

Sygn. akt: KIO 1936/11

WYROK
z dnia 23 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 września 2011 r. przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Baza i Systemy Bankowe sp. z o.o. w Bydgoszczy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Sygnity S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie systemu obsługi transakcji masowych dla podmiotów podlegających konsolidacji finansów publicznych (system klasy B2B).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 07 czerwca 2011 r. nr 2011/S 108-178718.

W dniu 29 sierpnia 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Sygnity S.A. w Warszawie zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Baza i Systemy Bankowe sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwanemu dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, a także wobec zaniechania dokonania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wniósł w dniu 16 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- b) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w wyniku zaniechania odtajnienia przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez przystępującego w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- d) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego, jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- e) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że pismem z dnia 30 sierpnia 2011 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu protokołu wraz z załącznikami, które zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp są jawne po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zapoznał się z ww. dokumentami w dniu 1 września 2011 r., nie uzyskał natomiast dostępu do wyjaśnień złożonych w przez przystępującego i dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych w celu ustalenia, czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe wyjaśnienia przystępujący zastrzegł jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Podnosił, iż pismem z dnia 6 września 2011 r. ponownie poprosił zamawiającego o wgląd do powyższych wyjaśnień w terminie do 7 września 2011 r. do godz. 12.00, wnosząc jednocześnie o zbadanie zasadności ewentualnego zastrzeżenia tych wyjaśnień, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający do momentu złożenia odwołania nie udzielił odwołującemu odpowiedzi na złożony wniosek oraz nie udzielił mu dostępu ww. wyjaśnień przystępującego.

Zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez przystępującego i dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, było nieuzasadnione, gdyż w ocenie odwołującego zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Informacjami tymi są podawane podczas otwarcia nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. W opinii odwołującego wyjaśnienia udzielone przez przystępującego dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowią informacje dotyczące ceny i w tym przypadku nie powinny zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 798/09.

W ocenie odwołującego zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez przystępującego było i jest bezpodstawne. Zamawiający winien je odtajnić, czego nie uczynił. Przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08. Wywodził, iż zaniechanie zamawiającego wskazuje na naruszenie zasady jawności postępowania. W konsekwencji powoduje to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący z ostrożności procesowej oraz z powodu nie udostępnienia ww. wyjaśnień przez zamawiającego wskazywał, że ciężar wykazania faktu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę. Powyższe pociąga sobą wymóg, aby wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, a przede wszystkim odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 847/10 i KIO/UZP 882/10, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący wywodził, że punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Zamawiający określił wartość szacunkową udzielanego zamówienia (cenę za przedmiot zamówienia) na poziomie 9.300.000,00 złotych netto (dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), co po powiększeniu o kwotę podatku VAT (stawka 23%) daje kwotę wynoszącą 11.439.000,00 złotych brutto. Wskazywał, iż kwota wynagrodzenia wykonawcy wskazana w formularzu ofertowym przez cały okres obowiązywania umowy, stanowi całość wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy i obejmuje ona wszelkie koszty, jakie wykonawca poniesie w celu należytego wykonania przedmiotu umowy.

Podnosił, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ wykonawca zobowiązany jest do świadczenia na rzecz zamawiającego usług opieki serwisowej, a w szczególności zobowiązany jest do:

- a) zapewnienia zamawiającemu możliwości zgłaszania awarii, błędów oraz usterek w dni robocze, za pośrednictwem jednego punktu kontaktowego, wskazanego przez Wykonawcę; przy czym zgłoszenia w godzinach od 16:00 do 8:00 lub zgłoszenia w dni wolne od pracy, traktowane będą jako zgłoszone o godzinie 8:00 następnego dnia roboczego;
- b) zachowania czasu reakcji nie dłuższego niż 1 (jedna) godzina od momentu zgłoszenia awarii, 4 (cztery) godziny od momentu zgłoszenia błędu, oraz 2 (dwa) dni robocze od momentu zgłoszenia usterki przez zamawiającego;
- c) usuwania awarii, w terminie nie dłuższym niż 1 dzień roboczy, liczony od momentu zgłoszenia awarii przez zamawiającego;
- d) usuwania błędów, w terminie nie dłuższym niż 5 dni roboczych, liczonych od momentu zgłoszenia błędu przez zamawiającego;

- e) usuwania usterek, w terminie nie dłuższym niż 30 dni kalendarzowych, liczonych od momentu zgłoszenia usterki przez zamawiającego;
- f) w przypadku, gdy usunięcie awarii będzie niemożliwe w terminie określonym w pkt c) powyżej - wykonawca zobowiązany jest - w tym samym terminie - do dostarczenia obejścia lub rozwiązania zastępczego, umożliwiającego poprawne działanie systemu do czasu usunięcia awarii; przy czym usunięcie awarii nastąpi w terminie nie dłuższym niż 60 dni kalendarzowych od momentu zgłoszenia awarii przez zamawiającego;
- g) naprawy lub wymiany wadliwych elementów Infrastruktury na nowe, wolne od wad, o parametrach nie gorszych niż wadliwe elementy Infrastruktury, w terminie 2 (dwa) dni robocze od momentu zgłoszenia konieczności naprawy lub wymiany przez zamawiającego;
- h) niezwłocznego informowania zamawiającego o wszelkich aktualizacjach oprogramowania wchodzącego w skład systemu, w tym oprogramowania baz danych;
- i) świadczenia usług asysty technicznej, polegających na udzielaniu zamawiającemu porad w zakresie obsługi systemu, na podstawie zgłaszanych drogą telefoniczną lub mailową zapytań, za pośrednictwem jednego punktu kontaktowego, wskazanego przez wykonawcę. porady, o których mowa w niniejszym punkcie będą udzielane w dni robocze, nie później niż w terminie uzgodnionym przez strony, przy czym wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego potwierdzania otrzymania zapytania, w terminie nie dłuższym niż 4 (cztery) godziny od momentu jego zgłoszenia.

Odwołujący wskazywał ponadto, iż zakres przedmiotu zamówienia obejmuje również prowadzenie działań prewencyjnych mających na celu maksymalne wydłużenie czasu bezawaryjnej pracy oprogramowania i infrastruktury, polegających na dokonywaniu przeglądów systemu zgodnie z § 3 pkt.3.4 lit. d załącznika nr 7 do istotnych postanowień umowy (dalej „IPU”), a także zgodnie z § 3 pkt.3.4 lit. f Załącznika nr 7 do IPU, świadczenie porad telefonicznych w zakresie obsługi systemu dla administratorów bezpieczeństwa, administratorów biznesowych, administratorów systemu, administratorów technicznych (porady udzielane będą w dni robocze), nie później niż w terminie uzgodnionym przez strony nie dłuższym jednak niż 48 (czterdzieści osiem) godzin, przy czym wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego potwierdzania otrzymania zapytania, w terminie nie dłuższym niż 4 (cztery) godziny od momentu jego zgłoszenia.

W ocenie odwołującego wszystkie określone w Załączniku nr 7 do IPU wymagania względem wykonawcy, a w szczególności przytoczone powyżej, nakładają na wykonawcę obowiązek powołania i utrzymywania stałego zespołu realizacyjnego przez cały okres realizacji projektu posiadającego zdolność do realizacji wszystkich wymagań zamawiającego określonych w Załączniku nr 7, a także utrzymania czasów reakcji oraz usuwania wad zgłaszanych przez zamawiającego. Wymagania dotyczące potencjału kadrowego jakim musi

dysponować wykonawca określone zostały w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 07.06.2011 r. Okres realizacji projektu definiuje SIWZ i zgodnie z jego zapisami obejmuje okres związany z procesem dostarczenia, testów i wdrożenia produkcyjnego rozwiązania w terminie zaproponowanym przez wykonawcę, jednak nie później niż do dnia 15 grudnia 2011 r., a także okresu 36 miesięcznego serwisu dla całości systemu i wszystkich jego elementów w okresach stabilizacji, okresie gwarancji i po upływie okresu gwarancji (w tym w ramach asysty technicznej) - łącznie do upływu 36 miesięcy od dnia, w którym kończy się ostatni okres stabilizacji, którego czas określony został na 8 tygodni licząc od dnia podpisania protokołu odbioru poszczególnych elementów systemu. Zgodnie z ofertą przystępującego projekt zostanie zrealizowany w terminach zgodnych z SIWZ. Z dokumentacji protokołu postępowania, do którego odwołujący otrzymał wgląd w dniu 1 września 2011 wynika, że czas realizacji projektu w zakresie dostarczenia funkcjonalności A oraz funkcjonalności B wynoszą odpowiednio 8 tygodni dla funkcjonalności A oraz 13 tygodni dla funkcjonalności B. W ocenie odwołującego czas realizacji całego projektu przez przystępującego w okresie zgodnym z zadeklarowanym w ofercie powinien być liczony w okresie niewiele przekraczającym 41 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy. Okres ten uwzględnia 36 miesięczny okres serwisu w tym usług asysty technicznej.

Odwołujący przedstawił zestawienie cen ofert złożonych w dniu 22 sierpnia 2011 przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu oraz porównanie ich z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez zamawiającego powiększoną o kwotę podatku VAT w ujęciu tabelarycznym. Wywodził, że zaproponowana przez przystępującego łączna cena stanowi 34% wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z uwzględnieniem podatku VAT. W przekonaniu odwołującego zaproponowana cena znacząco odbiegającą od cen przyjętych i wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Na poparcie tej tezy odwołujący dla przykładu wskazywał wartość prac podaną w dokumentach referencyjnych wystawionych przez Narodowy Bank Polski a przedstawionych przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Wartość usług utrzymania systemu „KOLEKCJONER” w okresie grudzień 2009 do sierpień 2010 zgodnie z informacją zawartą w dokumencie potwierdzenia wykonania prac na rzecz Narodowego Banku Polskiego przekroczyła wartość 600 000,00 zł brutto. Odwołujący nadmieniał, że system „KOLEKCJONER” jest oprogramowaniem sprzedażowym pełniącym funkcję portalu aukcyjnego co z punktu widzenia implementacji, zakresu funkcjonalnego i jego krytyczności w strukturze systemów informatycznych NBP wpływa na to, że jest to rozwiązanie prostsze i tańsze technicznie niż rozwiązanie oczekiwane przez zamawiającego, co tym bardziej wskazuje na rażąco niską cenę. Z przedstawionego dokumentu potwierdzenia wykonania prac wynika, że przystępujący z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz Narodowego Banku Polskiego zgodnie ze stawkami podatkowymi obowiązującymi w latach

