniu 13 listopada 2012 r. w godzinach rannych.

Fakt ten jest bezsporny między stronami, został potwierdzony przez Zamawiającego pismem z dnia 14 listopada 2012 r. (korespondencja wewnętrzna Zamawiającego), w którym potwierdzono, że wadium zostało wniesione do Zamawiającego w dniu 13 listopada 2012 r.

Uwzględniając zasadność zarzutu, Izba miała na uwadze, że zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Z istoty wadium wynika, że służy ono zabezpieczeniu oferty przez cały okres związania wykonawcy ofertą. Do obowiązków wykonawcy należy dbałość, by ciągłość zabezpieczenia nie została przerwana.

W sytuacji dokonania przedłużenia okresu ważności wadium po upływie pierwotnego okresu ważności, następuje przerwanie ciągłości zabezpieczenia.

Różnica w stanowiskach przedstawionych na rozprawie polega na tym, że Sygnity S.A. utrzymuje, iż okres ważności wadium został przedłużony przez gwaranta w dniu 12 listopada 2012 r., więc ciągłość zabezpieczenia nie została przerwana, a jedynie dokument został złożony Zamawiającemu w dniu 13 listopada 2012 r. Natomiast stanowisko Odwołującego - Qumak-Sekom S.A., akceptowane przez Izbę, sprowadza się do uznania, że inną czynnością jest ustanowienie wadium, a inną wniesienie przez złożenie Zamawiającemu odpowiedniego dokumentu na podstawie, którego Zamawiający uprawniony jest do żądania zapłaty. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przyjęte w orzecznictwie, m.in. wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2010 r., sygn. akt 1655/10, że: *dla skuteczności wniesienia wadium w przypadku gwarancji, wymagane jest doręczenie dokumentu gwarancyjnego Zamawiającemu. (...) Należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia.*

Zarzut Odwołującego - brak ciągłości zabezpieczenia oferty wadium i zaniechanie czynności przez Zamawiającego wobec tego faktu - został udowodniony na rozprawie.

Z uwagi na potwierdzenie zasadności wskazanego zarzutu, Izba uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu powtórzenie oceny czynności wykonawcy przedłużenia okresu ważności wadium. Czynność Zamawiającego powinna być dokonana w kontekście obowiązku wynikającego z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Pozostałe dwa zarzuty odwołania nie zostały udowodnione.

W zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. i Sygnity S.A. złożonych w dniu 16 listopada 2012 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, Izba ustaliła na podstawie dowodów przedłożonych przez Zamawiającego, że Odwołujący Qumak-Sekom S.A. zwrócił się do

Zamawiającego pismem z dnia 21 listopada 2012 r. w tym dniu, tj. w dniu przekazania wykonawcom zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, z *prośbą o wyznaczenie terminu wglądu do protokołu z posiedzeń komisji, a w szczególności do pełnej korespondencji przesłanej przez zamawiającego do wykonawców i udzielonych przez wykonawców wszystkich wyjaśnień i uzupełnień złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa*, wskazując termin wglądu w dniu 22.11.2012 r. lub najbliższym możliwym, ewentualne przekazanie wymienionych dokumentów w formie elektronicznej.

Zamawiający udostępnił wgląd do dokumentów, co zostało potwierdzone oświadczeniem Odwołującego z dnia 22.11. 2012 r.

W okolicznościach sprawy, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanego w odwołaniu przepisu ustawy w związku z przedstawionym zarzutem (art. 8 ustawy). Odwołujący w sposób jednoznaczny określił zakres dokumentów, do których chciał uzyskać wgląd, ponadto zastrzegł, że wniosek dotyczy dokumentów nieobjętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba uwzględniła oświadczenie Zamawiającego i uznała za przekonujące jego wyjaśnienia złożone na rozprawie o dokonaniu na etapie oceny wyjaśnień, weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców oraz uznania zastrzeżeń za zasadne.

Obaj wykonawcy wskazali w wyjaśnieniach i załączonych dowodach elementy mające wpływ na kształtowanie cen ofert, przedstawiając w szczególności w załącznikach do wyjaśnień szczegółową kalkulację cen (wyjaśnienia Sygnity S.A.) oraz rozbicie ceny ofertowej na poszczególne zasadnicze elementy zamówienia (wyjaśnienia Comparex Poland Sp. z o.o.). Załączniki do wyjaśnień Comparex Poland S.A. są to oferty, w tym producentów urządzeń i dystrybutorów oprogramowania wraz z wymaganym wsparciem. Na rozprawie uczestnik postępowania Sygnity S. A. wskazał dodatkowo zobowiązania, jakimi został związany w celu zachowania poufności informacji dotyczącej oferowanych dostaw. Ponadto, cena oferty, jest cenę ryczałtową, natomiast zgodnie z załącznikiem nr 4 do wzoru umowy, Zamawiający wymagał by specyfikacja ilościowo-cenowa została przedłożona na etapie zawarcia umowy. Zatem przedstawienie danych dotyczących wyspecyfikowania ilości i ceny oferowanych urządzeń i oprogramowania nastąpi dopiero w wyniku zawarcia umowy i będzie dotyczyć wyłącznie wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, a więc wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu udostępnienia wskazanych informacji wykonawców, którzy przedstawili w wyjaśnieniach i załączonych dowodach, także okazanych na rozprawie, możliwości uzyskania korzystnych dostaw w ramach umów i negocjacji z producentami. Z tych względów Izba uznała zarzut za nieudowodniony.

W zakresie rażąco niskiej ceny oferty Sygnity S.A., Odwołujący przedstawił zarzut oraz obliczenia dotyczące ceny oferty zamieszczone w odwołaniu, na podstawie twierdzenia, że wykonawcy powinni na podstawie SIWZ pkt IX ppkt 22 załącznika nr 1 zaoferować wraz z biblioteką licencji Hewlett-Packard Data Protector v6.x (zdaniem Odwołującego są to dwa elementy kosztotwórcze ceny oferty). Wykonawcy oferują w postępowaniu dostawy różnych producentów oraz licencje wraz z wymaganym przez Zamawiającego wsparciem. Wykazywanie przez Odwołującego ceny oferty, jako rażąco niskiej, na podstawie konkretnego oprogramowania, kosztów wsparcia dla takiego oprogramowania i licencji, prowadzi w istocie do podważenia oferty wykonawcy, co do jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie stanowi podstawy do zarzutu, jak podniósł na rozprawie Zamawiający, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zarzut taki nie zmógł być podniesiony na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzutem jest natomiast zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wobec rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem, Odwołujący wnoszący odwołanie zobowiązany był do udowodnienia rażąco niskiej ceny przy oferowanych konkretnych urządzeniach i oprogramowaniu w kwestionowanej ofercie, które zostały uznane za zgodne z SIWZ.

O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia (wyrok Izby z dnia 2 maja 2011 r., sygn. akt KIO 832/11).

Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że cena wskazanego wykonawcy wypełnia przedstawione przesłanki rażąco niskiej ceny.

Z uwagi na zasadność zarzutu w sprawie sygn. akt KIO 2612/12 i jednego z trzech zarzutów w sprawie sygn. akt KIO 2633/12, Izba uwzględniła odwołania, orzekając jak w sentencji, zgodnie z art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: