

Sygn. akt: KIO/UZP 320/10

Sygn. akt: KIO/UZP 467/10

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Honorata Łopianowska**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2010 roku do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. UHC Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 320/10)

B. UHC Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 497/10)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, 40-027 Katowice** protestów z dnia 8 lutego 2010 roku (sygn. akt: KIO/UZP 320/10) i z dnia 25 lutego 2010 roku (sygn. akt: KIO/UZP 497/10),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KAMSOFT Sp. z o.o., Lidia Sołtysik-Kamińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Informatyczne KAMSOFT, ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice**

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **UHC Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołującego się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **UHC Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 320/10)**.
 - B. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **UHC Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 497/10)**.

- 2) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A. kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **UHC Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 320/10)**.
 - B. kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **UHC Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin (sygn. akt KIO/UZP 497/10)**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mieleckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24; 40-027 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę instalację i wdrożenie systemów informatycznych wraz z dostawą sprzętu komputerowego i opieką serwisową”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 października 2009 r. pod numerem 2009/S 198 - 284784.

Sygn. akt KIO/UZP 320/10

Dnia 2 lutego 2010 roku (pismem z dnia 1 lutego 2010 roku) Zamawiający wezwał wykonawcę UHC sp. z o.o. w Lublinie, ul. Do Dysa 9; 20-149 Lublin do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dnia 8 lutego 2010 roku, wykonawca UHC, wniósł protest wobec czynności oraz zaniechania dokonania czynności Zamawiającego podjętych w toku w/w postępowania, polegających na:

- 1) bezpodstawnym wezwaniu do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących kwestii wymienionych w wezwaniu z dnia 1.02.2010r.,
- 2) nieprawidłowym sformułowaniu wezwania do udzielenia wyjaśnień, przez narzucenie Protestującemu wyjaśnienia i wymienienia pojedynczych poszczególnych elementów cenotwórczych,
- 3) nieprawidłowym sformułowaniu wezwania do udzielenia wyjaśnień, poprzez szczegółowe wskazanie wyłącznie niektórych elementów składających się na cenę oferty, pomimo, że wezwanie powinno mieć charakter ogólny, nie narzucać wzorca wyjaśnień i dotyczyć elementów ceny całkowitej oferty,
- 4) nieprawidłowym sformułowaniu terminu do złożenia ww. wyjaśnień
- 5) zaniechanie wyboru oferty Protestującego.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 90 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, że cena oferty Protestującego wymaga wyjaśnienia jako rażąco niska,
- art. 90 ust. 1 poprzez narzucenie Protestującemu wzorca składania wyjaśnień oraz wskazanie wyłącznie niektórych elementów składających się na cenę oferty,
- naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp poprzez narzucenie Protestującemu nierealnego -dwudniowego terminu na złożenie dokładnych wyjaśnień - zgodnych z narzuconym przez zamawiającego szczegółowym formularzem,
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty protestującego.

Wskazując na powyższe Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień,
- 2) wybór oferty Protestującego.

Protestujący uzasadniając podstawy wniesienia protestu wskazał, iż Zamawiający w treści wezwania wskazał na konieczność wpisania następujących danych:

- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu wdrożenia systemu informatycznego,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu wykonania analizy przedwdrożeniowej i projektu systemu,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu dostawy, instalacji i konfiguracji motorów baz danych.
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu . Moduł Obsługi Ruchu Chorych,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych,

- kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł Obsługi Poradni Specjalistycznych,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł Obsługi Pracowni Diagnostycznych,
 - ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu; Moduł Obsługi Apteczek Oddziałowych,
 - ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł Obsługi Analitycznego Laboratorium Centralnego,
 - ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł Obsługi Zakażeń Szpitalnych,
 - ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł wyceny kosztów medycznych oraz leczenia pacjenta,

- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i/noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł obsługi kontraktowania, rozliczeń i sprawozdawczości do NFZ,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł obsługi zleceń,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku Jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł Archiwum i Dokumentacja,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu instalacji oprogramowania na komputerach użytkowników, szkolenia użytkowników, przeniesienia baz danych i startu produktywnego systemu: Moduł Raportowania,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych Aktualizacji systemu Ks-Apteka 2007 do najnowszej wersji z przeszkoleniem personelu,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych Integracji z systemem Ks-Apteka firmy Kamssoft,
- ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych szkoleń

- w zakresie administracji wdrożonego systemu oraz baz danych i systemów operacyjnych pracowników Działu Informatyki,
- kosztów wynagrodzenia podwykonawców: Marcel, Kamssoft, Codeconcept,
 - ilości zaangażowanych pracowników, ilości roboczogodzin, kosztu roboczogodziny, kosztu świadczeń na rzecz pracowników, kosztu diet i noclegów, kosztu podróży służbowych, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku jako elementów cenotwórczych kosztu usługi serwisowej w okresie 32 miesięcy,
 - kosztów wynagrodzenia podwykonawców związanych z usługą serwisową.

Powyższe wyjaśnienia Zamawiający nakazał przesłać do godz. 10.00 dnia 4 lutego 2010 r. Tym samym - Protestujący otrzymał zaledwie niecałe dwa dni na sporządzenie skomplikowanego dokumentu, który odpowiadałby wymaganiom Zamawiającego.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający nie miał podstaw do wzywania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Przepis ten ma zastosowanie, gdy zachodzi podejrzenie, że dany wykonawca nie będzie mógł wykonać przedmiotu zamówienia z uwagi na zbyt niską cenę, jaką zamawiający mu zapłaci. Należy wskazać, że w niniejszym przypadku takie podejrzenie nie może zachodzić. Zgodnie z „*Opisem sposobu obliczania ceny*” zawartego w SIWZ - „*Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków.*” To ostateczna, sumaryczna cena może być rozpatrywana w kontekście, czy jest rażąco niska. W niniejszym postępowaniu cena ostateczna Protestującego wynosi 2 922 002,84 zł (słownie: dwa miliony dziewięćset dwadzieścia dwa tysiące dwa złote 48/100) i nie odbiega w sposób znaczący od wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym - Zamawiający nie miał podstaw do żądania wyjaśnień.

Po drugie - ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 90 ust. 1 odnosi się do ceny całkowitej, a nie „cen jednostkowych lub składających się na cenę całkowitą”. Tym samym - Zamawiający nie ma podstaw do żądania wyjaśnień, które dotyczą nie ceny całkowitej, ale poszczególnych składników ceny całkowitej.

Po trzecie - wadliwość czynności wezwania do wyjaśnień, która była przedmiotem protestu wynika jednoznacznie z faktu narzucenia przez Zamawiającego wzoru ich składania Protestującemu.

Zamawiający dnia 8 lutego 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 11 lutego 2010 roku Konsorcjum Kamssoft przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 17 lutego 2010 roku Zamawiający protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Uzasadniając wskazał, iż Protestujący zarzucił Zamawiającemu „*bezpodstawne wezwanie(„.*) *na podst. art. 90 ust. 1*”. W ocenie Zamawiającego Protestujący sam zaprzeczył własnemu zarzutowi i oprotestował własną czynność, bowiem na wezwanie Zamawiającego udzielił odpowiedzi i to w wyznaczonym terminie. Gdyby miał wątpliwości w chwili otrzymania wezwania z pewnością oprotestowałby tę czynność zamawiającego. Protestujący w proteście nie uzasadnił dlaczego dąży do unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień - nie podał bowiem interesu prawnego, który został naruszony. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę i nie daje zamawiającemu innej możliwości ustalenia. Zapis tego artykułu brzmi jednoznacznie: „*zwraca się w formie pisemnej*” a nie „*może się zwrócić w formie pisemnej*”. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08).

Zamawiający podkreślił, że zamówienie realizowane będzie na podstawie dwóch odrębnych umów. Pierwsza na zakup sprzętu, zakup licencji i wdrożenie oprogramowania, oraz druga umowa realizowana po zakończeniu pierwszej na realizację usługi nadzoru autorskiego, oraz serwis oprogramowania. Czas realizacji pierwszej umowy został ustalony na najwyżej 6 miesięcy, natomiast drugiej na 32 miesiące.

Protestujący zaoferował w ramach pierwszej umowy następujące kwoty:

- zakup sprzętu 2 921 900 zł oraz
- 82,96 zł za 200 licencji i wdrożenie oprogramowania.

W sytuacji, kiedy Protestujący oferuje instalację, wdrożenie specjalistycznego oprogramowania i sprzedaż 200 licencji za kwotę 82,96 zł brutto, Zamawiający ma pełne prawo i obowiązek zażądać wyjaśnień dotyczących kalkulacji nierealnej rynkowo i dla zamawiającego niewiarygodnej ceny.

Zamawiający, aby stwierdzić czy cena oferty jest rażąco niska zobowiązany jest zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zwrócić się w formie pisemnej do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia, jego specyfika i jego rzeczywista wartość, Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-765/07, wyjaśnienia powinny

być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. W orzecznictwie nie wykształcił się żaden jednolity standard o jakie składniki cenotwórcze ma pytać zamawiający. Z całą pewnością nie mogą to być stwierdzenia ogólnikowe, niepełne.

Zamawiający po powzięciu wątpliwości, co do zaoferowanej ceny jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. W przeciwnym bowiem wypadku narusza przepisy ustawy Pzp. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku z dnia 22 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1763/06), w którym stwierdzono, że zamawiający, który pomimo pozyskania informacji, iż cena zaproponowana w jednej z ofert rażąco odbiega od cen pozostałych, nie wypełnia dyspozycji art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych i nie przeprowadza wymaganej procedury dotyczącej wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny, narusza przepisy ustawy Pzp.

Zamawiający przypomniał Protestującemu, że w ogłoszeniu o przetargu ograniczonym umieścił sposób finansowania przedmiotowego zamówienia, żądając dołączenia do wniosku oświadczenia o zapoznaniu się wykonawców z tym sposobem finansowania i zaakceptowaniu go. Protestujący dołączył do wniosku takie oświadczenie nie mając żadnych zastrzeżeń. Składanie na tym etapie postępowania protestu, na wcześniej zaakceptowany sposób finansowania jest nieuzasadnione.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż przepis art. 90 Pzp nie zawiera wskazania co do terminu, w jakim wykonawca jest zobowiązany złożyć wyjaśnienia dotyczące zaproponowanej ceny. Wykładnia gramatyczna tegoż przepisu pozwala stwierdzić, iż określenie terminu, w jakim wykonawca jest zobowiązany do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty, zależy jedynie od uznania zamawiającego przy zachowaniu zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. Należy także pamiętać o konieczności sprawnej realizacji przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznaczony przez Zamawiającego termin odpowiadał potrzebom Protestującego w zakresie zgromadzenia stosownych danych służących wyjaśnieniu. Zamawiający przekonany był, że każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu posiada dane, o które prosił Zamawiający, bowiem bez nich nie jest możliwe skalkulowanie zaproponowanych w ofercie cen. Wyjaśnienie polegało więc tylko na wpisaniu kwot w konkretne pozycje i zwrotne przesłanie do Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że Protestujący nie zastosował się do metodologii wyjaśnienia ceny wskazanej przez Zamawiającego, podał jedynie swoją filozofię przygotowania oferty.

W zakresie zarzutu zaniechania wyboru oferty Protestującego, zdaniem Zamawiającego jest to zarzut *a priori*. Ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej bez zbadania wszystkich złożonych ofert, oraz bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej jest niedopuszczalny w świetle zapisów ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu mijał w dniu 21 marca 2010 r., w związku z tym stawianie w dniu 8 lutego zarzutu zaniechania wyboru jest nieuprawnione. Zamawiający ma prawo w każdym czasie w okresie związania ofertą dokonać wyboru oferty.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 26 lutego 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując i ponawiając wszystkie zarzuty poniesione w proteście, wnosząc jednocześnie o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp lub alternatywnie - unieważnienie czynności wezwania do wyjaśnień w formie i w sposób, w jakiej uczynił to Zamawiający,
- unieważnienia wszelkich czynności Zamawiającego będących skutkiem bezprawnego wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp,
- przeprowadzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego, dnia 2 kwietnia 2010 roku przystąpiło Konsorcjum Kamssoft.

Sygn. akt KIO/UZP 467/10

Dnia 18 lutego 2009 roku, Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Kamssoft i odrzuceniu oferty UHC sp. z o.o.

Wykonawca UHC sp. z o.o. dnia 25 lutego 2010 roku wniósł do Zamawiającego protest wobec czynności oraz zaniechania dokonania czynności Zamawiającego podjętych w toku ww. postępowania, polegających na :

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo, że była i jest zgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

- 2) zaniechaniu wezwania do wyjaśnień treści oferty lub ewentualnego poprawienia domniemanych niezgodności w treści oferty Protestującego,
- 3) bezpodstawnym odrzuceniu oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia
- 4) zaniechaniu wyboru oferty Protestującego
- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Kamssoft na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo, że oferta tego wykonawcy była i jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 6) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Kamssoft do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych oferty,
- 7) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Kamssoft na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 z powodu sprzeczności z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a względnie - zaniechaniu odtajnienia części oferty Konsorcjum Kamssoft,
- 8) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Kamssoft pomimo, że wykonawca nie udowodnił spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 9) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Kamssoft pomimo, że wykonawca ten nie wniósł wadium w formie wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ,
- 10) wyborze oferty Konsorcjum Kamssoft pomimo, że powinna podlegać odrzuceniu.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez przyjęcie, że treść oferty Protestującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty oraz zaniechanie poprawienia ewentualnych domniemanych niezgodności oferty z treścią SIWZ,
- art. 14 Pzp w zw. z art. 6 Kc, przez nie udowodnienie, że wykonanie Zamówienia przez Protestującego w zaoferowanej cenie nie jest możliwe,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez przyjęcie, że oferta Protestującego zawiera rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niegwarantujący poszanowania uczciwej konkurencji i wynikającej z tej zasady konieczności rzetelnej oceny oferty - poprzez nierówne traktowanie protestującego oraz Konsorcjum Kamssoft,
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Protestującego,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Kamssoft z postępowania,
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Kamssoft do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych i podmiotowych,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Kamssoft z postępowania pomimo nie wniesienia wadium oraz nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Kamssoft pomimo, że zawiera część utajnioną bezpodstawnie.

Na skutek naruszenia ww. przepisów, interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Protestującego - zostałaaby ona uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zamawiający nierówno potraktował Protestującego i Konsorcjum Kamssoft w identycznych sytuacjach i powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Kamssoft.

Wskazując na powyższe wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- 2) unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum Kamssoft,
- 3) dokonanie wykluczenia Konsorcjum Kamssoft,
- 4) dokonanie odrzucenia oferty Konsorcjum Kamssoft,
- 5) powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego,
- 6) wybór oferty Protestującego.

Protestujący uzasadniał, jak poniżej.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, zdaniem Protestującego, że Zamawiający nie żądał podania danych, na które powoływał się w odrzuceniu oferty. Zamawiający poprzez odpowiedź z dnia 15 stycznia 2010 roku wskazał na to, że w ofercie powinno się dołączyć nazwę producenta, model oraz parametry oferowanego sprzętu w celu umożliwienia jego weryfikacji.

Jeśli przyjąć argumentację Zamawiającego o zmianie SIWZ. (która - jeśli nastąpiła - była nielegalna), to należy wskazać, że Protestujący zawarł w swojej ofercie parametry, modele i producentów całego oferowanego sprzętu - zarówno w załączniku nr 2a jak i w certyfikatach CE dotyczących sprzętu - załączonych do oferty. Zamawiający poprzez zaniechanie

wyjaśnienia tych kwestii doprowadził do odrzucenia oferty całkowicie zgodnej z SIWZ. Co do ewentualnego i domniemanego przez Zamawiającego wskazania, że nie może określić, które komputery zostaną wymienione - należy wskazać, że wynika to jednoznacznie z oferty. Podkreślił, że nawet gdyby przyjąć absurdalną tezę, że nie podanie nazw modeli i producentów „sprzętu” tylko załączenie certyfikatów CE stanowi niezgodność z treścią SIWZ (trudno w tym przypadku wskazać na konkretne postanowienie SIWZ, z którym miałyby być to niezgodne) - to Zamawiający zobowiązany byłby do poprawienia takiej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - w związku z tym, że byłaby to omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty w związku z bezpodstawnym domniemaniem rażąco niskiej ceny - Protestujący wskazał, iż Zamawiający nieprawidłowo interpretuje art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp utożsamiając ceny częściowe w ofercie Protestującego z ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający wskazywał w odrzuceniu oferty, że *„nie jest możliwe wykonanie umowy w zakresie usługi serwisowania i nadzoru autorskiego na oprogramowanie w Szpitalu Klinicznym o zasobach 405-lóżkowych za 19.52 zł przez okres 32 miesięcy tj. 0,61 zł za miesiąc brutto.”* Zamawiający jednak nie uwzględnił faktu, że Protestujący jest profesjonalnym podmiotem występującym na rynku usług informatycznych w medycynie i kalkulacja jego oferty została dostosowana do wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W szczególności zwrócić należy uwagę na to, że Zamawiający twierdząc jedynie, że *„nie jest możliwe wykonanie tej usługi w tej cenie”* nie udowodnił tego w żaden sposób, a stosownie do brzmienia art. 6 Kodeksu cywilnego - powinien to uczynić.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Kamssoft oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania - Protestujący wskazał, co następuje:

- 1) w ofercie Konsorcjum Kamssoft nie ma certyfikatu CE dla monitora. Tymczasem - zgodnie z pkt 10 na str. 71 SIWZ - do oferty Wykonawca powinien załączyć taki certyfikat dla monitora,
- 2) w ofercie Konsorcjum Kamssoft nie ma certyfikatu CE dla terminala. Zgodnie z pkt 14 na str. 70 SIWZ - do oferty Wykonawca powinien załączyć taki certyfikat dla terminala,
- 3) w ofercie Konsorcjum Kamssoft nie ma certyfikatu CE dla drukarki. Zgodnie z pkt 18 na str. 71 SIWZ - do oferty Wykonawca powinien załączyć taki certyfikat,

4) w ofercie Konsorcjum Kamssoft brak jest dokumentu potwierdzającego zgodność ze standardem EPA Energy Star 4.0 dla oferowanego komputera PC, pomimo jednoznacznego wymogu, wynikającego ze str. 70 pkt 14 SIWZ.

Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 10 w dniu 15 stycznia 2010 r. nie wskazał, co rozumie pod pojęciem „sprzętu”, którego parametry, producenta lub model należy wskazać. Odrzucił jednak ofertę Protestującego, pomimo, że w treści oferty zawierała dane producenta, modeli oraz parametry oferowanego sprzętu - włącznie z procesorami, które stanowią kluczowe elementy zestawów PC. Tymczasem Konsorcjum Kamssoft nie wskazał, który procesor z czterech wymienionych w załączonym teście SisSoftsandra oferuje w ramach zestawu PC, a Zamawiający - nie zauważając tego - uznał jego ofertę za najkorzystniejszą. Należy podkreślić, że dwa z czterech wskazanych przez Konsorcjum Kamssoft procesorów nie spełniają warunków wymaganych w SIWZ, gdyż nie są 64-bitowe. Zamawiający jednak w sposób bezkrytyczny i dorozumiany stwierdził, że Konsorcjum Kamssoft oferuje procesor zgodny z warunkami SIWZ. Cała ta sytuacja powoduje jednoznaczne przeświadczenie o nierównym traktowaniu Protestującego i Konsorcjum Kamssoft.

Kolejnym zarzutem w stosunku do Konsorcjum Kamssoft było nieprawidłowe złożenie wadium w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z cz. IV ust. 1 SIWZ (str. 4) - warunkiem udziału w postępowaniu jest wniesienie wadium w kwocie : Część 1 „biała” - 75.000,00 zł, Część 2 „szara” 6.000,00 zł. Tymczasem - Konsorcjum Kamssoft złożył jedno wadium -w wysokości 81 000 zł - nie wskazując, jaką część postępowania zabezpieczył. Nawet więc, gdyby przyjąć, że zabezpieczył jedną z części postępowania, to druga pozostaje niezabezpieczona.

Podkreślenia wymaga również niekompletność wydruku ze strony Microsoft w ofercie Konsorcjum Kamssoft. Z jego treści wynika, że powinno być trzy strony, a tymczasem jest tylko jedna.

Kolejną kwestią, jest był fakt bezpodstawnego i bezzasadnego utajnienia części oferty przez Konsorcjum Kamssoft. Wykonawca ten utajnił następujące elementy:

- konfigurację sprzętową i programową stacji roboczych, terminali, monitorów oraz drukarek,
- dokument regulujący współpracę podmiotów występujących wspólnie,
- formularz cenowy dodatkowych licencji.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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.

O ile konfiguracja sprzętowa i programowa stacji roboczych, terminali, monitorów oraz drukarek może być w niniejszej sytuacji uznana za informację techniczną i technologiczną posiadającą wartość gospodarczą, to „dokument regulujący współpracę podmiotów występujących wspólnie” i „formularz cenowy dodatkowych licencji” w żaden sposób nie odpowiada ww. definicji, gdyż nie stanowią one ani wartości technicznej, ani technologicznej ani tym bardziej wartości organizacyjnej przedsiębiorstwa. Na skutek utajnienia tych części wykonawca KAMSOFI uniemożliwił analizę swojej oferty Protestującemu.

Zamawiający dnia 26 lutego 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 1 marca 2010 roku Konsorcjum Kamsoft przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 8 marca 2010 roku Zamawiający protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów stawianych przez Protestującego, Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający odpowiadając twierdząc na pytanie wykonawcy nie wprowadził zmiany do specyfikacji a jedynie doprecyzował swoje wymagania, Dlatego odpowiedź Zamawiającego była krótka i brzmiała -„TAK”. Każda udzielona odpowiedź na pytania wykonawców a dotycząca treści specyfikacji jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców. Zamawiający udzielając odpowiedzi w dniu 15.01.2010 r. na pyt. nr 10 zobowiązał wszystkich wykonawców aby dołączyli do oferty: nazwę producenta, model oraz parametry oferowanego sprzętu. Protestujący w swoim formularzu asortymentowo-cenowym określił, jakie ilości sprzętu oferuje w ramach oferty bez podania danych, których Zamawiający wymagał, w szczególności całkowicie pominął dane o oferowanych niezwykle drogich serwerach. Serwery to również sprzęt komputerowy. Protestujący bezpodstawnie twierdzi, że w swojej ofercie zawarł pełny opis rozwiązania serwerowego zawierający nazwę producenta oferowanych serwerów, model oraz ich parametry, Brak tak istotnych i wymaganych przez Zamawiającego danych jest powodem odrzucenia oferty, bowiem jest to oferta niezgodna z treścią specyfikacji. Poza tym Zamawiający oprócz serwerów wymagał zaoferowania jedynie 10 stacji roboczych wraz z monitorami i drukarkami wskazując w specyfikacji, jakim

sprzętem komputerowym dysponuje. Każdy wykonawca zapoznając się z posiadanym przez Zamawiającego sprzętem miał obowiązek zaoferowania dodatkowego sprzętu wyłącznie w sytuacji, w której sprzęt posiadany przez Zamawiającego nie będzie spełniał wymogów oferowanego oprogramowania. Protestujący zaoferował sprzedaż 3 serwerów, 2 zasilacze awaryjnych, 64 komputerów, 64 monitorów i 11 drukarek. Zamawiający nie wymagał wymiany całego posiadanego sprzętu komputerowego. Istotą przedmiotowego postępowania jest dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania wraz z kilkuletnią usługą serwisowania wdrożonego oprogramowania. Dostawa sprzętu komputerowego jest jedynie marginalnym uzupełnieniem tego postępowania. Protestujący natomiast ilościowo i wartościowo położył główny nacisk na dostawę sprzętu komputerowego, co jest niezgodne z istotą przedmiotu zamówienia i specyfikacją. Wobec powyższych wyjaśnień zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Protestującego jest niezasadny, bowiem zgodnie z art. 82 ust. 1 pkt. 3 treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie poprawienia niezgodności w treści oferty na podstawie, których oferta Protestującego została odrzucona. Tym samym przyznaje, że niezgodności takie wystąpiły. Zgodnie z art. 87 ust. 1 niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Protestujący w uzasadnieniu sugeruje, że brak opisu oferowanego sprzętu jest omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, którą Zamawiający może poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 i nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający z taką interpretacją stanowczo się nie zgodził. Braki w ofercie Protestującego nie są omyłką i Zamawiającemu nie wolno ich uzupełniać.

Oferta Protestującego w ocenie Zamawiającego jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko jak w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego.

Zaniechanie wyboru oferty Protestującego nie jest zaniechaniem lecz konsekwencją czynności podjętych przez Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert. Oferta Protestującego podlega odrzuceniu i nie może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Na stronach SIWZ wskazanych przez Protestującego Zamawiający wymagał, aby oferowany sprzęt posiadał certyfikaty CE i był stosownie oznakowany, ale nie wymagał dołączenia ich do oferty. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie umieścił takiego żądania. Zamawiający będzie konsekwentnie żądał tych certyfikatów jak również potwierdzenia zgodności ze standardem EPA Energy Star 4.0 przy dostawie sprzętu. Zarzut

niekompletnego wydruku ze strony Microsoft dołączony do oferty Konsorcjum Kamssoft jest niezasadny. Ta część wydruku, która została dołączona do oferty zawiera wszystkie niezbędne i wymagane przez Zamawiającego dane.

Zamawiający nie stwierdził braków w ofercie złożonej przez Konsorcjum Kamssoft, więc nie miał powodu do wzywania Wykonawcy do uzupełnienia domniemyanych braków.

Każdy wykonawca ma prawo do utajnienia tej części oferty, która zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, Tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to: „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 części oferty zastrzeżonej Konsorcjum Kamssoft takie informacje się znajdują. Zamawiający odtajnia, udostępniając Protestującemu jedynie część zawierającą ceny licencji dodatkowych, nie wymaganych na etapie oceny ofert.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia oferty Konsorcjum Kamssoft, ponieważ wykonawca ten (wg Protestującego) nie udowodnił spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podnosi, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu było ocenianie na etapie składania wniosków. W SIWZ Zamawiający nie określał żadnych warunków udziału w postępowaniu, które wykonawcy mieli by spełnić. Zamawiający zwraca uwagę, że Protestujący w żaden sposób nie uzasadnia tego zarzutu w treści protestu. Zamawiający przypomniał Protestującemu, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

Zamawiający określił w s.i.w.z. wysokość wadium dla części „białej” i części „szarej” pozostawiając wybór formy (dopuszczonej w ustawie Pzp) wniesienia wadium wykonawcom. Konsorcjum KAMSOFI wpłaciło wadium w wysokości 81.000,00 zł na konto wskazane w s.i.w.z. przed terminem otwarcia ofert. Na przelewie wskazana była sygnatura postępowania. Zamawiający uznał ten zarzut jako całkowicie bezzasadny.