2009-2010 otrzymał wynagrodzenie przekraczające wartość 5 800 000,00 zł brutto. W ocenie odwołującego rozwiązanie to było rozwiązaniem znacząco niższej skali niemniej jednak zakres prac związanych z utrzymaniem jest porównywalny - zgodnie z zakresem prac wyszczególnionych w przytaczanym dokumencie. Przytaczane wyżej tezy mają na celu wykazanie sytuacji w której przystępujący z tytułu realizacji całości przedmiotu zamówienia na rzecz Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie zaproponował łączną cenę, która w ocenie odwołującego daje przesłanki do stwierdzenia, że realizacja tego projektu przez przystępującego będzie się wiązała z nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia.

W ocenie odwołującego przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert jest świadome działanie przystępującego, który zaproponował rażąco niską łączną cenę za wykonanie zamówienia a w szczególności w części dotyczącej 36 miesięcznego okresu serwisu i asysty technicznej. Porównując pozycje cenowe pozostałych wykonawców w zakresie usług serwisowych w tym asysty technicznej wartość oferty przystępującego w tej części nie stanowi nawet 1/5 wartości ofert pozostałych konkurentów. Dodatkowo z uwagi na brak informacji w ofercie przystępującego w zakresie proponowanego rozwiązania, dotyczy to zarówno części dotyczącej infrastruktury sprzętowo-systemowej a także rozwiązania aplikacyjnego wraz z określeniem warunków udzielenia licencji i zasad świadczenia usług serwisu w tym asysty technicznej, uniemożliwia rzeczową ocenę ofert złożonych przez wszystkich Wykonawców. Warto również nadmienić, że oferta przystępującego jest jedyną ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu, która nie zawiera informacji o oferowanym przez wykonawcę produkcie. Oferty pozostałych wykonawców złożone w przedmiotowym postępowaniu opis lub koncepcję proponowanego rozwiązania. Z uwagi na brak informacji o części oferty przystępującego dotyczącej rozwiązania związanego z infrastrukturą sprzętowo-systemową odwołujący nie może się do tej części kosztów odnieść. Nie mniej jednak wartość prac związanych z utrzymaniem oferowanego rozwiązania w okresie 36 miesięcy zgodnie z SIWZ w strukturze kosztów powinna również uwzględniać pozycje dotyczące serwisu rozbudowy infrastruktury technicznej i oprogramowania systemowego zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ w rozdziale 3.3.1 pkt. 11.

Odwołujący przedstawił tabelę obejmującą szacunkową kalkulację usług serwisu oferowanego rozwiązania zgodnie z SIWZ i wywodził że oscyluje ona wokół kwoty 1 888 830,00 zł. Wartość usług serwisowych oszacowana przez przystępującego jest niższa o ww. kwoty o około 80%, co wskazuje, że mamy do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Zakładając nawet, że część kosztów prac szacowanych przez Wykonawcę BSB została wliczona w wartość ceny wdrożenia (co stanowi praktykę niektórych Wykonawców), Zdaniem odwołującego pozostała część kosztów prac z oferty przystępującego w takim przypadku uniemożliwi realizację przedmiotu zamówienia, spowoduje realizację projektu

poniżej kosztów wytworzenia usługi, a koszty związane z 36 miesięcznym serwisem i tak wykonawca będzie musiał ponieść.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, odwołujący wywodził, iż zamawiający w SIWZ wraz z załącznikami oraz w wyjaśnieniach i modyfikacjach treści SIWZ, żądał wskazania w złożonych ofertach rozwiązań proponowanego przedmiotu zamówienia.

W szczególności dotyczy to obowiązku wskazania w ofercie wszystkich oferowanych elementów rozbudowy infrastruktury, oferowanej rozbudowy macierzy dyskowych wraz z licencjami, oferowanego oprogramowania standardowego w skład, którego wchodzi oprogramowanie bazodanowe, oprogramowanie systemowe, oprogramowania systemowe oraz inne oprogramowanie potrzebne do działania systemu.

Powyższe wymagania dotyczące treści i zakresu składanych ofert określone zostały przez Zamawiającego w:

1. odpowiedzi na pytanie nr 71 zawartej w piśmie Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2011 r., „Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1. Modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1.”, Zamawiający stwierdza: „Zamawiający określił aktualnie posiadane zasoby. Wykonawca winien przedstawić wszystkie elementy rozbudowy infrastruktury dostępne na rynku wymagane do realizacji rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę”;
2. odpowiedzi na pytanie nr 91 zawartej w piśmie Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2011 r., „Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1. Modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1.”, Zamawiający stwierdza: „Zamawiający oczekuje, że Wykonawca zaproponuje rozbudowę macierzy dyskowej o niezbędne zasoby i licencje, wynikające z rozmiarów rozbudowy oraz wykorzystanych funkcjonalności, przy uwzględnieniu wymagań producenta”
3. załącznikach do SIWZ: nr 1 Opis przedmiotu zamówienia (strona 15) oraz nr 2 Istotne postanowienia umowy (strony 61-62), Zamawiający określa:
„Oprogramowanie standardowe- określone w Ofercie Oprogramowanie dostarczane przez Wykonawcę lub jego podwykonawców w ramach Umowy, którego producentem nie jest Wykonawca. W skład Oprogramowania Standardowego wchodzi Oprogramowanie Bazodanowe, Oprogramowanie Systemowe i inne Oprogramowanie potrzebne do działania Systemu, choćby nie zostało ono wymienione w Ofercie. ”; „Oprogramowanie Systemowe - Oprogramowanie realizujące funkcje konieczne dla działania systemu operacyjnego, w tym oprogramowanie serwerowe dostarczane przez Wykonawcę i określone w ofercie”; - „Infrastruktura- wchodzący w skład Systemu wszelki sprzęt i

urządzenia określone w OPZ oraz ofercie Wykonawcy, w szczególności sprzęt komputerowy i infrastruktura teleinformatyczna, definiowane przez Wykonawcę na podstawie Umowy, zawierające kompletne, bezpieczne i wydajne środowiska: testowe i wydzielone środowisko produkcyjne, w którym ma działać.

Odwołujący wskazywał, że zarówno on jak i wykonawca CA Consulting spełnili wymagania Zamawiającego odnośnie treści i zakresu składanych ofert. Odwołujący wraz z ofertą złożył opis proponowanego rozwiązania (Załącznik nr 5 do oferty), wykonawca CA Consulting złożył Koncepcję rozwiązania (Załącznik nr 4 do oferty). Przystępujący w złożonej ofercie nie przedstawił żadnego opisu, koncepcji ani propozycji rozwiązania oferowanego przedmiotu zamówienia.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności oceny i badania złożonych ofert,
- 3) odtajnienie wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i złożonych w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) odrzucenie oferty przystępującego, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jako nie odpowiadającej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, ofertę przystępującego, wyjaśnienia przystępującego dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wybór oferty innego wykonawcy prowadzi do powstania szkody po stronie pozostałych uczestników postępowania w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem ofert i ich udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była pierwszą w kolejności, za wybraną ustalenie, iż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Zaniechanie udostępnienia odwołującemu pisma wybranego wykonawcy zawierającego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mogło uniemożliwić wykonawcy skuteczne skorzystanie z środków ochrony prawnej i realne dochodzenie praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym doprowadzenie do wyboru swojej oferty.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne. Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Na podstawie protokołu postępowania ustalono, iż zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 11.439.000,00 złotych brutto. Do wyznaczonego terminu składania ofert złożone zostały 3 oferty z następującymi cenami ofertowymi:

- a) oferta wykonawcy CA Consulting S.A. w Warszawie z ceną brutto 11.841.94,28 złotych,
- b) oferta przystępującego z ceną brutto 3.966.162,97 złotych,
- c) oferta Odwołującego z ceną brutto 7.366.026,34 złotych.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2011 r. znak: BZP-064-571/2011 zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do udzielenia w terminie do 29 sierpnia 2011 r. do godz. 10 wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W treści wezwania zamawiający zwrócił się z prośbą o przedstawienie szczegółowej kalkulacji i sposobu obliczenia ceny oferty, w szczególności w części dotyczącej usług serwisowych (w tym asysty technicznej). Zamawiający wskazał, że kalkulacja powinna w szczególności zawierać informacje na temat:

- 1) struktury kosztów w ujęciu miesięcznym lub kwartalnym związanych z asystą techniczną oprogramowania standardowego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,
- 2) struktury kosztów w ujęciu miesięcznym lub kwartalnym związanych z serwisem oprogramowania dedykowanego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, wraz ze wskazaniem ilości roboczodni pracy specjalistów wykonawcy w miesiącu lub kwartale,

- 3) struktury kosztów świadczenia przez wykonawcę usług serwisowych, w postaci 100 osobodni pracy, w ramach i na warunkach określonych w SIWZ,
- 4) struktury kosztów elementów służących do rozbudowy infrastruktury sprzętowej i softwarowej wraz z podaniem kalkulacji ceny w zakresie licencji dla oprogramowania dedykowanego i oprogramowania standardowego, w szczególności bazodanowego i systemowego
- 5) struktury kosztów elementów niestanowiących rozbudowy istniejącej infrastruktury sprzętowej i softwarowej zamawiającego.

Przystępujący pismem z dnia 29 sierpnia 2011 r. złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Przystępujący zastrzegł, iż wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą udostępniane innym wykonawcom.

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2011 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołujący pismem z dnia 30 sierpnia 2011 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu protokołu postępowania wraz z kopiami ofert. W dniu 1 września 2011 r. odwołujący dokonał wglądu do protokołu postępowania i jego załączników, odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia przystępującego z dnia 29 sierpnia 2011 r. Pismem z dnia 6 września 2011 r. odwołujący ponownie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu wyjaśnień przystępującego z dnia 29 sierpnia 2011 r., a zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie udostępnił ww. dokumentu.

Stosownie do pkt 13.3 SIWZ oferta musiała zawierać minimum:

- 13.3.1. wypełniony formularz „oferta”, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ,
- 13.3.2 wypełniony formularz cenowy, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ,
- 13.3.3 dokument pełnomocnictwa (jeśli dotyczy),
- 13.3.4. kopię dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium.