Zamawiający dokonał wyboru oferty, ponieważ spełnia wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Protestującego, że oferta Konsorcjum Kamssoft podlega odrzuceniu. Podczas badania i oceny ofert Zamawiający dokonywał tylko czynności zgodnych z zapisami ustawy Pzp zachowując całkowitą bezstronność wobec Wykonawców. Przy ocenie ofert brał pod uwagę treść złożonych ofert, która była podstawą dokonanej oceny.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 17 marca 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując i ponawiając wszystkie zarzuty poniesione w proteście, wnosząc jednocześnie o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- 2) unieważnienie wyboru oferty Kamssoft sp. z o.o.,
- 3) dokonanie wykluczenia wykonawcy Kamssoft sp. z o.o.,
- 4) dokonanie odrzucenia oferty Kamssoft sp. z o.o.,
- 5) powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego,
- 6) wybór oferty Protestującego.

Dnia 2 kwietnia 2010 roku Konsorcjum Kamssoft zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 320/10

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza popiera stanowisko Odwołującego w zakresie zarzutu odnoszącego się do terminu na złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Czynność Zamawiającego polegająca na ustanowieniu nierealnego terminu na złożenie wyjaśnień (pismo Zamawiającego wpłynęło do Odwołującego w dniu 2 lutego 2010 roku, termin na złożenie wyjaśnień upływał w dniu 4 lutego 2010 roku o godzinie 10.00), pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Jak wynika z doktryny prawa cywilnego „*sprzeczność z zasadami współżycia społecznego usprawiedliwiająca zastosowanie art. 5 K.c. nie musi w świetle tego przepisu być zawiniona przez stronę i może istnieć nawet w razie subiektywnie nienagannego jej zachowania się w okresie poprzedzającym wystąpienie tej sprzeczności (...)*” (Komentarz do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny K. Piasecki, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz. Zakamycze 2003).

Jak wskazuje prof. K. Pietrzykowski „Zasady współżycia społecznego powinny być traktowane jako immanentny czynnik wszelkiego zachowania się (uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 1971 roku, III CZP 87/70, OSN 1972, Nr 3, poz. 42). Treść art. 5 nie daje podstaw do czynienia jakichkolwiek wyłączeń w zakresie stosowania zawartej w nim normy, która powinna być wzięta pod uwagę przy rozstrzyganiu każdej sprawy (uchwała SN z 20 kwietnia 1962 r., 4 CO 9/62, OSN 1963, Nr 1, poz. 7)” (Komentarz do Kodeksu cywilnego red. K. Pietrzykowski, CH BECK 2003).

Tym samym Zamawiający nie może, tylko z uwagi na fakt, iż w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wskazano terminu żądania wyjaśnień –wyznaczać nierealnego terminu do złożenia wyjaśnień. Termin bowiem, niecałe 2 dni, przy znacznym skomplikowaniu treści udzielanych wyjaśnień uznać należy za nierealny.

Odnosząc się zaś do zarzutu trafności decyzji Zamawiającego, co do możliwości i konieczności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uznała argumentację Zamawiającego za prawidłową.

Art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi o obowiązku Zamawiającego względem danej oferty, co do której zachodzi podejrzenie, iż zawiera cenę rażąco niską do zwrócenia się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Artykuł 90 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych zawiera otwarty katalog okoliczności, które wykonawca składający stosowne wyjaśnienia winien uwzględnić. Niemniej Zamawiający ma pełne prawo do wskazania innych okoliczności, co do których wykonawca obowiązany jest udzielić wyjaśnienia.

W tym względzie Zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania przysługuje szeroki wachlarz uprawnień, gdyż to na nim spoczywa obowiązek prawidłowego i zgodnego z obowiązującymi przepisami przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego, w ocenie Izby elementy wymienione w piśmie – wezwaniu z dnia 1 lutego 2009 roku nie stanowią przeszkody, a tym bardziej nie świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego odpowiednich przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Niesłuszną zdaje się argumentacja Odwołującego wskazująca na bezzasadność wezwania do złożenia wyjaśnień.

W ocenie Izby charakter przedmiotowego zamówienia, zwłaszcza zaś fakt, iż realizacja zamówienia odbywać się będzie na podstawie dwóch odrębnych umów, pozwalała na przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, gdyż pierwsza z tych umów zawarta będzie na zakup sprzętu, zakup licencji i wdrożenie oprogramowania, a druga umowa realizowana po zakończeniu pierwszej - na realizację usługi nadzoru autorskiego, oraz serwis oprogramowania. Czas realizacji pierwszej umowy został ustalony na najwyżej 6 miesięcy, natomiast drugiej na 32 miesiące.

Odwołujący zaoferował w ramach pierwszej umowy następujące kwoty:

- zakup sprzętu 2 921 900 zł oraz
- 82,96 zł za 200 licencji i wdrożenie oprogramowania.

W ramach drugiej umowy zaoferował cenę za realizację przedmiotu umowy w wysokości 19,52 zł (za okres 32 miesięcy).

W sytuacji, kiedy Odwołujący oferuje instalację, wdrożenie specjalistycznego oprogramowania i sprzedaż 200 licencji za kwotę 82,96 zł brutto, Zamawiający ma pełne prawo i obowiązek zażądać wyjaśnień dotyczących kalkulacji nierealnej rynkowo i dla Zamawiającego niewiarygodnej cen.

Wzmocnieniem powyższej argumentacji jest słuszna, z założenia, obawa o prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia, zwłaszcza w zakresie drugiej umowy. Zdarzyć się może bowiem sytuacja, iż wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, po dostarczeniu przedmiotu z pierwszej umowy, zrezygnuje z nieopłacalnej dla niego realizacji drugiej umowy, która przy tak niskim poziomie finansowania nie będzie stanowiła dla niego

problemu aby ja rozwiązać, gdyż naliczone kary umowne mogą zostać pokryte z zysku za realizację pierwszej umowy.

W ocenie Izby, zasadą wynikająca z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest ustalenie czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Cena zdefiniowana w przepisie art. 2 pkt 1 Pzp, tj. cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.).