Odwołujący wraz z ofertą złożył opis proponowanego rozwiązania (Załącznik nr 5 do oferty), wykonawca CA Consulting złożył Koncepcję rozwiązania (Załącznik nr 4 do oferty). Przystępujący w złożonej ofercie nie przedstawił opisu, koncepcji ani propozycji rozwiązania oferowanego przedmiotu zamówienia.

I. Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Przechodząc do podniesionego przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia

odwołującemu wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Izba stwierdziła że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że 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 one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie (art. 86 ust. 4 ustawy Pzp).

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymagało czy sporne informacje objęte są normą przepisu art. 86 ust. 4 Pzp. W myśl art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. art. 86 ust. 4 Pzp, zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa nie podlegają: nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. "Informacje dotyczące ceny" o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp upubliczniane są w trakcie jawnego otwarcia ofert, a zatem dotyczą informacji zawartych w ofertach. Natomiast składane w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane są w trakcie badania ofert przez zamawiającego, a więc nie stanowią części oferty. Ponadto składane są w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które nie ma charakteru obligatoryjnego. Wobec powyższego należało stwierdzić, iż ustawodawca nie wyłączył możliwości zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W omawianym zakresie podzielono pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2011 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1243/11. W ocenie Izby niezasadnym było powoływanie się przez odwołującego na wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 798/09, albowiem dotyczył on innego stanu faktycznego, a mianowicie nieskuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wymaganych przez zamawiającego w formularzu cenowym.

W efekcie ustalenia, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mogą zostać zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa koniecznym było zbadanie, czy w okolicznościach danej sprawy zamawiający zasadnie zaniechał odtajnienia tego dokumentu. W zakresie informacji, które nie podlegają

udostępnieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odwołuje się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa funkcjonującej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16.04.1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/ 2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać

zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba stwierdziła, że pomimo iż zamawiający dopiero po wniesieniu odwołania zwrócił się do wykonawcy o przesłanie wyjaśnień dotyczących poczynionych zastrzeżeń, to jednak ocenie Izby podlegało czy nieodtajnienie informacji było zasadne.

Analizując treść wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Izba stwierdziła, iż spośród zawartych tam danych informacje dotyczące kosztów osobowych za jeden dzień pracy można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji. Jest to uzasadnione w sytuacji, gdy jednym z zasadniczych elementów cenotwórczych jest koszt pracy pracowników świadczących usługi serwisowe. Dane takie niewątpliwie mogą zostać uznane za informacje o charakterze organizacyjnym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa zwłaszcza w sytuacji gdy na rynku występuje zjawisko migracji pracowników. Ponadto jako tajemnica mogą być chronione, w okolicznościach danej sprawy, informacje dotyczące zbudowanej i stworzonej przez wykonawcę w dłuższym okresie czasu koncepcji biznesowej danego rozwiązania.

Przystępujący wskazał ponadto, że podjął działania w celu zachowania poufności ww. informacji, wyraził wolę nie podawania przedmiotowych informacji do wiadomości publicznej, ograniczył krąg pracowników mogących mieć kontakt z danymi, poinformował pracowników o poufnym charakterze informacji zobowiązując ich do zachowania ich w tajemnicy, wskazał na wdrożony system zarządzania bezpieczeństwem informacji według normy PN-ISO/IEC 27001, podnosząc że zastrzeżone informacje jako warunku handlowe oferty przystępującego zostały zakwalifikowane jako stopień bezpieczeństwa III, a więc nie najniższy. Przystępujący wskazał, że każdy z jego pracowników musi złożyć oświadczenie o zapoznaniu się z procedurami, w tym wynikającymi z wdrożonego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji. Podniósł także, iż nie ma możliwości bez złamania procedur aby osoby spoza grona przygotowującego ofertę lub pełnomocników zapoznały się z treścią dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący skutecznie podanym okolicznościom nie zaprzeczył co pozwalało uznać, iż omawiana przesłanka również została spełniona.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, iż zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. W szczególności, nie zostało skutecznie wykazane przez odwołującego, że informacje te zostały upublicznione w wyroku z dnia 18 lipca 2011 r. sygn. KIO 1403/11. Ujawniona w przywoływanym orzeczeniu stawka za jedną roboczodniówkę konsultacji specjalisty przystępującego nie może być uznana za tożsamą ze stawką kosztu za osobodzień pracy w obecnym postępowaniu. Każdy projekt jest bowiem osobnym przedsięwzięciem, o odmiennej specyfice, złożoności, różni się budżetem, nie wiadomo także czy chodzi o tych samym specjalistów.

Wobec spełnienia wszystkich przesłanek wynikających z treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba stwierdziła, że przystępującemu przysługiwało uprawnienie do zastrzeżenia kwestionowanych informacji jako poufnych. W konsekwencji zamawiający, który zaniechał ich odtajnienia nie naruszył zasady jawności postępowania, wyrażonej w przepisie art. 8 ust. 1 Pzp.

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Przechodząc do podniesionego przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską, Izba stwierdziła że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, że za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną nierealną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, stwierdzić należało, że samo porównanie ceny oferty przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT nie mogło stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Faktu tego nie można wywieść również jedynie na podstawie określenia poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert i wartością oszacowania zamówienia, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (tak: m.in. wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 126/09; KIO 1483/10). Argumentacja ta może zostać uznana za wystarczającą w celu wykazania zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp tj. zaniechania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Sytuacja taka nie dotyczyła analizowanej sprawy, albowiem zamawiający wezwał przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień.

O zaoferowaniu przez przystępującego ceny rażąco niskiej nie świadczyła również przywoływana w odwołaniu okoliczność, iż przystępujący z tytułu realizacji na rzecz Narodowego Banku Polskiego zgodnie ze stawkami podatkowymi obowiązującymi w latach 2009-2010 otrzymał wynagrodzenie przekraczające wartość 5 800 000,00 zł brutto. Odwołujący nie wykazał, że system „KOLEKCJONER” wdrożony przez przystępującego na rzecz ww.

zleceniodawcy jest rozwiązaniem nie tylko porównywalnym, a tym bardziej rozwiązaniem prostszym i tańszym niż rozwiązanie oczekiwane przez zamawiającego. Przystępujący w trakcie rozprawy twierdzeniu odwołującego zaprzeczył podnosząc, iż system Kolekcjoner zaoferowany Narodowemu Bankowi Polskiemu od strony funkcjonalności rzeczywiście wykazuje podobieństwo do oferowanego obecnie, jednakże ilość obsługiwanych w systemie klientów jest większa albowiem jest to system przeznaczony do obsługi klientów indywidualnych zajmujących się numizmatyką. Dodatkowo odwołujący sam przyznał w treści odwołania, iż brak informacji w ofercie przystępującego co do szczegółów proponowanego rozwiązania, w części dotyczącej infrastruktury sprzętowo-systemowej a także rozwiązania aplikacyjnego wraz z określeniem warunków udzielenia licencji i zasad świadczenia usług serwisu w tym asysty technicznej, uniemożliwia mu rzeczową ocenę oferty złożonej przez przystępującego. Powyższe świadczyło, iż odwołujący nie znając de facto żadnych szczegółów dotyczących zaoferowanego systemu i nie przedstawiając dowodów dotyczących szczegółów i zakresu wdrożonego systemu Kolekcjoner wnioskował o ich porównywalności. Reasumując, Izba uznała, że odwołujący nie złożył dowodu na poparcie swego twierdzenia, a to na nim, jako na podmiocie który z danego faktu wywodził skutki prawne spoczywał ciężar dowodu. Na skutek braku wykazania, iż system obecnie oferowany przez przystępującego i system Kolekcjoner są systemami porównywalnymi, cena za jaką przystępujący wykonał i serwisował system Kolekcjoner nie mogła stanowić punktu odniesienia na potrzeby badania ceny w niniejszym postępowaniu. Izba wobec braku dowodu przeciwnego przyjęła zatem, iż różnica w cenach pomiędzy systemami wynikała z ich odmiennej specyfiki.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, iż pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia. Wynika to wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretacja przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, zwłaszcza przy ustalonym przez zamawiającego wynagrodzeniu ryczałtowym. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, wyroku Sądu okręgowego w Częstochowie z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05.

Tymczasem pozostała argumentacja podniesiona przez odwołującego w odwołaniu zmierzała do wykazania, że rażąco niską cenę zaoferowano jedynie co do pewnego, ograniczonego zakresu przedmiotu zamówienia, a mianowicie co do usług serwisowych. Na

uwagę zasługiwała okoliczność, iż ten zakres przedmiotu zamówienia nie stanowił odrębnej części w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy Pzp, nie był odrębnie oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert, zaś zamawiający przewidział ryczałtowy charakter wynagrodzenia. W tych okolicznościach nawet wykazanie, że cena w kwestionowanym zakresie była ceną nierealistyczną nie mogło doprowadzić do stwierdzenia, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską.