Jednakże cena oferty pozostaje w ścisłym związku z ceną, która zostanie następnie uwzględniona w umowie, którą strony zawrą po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu do czynienia mamy z dwoma cenami umowy - jedną dotyczącą dostawy sprzętu, licencji i wdrożenie oprogramowania, z ceną 2 921 900,00 zł + 82,96 zł, oraz drugą - realizowaną po zakończeniu pierwszej na realizację usługi nadzoru autorskiego, oraz serwis oprogramowania, z ceną 19,52 zł. W tym kontekście cena dotycząca umowy Nr 2, w ocenie Izby zawiera cenę rażąco niską. Dla porównania cena oferty konsorcjum Kamssoft wynosi odpowiednio: dla pierwszej umowy 1 748 260,00 zł, dla drugiej umowy 634 400,00 zł.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający miał prawo wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych wg. wzoru, jaki opracował, gdyż Zamawiający mając wątpliwości, co do zaoferowanej ceny, w celu jej prawidłowego sklasyfikowania może żądać takich informacji, które pozwolą mu na właściwą jej ocenę.

W konsekwencji zaś wypełnienia żądania Zamawiającego, co do terminu złożenia stosownych wyjaśnień Izba stwierdziła, iż odwołanie przedmiotowe nie może zostać uwzględnione. Po pierwsze Odwołujący wypełnił żądanie Zamawiającego i przesłał wyjaśnienia, po drugie Izba przyznała rację Zamawiającemu, co do możliwości żądania składanych wyjaśnień w treści i formie ustalonej przez Zamawiającego.

W pozostałym zakresie Izba wskazuje na argumentację dotyczącą zarzutu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych w odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 467/10.

Mając powyższe na względzie oraz biorąc pod uwagę treść przepisu art. 191 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzeczono, jak w sentencji.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 467/10

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutów odnoszących się do oferty Konsorcjum Kamssoft, Izba stwierdziła, co następuje:

- 1) Zarzut dotyczący utajnienia części oferty przez Konsorcjum Kamssoft, Izba uznała za niezasadny. W utajnionej części oferty Przystępujący zawarł:
 - konfigurację sprzętową i programową stacji roboczych, terminali, monitorów oraz drukarek,
 - dokument regulujący współpracę podmiotów występujących wspólnie,
 - formularz cenowy dodatkowych licencji.

Odwołujący nie podnosił, przyznając za uzasadnione utajnienie treści oferty w części dotyczącej konfiguracji sprzętowej i programowej stacji roboczych, terminali, monitorów oraz drukarek – tym samym w powyższym zakresie Izba odwołania nie rozpoznawała.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu części oferty dotyczącej formularza cenowego dodatkowych licencji – nie wymaganych na etapie oceny ofert.

Tym samym do rozstrzygnięcia pozostała kwestia prawidłowości utajnienia dokumentu regulującego współpracę podmiotów występujących wspólnie. Każdy wykonawca ma prawo

do utajnienia tej części oferty, która zwiera tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) stanowi, iż „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.”. Tym samym w ocenie Izby Przystępujący miał prawo utajnić informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, którym w tym postępowaniu jest konsorcjum Kamssoft.

Ponadto Izba zwraca uwagę, iż Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie utajnione informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli nie wypełnił przesłanki określonej art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

2) Zarzut dotyczący nieprawidłowego złożenia wadium. W związku z oświadczeniem odwołującego o cofnięciu tego zarzutu, Izba pozostawiła powyższy zarzut bez rozpoznania.

3) Zarzuty dotyczące braku załączenia certyfikatów CE oraz dokumentu potwierdzającego zgodność ze standardem EPA Energy Star 4.0 – Izba uznała za niezasadne.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznik Nr 1 (Oferta) – żądał potwierdzenia, przez złożenie oświadczenia, iż „Niniejsza oferta w pełni spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego, określone w s.i.w.z.”. Dodatkowo w załączniku Nr 2a postawił warunek odnośnie oferowanego sprzętu, aby ten posiadał stosowny certyfikat CE, został stosownie oznakowany oraz dla komputera PC i monitora posiadał certyfikacje EPA Energy Star 4.0. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie żądał załączenia do oferty wymaganych certyfikatów, żądał natomiast potwierdzenia, iż oferowany sprzęt taki certyfikat posiada.

4) Zarzut dotyczący nie odrzucenia oferty konsorcjum Kamssoft z powodu nie podania istotnych danych dla monitora, drukarki i terminala oraz komputera PC, oraz zaniechania wezwania konsorcjum Kamssoft do uzupełnienia Certyfikatów - Izba uznała za bezzasadny.

Jak już wyżej wskazano Zamawiający nie postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu załączania Certyfikatów do oferty. Odnośnie zaś testu, Zamawiający w załączniku Nr 2a poz. 1 postawił wymóg odnośnie procesora zaproponowanego w oferowanym komputerze PC, w następującej treści „Procesor – w architekturze x86_64

dwurdzeniowy, obsługiwany przez system operacyjny XP Professional, zapewniający wydajność komputera na poziomie nie mniejszym niż 13 000 MIPS Dhystone ALU (test SisSoftsandra), Whetstone iSSE3 10900 MFLOPS. (test SisSoftsandra). Dostawca dostarczy test ww. sprzętu potwierdzający wymaganą wydajność komputera.”. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 11 z dnia 15 stycznia 2010 roku dopuścił możliwość, aby oferowany procesor nie był obsługiwany przez system operacyjny XP Professional. Przystępujący do oferty załączył wydruk ze strony Microsoft, ze strony internetowej <http://winqual.microsoft.com> (strona 84 i 85 oferty). Z treści oferty, załącznika Nr 2a wynika, iż oferowany procesor zapewni wydajność komputera na poziomie 21 900 MIPS Dhystone ALU (test SisSoftsandra), Whetstone iSSE3 16 200 MFLOPS. (test SisSoftsandra). Załączony wydruk, jak stwierdził Odwołujący zawiera minimum dwa rodzaje procesorów, które potwierdzają stawiany przez Zamawiającego warunek minimalny. Jednakże z treści oferty utajnionej przez Przystępującego wynika rodzaj procesora zaoferowanego w danym modelu komputera. Tym samym oferta Przystępującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wydruk ze strony internetowej firmy Microsoft zawiera pełne informacje potrzebne Zamawiającemu do oceny spełniania postawionego w SIWZ warunku dotyczącego wydajności procesora. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż procesor, który spełnia wymogi specyfikacji to pierwszy wskazany w wydruku. Tym samym zarzut, iż powinno być trzy strony a tymczasem jest tylko jedna jest zarzutem nieudowodnionym. Odwołujący nie wskazuje na okoliczności, jakie z tego faktu mógłby wziąć pod uwagę Zamawiający. Skoro zatem zakres informacji koniecznych do dokonania prawidłowej oceny zawiera się na jednej z trzech stron, to nie ma obowiązku załączania wszystkich stron.

5) Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – Izba uznała za zasadny.

Zamawiający w dniu 15 stycznia 2010 roku udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców. Jedno z pytań – Nr 10 dotyczyło sprzętu komputerowego, cyt. *„Czy w celu umożliwienia zweryfikowania Zamawiającemu parametrów oferowanego sprzętu komputerowego Wykonawcy powinni dołączyć do oferty nazwę producenta, model oraz parametry oferowanego sprzętu komputerowego?”*. Na tak postawione pytanie Zamawiający odpowiedział twierdząco – *„TAK”*. Odwołujący w swojej ofercie wskazał, odnośnie sprzętu komputerowego, w załączniku Nr 2a jedynie parametry techniczne oferowanego sprzętu, bez podania producenta oraz modelu. W zakresie sprzętu komputerowego, którym z pewnością są

drukarki Odwołujący na stronie 70 oferty wskazał zarówno producenta, jak i modele oferowanych drukarek, które w połączeniu z parametrami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w załączniku Nr 2a oraz deklaracją zgodności stanowią podstawę do uznania, iż oferowaną drukarką (spełniającą minimalne wymagania Zamawiającego, co do konieczności druku dwustronnego, jak i funkcji drukarki sieciowej) są oferowane przez Odwołującego drukarki Lexmark E 250 dn. Odnośnie zaś komputerów klasy PC, Izba stwierdziła, iż Zamawiający w oparciu o treść oferty (całą treść ze wszystkimi załącznikami) mógł stwierdzić, jaki model i jakiego producenta są oferowane komputery (strona 71 – 75 oferty – testy komputera oraz strony 76 – 77 oferty Deklaracja zgodności), tj. firmy Fujitsu Siemens Computers model ESPRIMO P5730, Intel Core 2 Duo E8400 processor, oraz jakiego producenta i jakiego modelu dotyczą oferowane monitory (strona 78 – 79 oferty – deklaracja zgodności), tj. Fujitsu E 19-9.

Odnośnie serwerów Odwołujący w ofercie nie wskazał parametrów technicznych, a Zamawiający takowych nie wymagał – nie przedstawił żadnego wzoru, wg. którego należałoby takie parametry wskazać, żądanie takie nie znalazło również swojego odzwierciedlenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też w odpowiedziach udzielonych do niej. Faktem jest, że w części utajnionej przez Przystępującego znajduje się opis rozwiązania serwerowego z podaniem producenta i modelu oferowanego serwera, wraz z dookreśleniem jego parametrów technicznych. Mając na uwadze zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający winien traktować wykonawców w sposób równy z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. W tym też zakresie, w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

6) Zarzut dotyczący odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych – Izba uznała za niezasadny.

Za takim stanowiskiem Izby przemawiają przynajmniej dwie okoliczności:

Po pierwsze kryteria oceny ofert i związana z tymi kryteriami ocena złożonych ofert ma kolosalne znaczenie przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale IX opisał kryteria, którymi będzie kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający określił trzy kryteria:

- 1) cena za sprzęt – 10 %,
- 2) cena za licencje do oprogramowania – 60 %,
- 3) cena za serwis – 30 %.

Z powyższego wynika, że Zamawiający położył ciężar oceny oferty na ceny za licencje i serwis. Odwołujący zaoferował następujące ceny:

- 1) za sprzęt – 2 921 900,00 zł,
- 2) za usługę serwisową – 19,52 zł,
- 3) za licencje do oprogramowania (i wdrożenie) – 82,96 zł.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp objęte są okoliczności, w których aktualizuje się po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Jedną z przesłanek wymienionych we wskazanym przepisie jest okoliczność, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie ukształtował się pogląd, iż powyższa regulacja nie odnosi się do wad formalnych oferty, a do merytorycznej treści oferty. We wskazanym zakresie mieści się niezgodność w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to konieczność stwierdzenia przez Zamawiającego, że w przedmiotowej ofercie nie została zaoferowana opieka serwisowa oraz licencje do oprogramowania albo koszty dotyczące tej opieki lub licencji do oprogramowania nie zostały skalkulowane w kryterium wskazanym przez Zamawiającego.

Z wyjaśnień Odwołującego, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak i potwierdzonych przez Odwołującego na rozprawie się wynika, że koszty licencji UHC wynoszą 300 000,00 zł netto (366 000,00 zł brutto) (strona 2 i 4 wyjaśnień z dnia 3 lutego 2010 roku), a koszty serwisu UHC (osobogodziny serwisu UHC) wynoszą 500 000,00 zł netto (610 000,00 zł brutto) (strona 4 wyjaśnień z dnia 3 lutego 2010 roku).

Tym samym nie sposób uznać stanowiska Odwołującego, iż w/w koszty zostały ujęte w kryteriach oceny ofert – wykazie cen oferty, które będą oceniane wg. kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sam fakt ich wymienienia (w cenie podanej w ofercie, gdyż nie sposób uznać, iż jest to faktyczna cena za przedmiot zamówienia w odniesieniu do tych dwóch elementów oferty) nie jest jeszcze wystarczający. Oczywistym jest bowiem, iż intencją Zamawiającego było, co jasno wynika z SIWZ, aby koszty związane z opieką serwisową oraz dostawą licencji do oprogramowania zostały uwzględnione w odpowiednich miejscach formularza ofertowego i żeby były to koszty realne. Taki był bowiem cel ustalenia wagi kryterium. Jeśli sam Odwołujący się przyznaje, że koszt zakupu, czy też świadczenia usługi jest znacznie wyższy,

to nie oznacza to nic innego, jak to, że koszty te zostały ujęte w cenie za dostawę sprzętu i wdrożenia systemu. Rachunek ekonomiczny wskazuje bowiem, iż straty bilansują się w zyskach. Odwołujący się będąc przedsiębiorcą z pewnością nie skalkulował swojej oferty w taki sposób, żeby w wyniku realizacji zamówienia ponieść stratę, ale osiągnąć zysk. Skoro tak, to rzeczywisty koszt poniesiony przez Odwołującego się, a związany z dostawą licencji i opieką serwisową został przesunięty na inne elementy oferty, stanowiące odrębne kryteria oceny. Potwierdzenie powyższego znajduje odzwierciedlenie w treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego się w piśmie z dnia 3 lutego 2010 r.

Zrozumiałym jest, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą tak kalkulować swoje oferty, aby zdobyć największą ilość punktów i jednocześnie aby bilans na całym kontrakcie był dodatni, wliczając w to wszelkie koszty. Tak też została skalkulowana oferta złożona przez Odwołującego. Dodatkowo Odwołujący się podał, że złożona przez niego oferta zawiera cenę realizacji zamówienia odpowiadającą realiom rynkowym. Stwierdzenia te nie pozostawiają wątpliwości, że koszty dostawy licencji jak i koszty opieki serwisowej nie zostały ujęte w kryteriach, które podlegały ocenie, a ich rekompensata nastąpi w ramach dostawy sprzętu i wdrożenia systemu. Oznacza to, że Zamawiający tymi kosztami będzie obciążony, ale nie bezpośrednio, a w ramach kosztów dostawy i wdrożenia. Jednakże zabieg ten, w świetle postanowień SIWZ jest niedopuszczalny. Zamawiający bowiem jasno określił, w jaki sposób mają być ujęte koszty realizacji przedmiotu zamówienia i Odwołujący się fakt ten zaakceptował.

W tej sytuacji, zdaniem Izby nie zasługują na ochronę działania Odwołującego się, które mają na celu obejście postanowień SIWZ. W istocie bowiem postępowanie Odwołującego się odwróci, wbrew intencjom Zamawiającego wynikającym z SIWZ, cały porządek ustalonych wag dla poszczególnych kryteriów oceny oferty. Akceptacja zachowania Odwołującego się w istocie doprowadziłaby do sytuacji, w której ustalanie jakichkolwiek kryteriów oceny byłoby pozbawione sensu. Tymczasem nie sposób odmówić Zamawiającemu uprawnienia do określenia kryteriów oceny ofert w taki sposób, który przy uwzględnieniu jego preferencji znajdujących wyraz w SIWZ, pozwoli mu na wybranie oferty najkorzystniejszej. Uprawnienie takie wprost zostało zawarte w przepisie art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp i w wyniku pozornych działań wykonawców nie może być Zamawiającemu odejmowane. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lutego 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1748/10.

Po drugie zakres umowy w sprawie zamówienia publicznego reguluje przepis art. 140 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który jednoznacznie określa, iż *„Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”*.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym stanowisko Izby jest informacja przekazana przez Przystępującego, w której konsorcjum Kamssoft wykazał, iż przesłał Odwołującemu ofertę z dnia 18 stycznia 2010 roku w zakresie podwykonawstwa dotyczącego aktualizacji działającego u Zamawiającego systemu APTEKA 2007 w wersji KS-ASW 2007.02 firmy Kamssoft oraz jego integracji z oferowanym systemem. Przystępujący zaproponował wykonanie powyższych czynności za kwotę 46 000 razy wyższą niż proponuje Odwołujący, tj. 4 zł netto.

W powyższej sytuacji do czynienia mamy z cenami dumpingowymi, które prowadzą do eliminacji innego podmiotu z rynku oprogramowania wspomagającego szpitale.

Całokształt okoliczności, składających się na ocenę prawidłowości złożonej oferty, dokonanej przez Zamawiającego prowadzi do konkluzji, iż Odwołujący składając ofertę złożył ją z ceną rażąco niską mimo faktu, że cena, spośród złożonych ofert jest najwyższa. Należy bowiem zwrócić szczególną uwagę na aspekt, już wcześniej poruszany związany z realizacją przyszłej umowy, a właściwie realizacją dwóch umów. Wszystkie przytoczone przez Odwołującego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, jak i pozostałe orzecznictwo i doktryna wskazują na dokonywanie oceny złożonej oferty, jej ceny pod kątem całościowej ceny ofertowej, która przeniesiona do umowy stanowić będzie wynagrodzenia za jej realizację. Z całą pewnością powyższa argumentacja odnosząca się do tak przedstawionej ceny jest prawidłowa. Niemniej w przedmiotowym postępowaniu zachodzi zgoła odmienna sytuacja. Zamawiający bowiem podzielił realizację przedmiotu zamówienia na dwa etapy. Pierwszy obejmujący zakup sprzętu, zakup licencji i wdrożenie oprogramowania. Drugi etap realizowana po zakończeniu pierwszego na realizację usługi nadzoru autorskiego, oraz serwis oprogramowania. Oznacza to, że każda umowa realizowana zostanie z osobna oraz jej finansowanie jest oddzielnie przewidziane. Z samodzielną realizacją każdej z umów przewidziany jest również system naliczania kar, jak i kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby, takie rozbieżności realizacji przedmiotu zamówienia prowadzi do sytuacji, iż faktycznie mamy do czynienia z dwoma przedmiotami zamówienia ujętymi jednakże w jednej procedurze udzielenia zamówienia publicznego. Taka konstrukcja, w ocenie Izby jest prawidłowa ze względu na charakter i zakres przedmiotu zamówienia.

Dostarczenie sprzętu, licencji i wdrożenie oprogramowania ma nierozzerwalny związek z usługą nadzoru autorskiego i serwisem oprogramowania. Trudno bowiem byłoby wykonawcy, które nie wdrażała systemu następnie świadczyć usługę jego serwisowania czy też nadzoru.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tak więc cena odnosi się do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z dwoma cenami za przedmiot zamówienia. Projekt umowy, załączony przez Zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w § 1 ust. 1 (załącznik Nr 4 „część biała”) określa przedmiot umowy „Przedmiotem umowy, zgodnie z zapisami załącznika Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ze złożoną ofertą w postępowaniu o zamówienie publiczne jest: a) instalacja i wdrożenie oprogramowania, (...), c) zaprojektowanie, dostawa, instalacja i konfiguracja rozwiązania serwerowego oraz sprzętu komputerowego (...)”. W § 1 ust. 3 Zamawiający określił termin realizacji przedmiotu umowy na 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Natomiast w załączniku Nr 5 dotyczącym „części białej” – projekt umowy, w § 1 ust. 1 Zamawiający określił przedmiot umowy w sposób następujący: „Przedmiotem umowy jest usługa serwisowania i nadzór autorski nad oprogramowaniem aplikacyjnym produkcji firmy wraz z obsługą dostarczanego rozwiązania serwerowego oraz oprogramowania bazodanowego”. Termin realizacji umowy 32 miesiące od daty zakończenia umowy wdrożeniowej.

Powyższe świadczy o jednoznacznym wydzieleniu dwóch elementów składających się na przedmiot zamówienia, które będą realizowane odrębnie, w oparciu o osobno zawierane umowy, co pozwala na przyjęcie twierdzenia, iż ocena złożonej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny może być dokonywana w oparciu o ceny przedstawione w ofercie, składające się na przedmiot zamówienia, jednakże z zastrzeżeniem, iż cena ofertowa w całości przeniesiona zostanie do umowy zawieranej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zaś w wyniku przeprowadzonego postępowania zostanie zawarta więcej niż jedna umowa, a cena mająca być przeniesiona z oferty w zakresie którejkolwiek z umów, budzi zastrzeżenia i została uznana przez Zamawiającego za rażąco niską, to Zamawiający zobowiązany jest odrzucić taką ofertę, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (całego przedmiotu zamówienia).

Mając powyższe na względzie oraz biorąc pod uwagę treść przepisu art. 191 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzeczono, jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....