Na uwagę zasługiwało również, że odwołujący kwestionował cenę za jaką przystępujący zaoferował wykonanie usług serwisowych nie znając rzeczywistej wielkości kwoty, jaką wykonawca zamierza uzyskać za ich świadczenie. Wprawdzie z treści formularza cenowego złożonego przez przystępującego faktycznie wynikało, iż omawiany zakres przedmiotu zamówienia zostanie wykonany za kwotę 318.162,84 zł, to jednak odwołujący sam zwracał uwagę w odwołaniu, że praktyką niektórych wykonawców jest ujmowanie części kosztów prac serwisowych w wartości ceny wdrożenia systemu. Okoliczność ta została podniesiona w trakcie rozprawy przez zamawiającego, który wskazał, odnosząc się do treści wyjaśnień przystępującego z dnia 29 sierpnia 2011 r., iż kwota wskazana przez tego wykonawcę w formularzu cenowym nie obejmowała całości kwoty jaką przystępujący zamierzał uzyskać za ich świadczenie. Wynagrodzenie w niniejszej sprawie w świetle § 9 ust. 2 wzoru umowy ma charakter ryczałtowy, a więc niezależnie od tego gdzie zostały ujęte koszty serwisu, kwota ta będzie należna wykonawcy i to nawet we wcześniejszym okresie, albowiem już po wdrożeniu systemu. Podniesiony przez odwołującego zarzut, iż nie powinno zostać zaakceptowane przeniesienie do etapu wdrożenia systemu płatności za usługi serwisowe, które zostaną wykonane dopiero po wdrożeniu pojawił się dopiero na etapie rozprawy. Zarzut ten jako nie zawarty w odwołaniu, nie mógł być przez Izbę rozpoznany, stosownie do brzmienia przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, iż przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu kalkulacja w oparciu o którą wywodził on niedoszacowanie usług serwisowych oparta była na uproszczonych założeniach. W ocenie Izby, brak było podstaw do kalkulowania konieczności wykonywania usług serwisowych przez 365 dni w ciągu roku. Należy zwrócić uwagę, iż na str. 76 specyfikacji zamawiający określił definicję momentu przyjęcia zgłoszenia. Zamawiający zastrzegł, iż zgłoszenia dokonane w godz. 16-8 lub zgłoszenia dokonane w dni wolne od pracy traktowane będą jako zgłoszone o godz. 8 następnego dnia roboczego. Biorąc pod uwagę powyższe postanowienie Izba stwierdziła, iż w tej sytuacji osoba dedykowana dla wykonania usługi serwisowej na rzecz zamawiającego zgodnie z SIWZ mogła być dostępna od godz. 8 dnia następującego po dniu wolnym od pracy tj. w dniu roboczym. Stąd też szacowana przez odwołującego w jego wyliczeniach liczba 365 osobodni pracy, jako obejmująca również dni wolne od pracy była niewłaściwa.

Powyższe stanowisko jest tym bardziej uzasadnione, gdyż zgodnie z intencją zamawiającego, wyrażoną w § 4 załącznika nr 7 do umowy pkt 4.4. lit. b, zgłoszenie co do zasady następować miało za pośrednictwem systemu informatycznego. Zamawiający zalecał stosowanie poczty elektronicznej z potwierdzeniem przekazania i odczytania wiadomości. W ocenie Izby funkcjonalność tę może zapewnić nawet funkcja autoodpowiedzi w programie pocztowym. A zatem, przy zastosowaniu się do takiego zalecenia zamawiającego nie było koniecznym kalkulowanie przez wykonawcę żadnych kosztów osobowych w dni wolne od pracy. W omawiany sposób spełniony mógł być również inny wymóg zamawiającego określony w SIWZ, a mianowicie dotyczący konieczności zachowania 30 minutowego czasu reakcji liczonego od momentu zgłoszenia.

W ocenie Izby, nieprzekonująca była również założona przez odwołującego stawka brutto za osobodzień pracy specjalisty w branży IT na poziomie 677 zł. Odwołujący przyjął stawkę w omawianej wysokości opierając się na wyniku badań pochodzących ze strony www.wynagrodzenia.pl. Izba stwierdziła, iż stawka ta może nie być adekwatna biorąc pod uwagę, iż jest to średnia ogólnopolska stawka wynagrodzenia specjalistów IT. Nie ulega jednak wątpliwości, iż płace specjalistów w różnych regionach kraju różnią się pomiędzy sobą. Wyższe wynagrodzenia proponowane są przykładowo w Warszawie, zaś niższe w innych regionach kraju, zaś przystępujący ma siedzibę na terenie woj. kujawsko-pomorskiego.

W dalszej kolejności Izba nie znalazła w treści SIWZ podstaw dla uznania konieczności zapewnienia dwóch pełnych etatów specjalistów IT w okresie serwisowania. Wniosku takiego nie można było wyprowadzić w oparciu o informację dotyczącą liczby osób wymaganej do realizacji zamówienia wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu. Opisany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu warunek udziału w postępowaniu polegający na konieczności dysponowania pięcioma specjalistami miał dać rękojmię należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia. Na uwagę zasługiwała okoliczność, iż przedmiot zamówienia obejmował nie tylko usługi serwisowe ale i wdrożenie systemu przewidziane w początkowym okresie realizacji zamówienia. O ile na pierwszym, bardziej pracochłonnym etapie wdrożenia systemu (tj. do 15.12.2011r.), niezbędnym było dysponowanie pięcioma specjalistami branży IT, to po tej dacie nie było w ocenie Izby koniecznym utrzymywanie w gotowości całego zespołu.

Nie potwierdził się również podniesiony z ostrożności procesowej przez odwołującego zarzut dotyczący niewyczerpującego i niekonkretnego charakteru wyjaśnień jakie złożył przystępujący w dniu 29 sierpnia 2011 r. Izba stwierdziła, że zamawiający w treści wezwania z dnia 24 sierpnia 2011 r. precyzyjnie wskazał, jakiej szczegółowości wyjaśnień dotyczących elementów oferty oczekuje, a mianowicie:

- 1) struktury kosztów w ujęciu miesięcznym lub kwartalnym związanych z asystą techniczną oprogramowania standardowego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,
- 2) struktury kosztów w ujęciu miesięcznym lub kwartalnym związanych z serwisem oprogramowania dedykowanego, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, wraz ze wskazaniem ilości roboczodni pracy specjalistów wykonawcy w miesiącu lub kwartale,
- 3) struktury kosztów świadczenia przez wykonawcę usług serwisowych, w postaci 100 osobodni pracy, w ramach i na warunkach określonych w SIWZ,
- 4) struktury kosztów elementów służących do rozbudowy infrastruktury sprzętowej i softwarowej wraz z podaniem kalkulacji ceny w zakresie licencji dla oprogramowania dedykowanego i oprogramowania standardowego, w szczególności bazodanowego i systemowego,
- 5) struktury kosztów elementów niestanowiących rozbudowy istniejącej infrastruktury sprzętowej i softwarowej zamawiającego.

Izba analizując treść wyjaśnień z dnia 29 sierpnia 2011 r. stwierdziła, że stosowne wyliczenia w szczególności wymaganej przez zamawiającego zostały przez przystępującego złożone.

Wobec nie wykazania przez odwołującego, iż oferta złożona przez przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że zamawiający, który zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z treścią SIWZ

Przechodząc do podniesionego przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego której treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba stwierdziła że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w treści odwołania wywodził, iż zamawiający w SIWZ wraz z załącznikami oraz w wyjaśnieniach i modyfikacjach treści SIWZ, żądał wskazania w złożonych ofertach rozwiązań proponowanego przedmiotu zamówienia.

Izba analizując treść SIWZ wraz z załącznikami stwierdziła, iż zasadniczym postanowieniem SIWZ regulującym kwestię wymaganej zawartości ofert był zapis pkt 13.3 SIWZ. Sformułowanie użyte przez zamawiającego w pkt 13.3 SIWZ, iż oferta musiała zawierać minimum:

13.3.1. wypełniony formularz „oferta”, który stanowił załącznik nr 3 do SIWZ,

13.3.2 wypełniony formularz cenowy, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ,

13.3.3 dokument pełnomocnictwa (jeśli dotyczy),

13.3.4. kopię dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium.

w ocenie Izby należało rozumieć nie tylko jako odnoszące się do zawartości oferty wymagania minimalne ale również i wystarczające. Postanowienie to korespondowało bowiem z pkt 13.14 SIWZ, stosownie do którego pozostałe dokumenty składane wraz z ofertą miały być nie połączone z ofertą w sposób trwały. Co więcej zamawiający w tym samym postanowieniu zastrzegł, iż pozostałe dokumenty nie będą poddane przez niego ocenie.

W tej sytuacji brak było podstaw do stwierdzenia, iż opis rozwiązania lub koncepcja rozwiązania na gruncie rozpatrywanej SIWZ były dokumentami, które zamawiający wymagał do złożenia wraz z ofertą. Przywoływane przez odwołującego w odwołaniu odpowiedzi na pytania nie modyfikowały w żaden sposób treści pkt 13.3 SIWZ który określał minimalną i wystarczającą zawartość oferty. Obowiązku złożenia opisu oferowanego rozwiązania ani koncepcji nie można było również wywodzić z cytowanych w odwołaniu postanowień opisu przedmiotu zamówienia czy istotnych postanowień umowy. Istotnie w definicjach oprogramowania standardowego, oprogramowania systemowego czy infrastruktury znalazło się stwierdzenie „określone w ofercie”, czy zwrot „choćby nie zostało ono wymienione w ofercie”, jednakże ze sformułowań tych można było wyprowadzić jedynie obowiązek zaoferowania takiego oprogramowania i infrastruktury. Należało zwrócić uwagę, że w przypadku innych, niewątpliwie wymaganych elementów systemu np. w przypadku oprogramowania dedykowanego, bazodanowego, w stosownych definicjach zamawiający nie posłużył się podobnym sformułowaniem. Gdyby założyć tak jak odwołujący iż definicje oprogramowania standardowego, oprogramowania systemowego czy infrastruktury stanowiły źródło obowiązku wykonawcy do złożenia wraz z ofertą koncepcji lub opisu oferowanego rozwiązania, to opis lub koncepcja mogłyby być niepełne jako nieobejmujące oprogramowania dedykowanego, bazodanowego. Taka interpretacja spornych postanowień SIWZ i jej załączników prowadziłyby więc do nielogicznych wniosków.

Ponadto w ocenie Izby, nie tylko przystępujący ale i również wykonawca CA Consulting sp. z o.o. zdawał się analogicznie jak zamawiający i przystępujący rozumieć treść przywoływanych postanowień SIWZ, w tym pkt 13.3 i 13.14 SIWZ. Izba stwierdziła bowiem, że wykonawca ten w formularzu ofertowym wskazał iż złożona przez niego koncepcja oferowanego rozwiązania załączana jest jako dodatek na osobno ponumerowanych kartach, zaś na całość oferty składa się 10 kolejno ponumerowanych stron, obejmujących wyłącznie formularz ofertowy, formularz cenowy, pełnomocnictwo i kopię gwarancji wadialnej, a więc analogicznie jak przystępujący.

Wobec nie wykazania przez odwołującego, iż treść oferty złożonej przez przystępującego nie odpowiada treści SIWZ Izba stwierdziła, że zamawiający, który

zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

IV. Zarzut naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należało stwierdzić, iż zamawiający nie ujawniając wyjaśnień przystępującego z dnia 29 sierpnia 2011 r., a także nie odrzucając oferty złożonej przez przystępującego i dokonując wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert nie naruszył przywoływanych przepisów ustawy Pzp, zaś oferta złożona przez odwołującego nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ i zasadnie nie została wybrana.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: