

Sygn. akt: KIO/UZP 117 /10

WYROK
z dnia 4 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Barbara Bettman

Renata Tubisz

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**, protestu z dnia 31.12.2009 r.

przy udziale ~~XXX~~ zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego ~~XXX~~ po stronie odwołującego się oraz ~~XXX~~ po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa**;
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lumena S.A., ul. Reja 6, 02-053, Warszawa**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę aktualizacji i uzupełnienia licencji oprogramowania Microsoft w ramach trzyletniego programu licencyjnego Microsoft Enterprise i Microsoft Select oraz obsługę tego programu na rzecz Narodowego Banku Polskiego, nr sprawy: DIT-POZ-WZI-66/2009/EJ, zostało wszczęte przez Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 212-305753 w dniu 04.11.2009 r.

W dniu 23.12.2009 r. faxem Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa zwanej dalej: „Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.”. Dodatkowo wskazał, że drugie miejsce w rankingu oceny złożonych ofert zajął ComArch SA, Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków zwana dalej: „ComArch SA”, zaś trzecie Lumena SA, ul. Reja 6, 02-053 Warszawa zwana dalej: „Lumena SA” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”.

W dniu 31.12.2009 r. Lumena SA (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) w trybie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”, wniosła protest na:

1. czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., która winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,
2. zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy ComArch SA, jako oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na zawieranie rażąco niskiej ceny,
3. zaniechanie czynności wezwania wykonawców do wyjaśnienia dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Protestujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 8, art. 96 ust. 3, art. 7 ust. 1 Pzp. Wnosił o:

1. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
2. podjęcia czynności objętej dyspozycją przepisu art. 90 ust. 1 Pzp
3. odrzucenie ofert wykonawców Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. i ComArch SA, jako zawierających rażąco niskie ceny i sprzeczne z treścią wymagań SIWZ,
4. wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Protestujący stwierdził, że oferty: Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. i ComArch SA zawierają rażąco niskie ceny. W jego ocenie, nie jest możliwa, bez zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofercie, realizacja przedmiotu zamówienia za kwoty zaoferowane przez w/w wykonawców. Zauważył, iż różnica cenowa dzieląca oferty w/w wykonawców z ofertami

złożonymi w przedmiotowym postępowaniu przez pozostałych wykonawców jest kilkudziesięciu procentowa. Podkreślił, że zarówno Protestujący, jak i w/w wykonawcy są autoryzowanymi sprzedawcami produktów Microsoft, stąd wiedza na temat faktycznych cen zakupu produktów od producenta jest Protestującemu doskonale znana, co podważa wiarygodność ofert cenowych w/w wykonawców jako rzetelnych i nie podlegających rażącemu zaniżeniu.

Dodatkowo Protestujący podniósł, że stosownie do treści art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) przez tajemnice przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione 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. Aby zatem określona informacja uzyskała status tajemnicy przedsiębiorstwa musi spełniać łącznie 3 warunki:

1. ma charakter techniczny, technologiczny lub
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Dana informacja stanowi tajemnice przedsiębiorstwa wyłącznie w sytuacji gdy spełnia łącznie powyższe wskazane przesłanki oraz jeśli Wykonawca nie później niż w terminie składania ofert, złożył oświadczenie o jej zastrzeżeniu.

Protestujący wskazał, że ustalił, iż w ofercie wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. zastrzeżony został wykaz osób zdolnych do wykonywania zamówienia, z których każda posiada doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w zakresie prowadzenia umów licencyjnych Microsoft Enterprise i Microsoft Select. Takie informacje znajdują się na portalach Microsoft i są dostępne dla grona partnerów o statusie LAR. Niezaprzeczalne jest, że informacje zastrzeżone w ofercie przez Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. są jawne i podlegają ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Poprzez nieujawnienie treści złożonej oferty w zakresie, w którym informacje w niej zawarte nie stanowią faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający doprowadził do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wykonawcy bowiem nie są w stanie weryfikować prawidłowości badania i oceny treści złożonych ofert w postępowaniu z uwagi na utajnienie podlegających ocenie fragmentów oferty.

W związku z powyższym uważamy że Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. nie posiada co najmniej 2 osób wykwalifikowanych (które odbyły szkolenia potwierdzone egzaminem z zakresu licencjonowania produktów Microsoft) posiadających doświadczenie w prowadzeniu zamówienia w ramach umów licencyjnych zarówno Microsoft Enterprise

i Microsoft Select w jednym zamówieniu. Z przytoczonych okoliczności wynika jednoznacznie, że wykonawca Fujitsu Technology Solutions sp. z o. o. złożył wadliwą ofertę z punktu widzenia wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ i oferta powinna być odrzucona.

W dniu 31.12.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 08.01.2010 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wyrażającej się w wyborze oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Wskazał, że jedynym argumentem na poparcie zarzutu rażąco niskiej ceny było lakoniczne stwierdzenie, że oferty pozostałych wykonawców są o kilkadziesiąt procent tańsze od oferty Protestującego. Zaś zgodnie z normą zawartą w art. 6 Kc w zw. z art. 14 Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Brak takich dowodów nie pozwala na uwzględnienie tych zarzutów, tymczasem treść protestu to zwykle przypuszczenia i dywagacje, nie poparte żadnym materiałem dowodowym, ani zasługującą na uznanie argumentacją. Jednocześnie, Zamawiający zaznaczył, że Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, nie definiują go również przepisy dyrektyw UE będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo ET. Podejmując próbę zdefiniowania tego pojęcia należy sięgnąć do doktryny i orzecznictwa: „*cena rażąco niska jest ceną nierealną, niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej*”.

Fakt, że zaoferowana cena jest niższa od pozostałych nie może świadczyć o cenie rażąco niskiej. Ceny zaproponowane przez Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., czy też ComArch S.A. odpowiadają cenom rynkowym, nie są niewiarygodne, są realistyczne w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tym bardziej, że różnica pomiędzy oferowanymi cenami pozostałych Wykonawców jest nieznacząca.

Odnosnie zarzutu, że w ofercie wykonawcy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., zastrzeżony został wykaz osób zdolnych do wykonywania zamówienia, z których każda posiada doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w zakresie prowadzenia umów licencyjnych Microsoft Enterprise i Microsoft Select, Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że doprowadził do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, nie odrzucając

oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca zgodnie z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zastrzegł w swojej ofercie wykaz osób zdolnych do wykonywania zamówienia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się tych informacji.

Utajnione dokumenty były przedmiotem badań Zamawiającego i w wyniku dokonanej weryfikacji Zamawiający uznał, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ przedstawiają wartość dla Wykonawcy, którą ma prawo chronić przez zastrzeżenie ich poufności. Zamawiający ustalił, że profil przedsiębiorstwa Wykonawcy polegający głównie na świadczeniu usług informatycznych, wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi niewątpliwie wartość gospodarczą. W tym miejscu należy podnieść, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 25.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 14/05, który odpowiadając na przedstawione przez Sąd Okręgowy w Warszawie zagadnienia prawne dotyczące zastrzeżenia poufności informacji w ofercie, stwierdził odrzucenie oferty w takim przypadku, na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp jest nieskuteczne.

Podobnie przywołał orzecznictwo z którego wynika, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie przedstawiają one dla wykonawcy pewną, kluczową wartość gospodarczą (wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt: UZP/ZO/O-55/07, wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 53/09).

Wyjaśnił, że także sam Protestujący w postępowaniach, w których brał udział utajniał wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie.

Wobec powyższego Zamawiający nie zgada się ze stwierdzeniem Protestującego, że wykonawca Fujitsu Technology Solutions sp. z o. o. złożył wadliwą ofertę z punktu widzenia wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ i oferta powinna być odrzucona, ponadto Protestujący nie wykazał, że celem Fujitsu Technology Solutions sp. z o. o. było utrudnianie dostępu do rynku innym Wykonawcom.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp podniesiony jedynie poprzez samo powołanie tego zapisu - zasługuje również na oddalenie z uwagi na brak jego udowodnienia.

W dniu 18.01.2010 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP. Podtrzymał zarzuty i żądania z protestu. Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Według jego wiedzy, co wykaże na rozprawie przed KIO, nie jest możliwa, bez zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofercie, realizacja przedmiotu zamówienia za kwoty zaoferowane przez w/w wykonawców. Wiedzę tę czerpie z faktu bycia autoryzowanym

sprzedawcą produktów Microsoft, a zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia po cenie wskazanej w obydwu ofertach stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Podtrzymał także stanowisko co do niedozwolonego naszym zdaniem utajnienia w ofercie wykonawcy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. wykazu osób zdolnych do wykonywania zamówienia, z których każda posiada doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w zakresie prowadzenia umów licencyjnych Microsoft Enterprise i Microsoft Select. Takie informacje znajdują się na portalach Microsoft i są dostępne dla grona partnerów o statusie LAR. Niezaprzeczalne jest, że informacje zastrzeżone w ofercie przez Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. są jawne i podlegają ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Poprzez nieujawnienie treści złożonej oferty w zakresie, w którym informacje w niej zawarte nie stanowią faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający doprowadził do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Nie jest natomiast rolą Zamawiającego ocena, czy utajnione informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa w/w wykonawcy, jak zdaje się wskazywać Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu. Zarzut, co do tego, że zarówno Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. jak i ComArch SA nie posiadają co najmniej 2 osób wykwalifikowanych (które odbyły szkolenia potwierdzone egzaminem z zakresu licencjonowania produktów Microsoft) posiadających doświadczenie w prowadzeniu zamówienia w ramach umów licencyjnych zarówno Microsoft Enterprise i Microsoft Select w jednym zamówieniu, jest nadal aktualny, co wykaże na rozprawie przed KIO. Kopie treści odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 19.01.2010 r. faxem Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23.12.2009 r., jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem i po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy i złożonych do protokołu ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu oceny złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem ofert złożonych Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. i ComArch SA, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania, zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., która winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty ComArch SA jako zawierającą rażąco niską cenę, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 12.752.611, 48 zł, co stanowi równowartość 3.289.213,97 euro na podstawie wartości zamówienia dokonanego w dniu 10.09.2009 r. na podstawie zestawienia zbiorczego ilości licencji Microsoft w ramach umów licencyjnych Microsoft Enterprise i Microsoft Select z raportów zbiorczych z jednostek organizacyjnych NBP oraz oferty cenowej Microsoft z 9.09.2009 r. w grupie cenowej D (protokół DRUK ZP-1). Zgodnie z protokołem z otwarcia ofert z dnia 11.12.2009 r. kwota, jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia z VAT wynosi 15.558.186,01 PLN brutto.

W przedmiotowym postępowaniu złożono trzy ważne oferty:

Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., która zaoferowała cenę brutto ogółem zamówienia podstawowego w PLN (10.194.022,32), sumę trzyletnich cen skorygowanych TrueUp brutto w PLN (1.015.919, 62) oraz stały upust 20,00%.

ComArch SA, która zaoferowała cenę brutto ogółem zamówienia podstawowego w PLN (12.254.227,68), sumę trzyletnich cen skorygowanych TrueUp brutto w PLN (1.259.623,38) oraz stały upust 18,00%.

Lumena SA, która zaoferowała cenę brutto ogółem zamówienia podstawowego w PLN (14.260.516,56), sumę trzyletnich cen skorygowanych TrueUp brutto w PLN (1.411.107, 63) oraz stały upust 17,50%.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba wskazuje, że wielokrotnie orzecznictwo KIO jak i sądowne wskazywało, że: *„Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę,*

dokonywając kwalifikacji pod to pojecie". (Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08), jak i KIO (wyrok KIO z dnia 13.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09), że: „Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 ("Transporoute") i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 ("Fratelli Costanzo"))”.

Skład orzekający Izby podziela w pełni wyrażone powyżej stanowisko, zwraca jednak uwagę na konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z dnia 24.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09). Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” (wyroku KIO z dnia 13.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

Jednakże w ocenie Izby żądanie odrzucenia ofert innych Wykonawców z uwagi na zaistnienie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp jest przede wszystkim w przedmiotowym stanie faktycznym przedwczesne, gdyż z wykładni literalnej przywołanego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynność wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Z tym, że w niniejszym postępowaniu w ocenie Izby brak jest podstaw do wszczynania jakichkolwiek czynności w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) wskazuje, że niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji

w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia wynikająca z przywołanego powyżej orzeczenia ETS stanowi swoistą wykładnię, którą Zamawiający każdorazowo powinien wziąć pod uwagę podczas badania i oceny złożonych ofert. Jednakże biorąc pod uwagę obie wartości procentowe przywołane powyżej, a wskazywane na rozprawie przez Odwołującego, ceny ofert złożone w postępowaniu, wartość szacunkową wynikającą z protokołu, kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, złożone wyjaśnienia na rozprawie odnośnie wliczenia do szacunku 10 % zamówień dodatkowych, powoduje w ocenie Izby, iż zaoferowane ceny ofertowe nie spełniają kryterium kwalifikujące je do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Dodatkowo Izba wskazuje na wyrok KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08 wskazujący, że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert:

- 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę.
- 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
- 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

W konsekwencji istotne jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Dodatkowo należy wskazać, że nawet uznając, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie jest przedwczesny (a jest taki), Izba stwierdza, że Odwołujący nie przedstawił na potwierdzenie tego zarzutu żadnego dowodu (ani w ramach środków ochrony prawnej, ani na rozprawie). W konsekwencji nawet nie uprawdopodobnił zaistnienia ceny rażąco niskiej. Twierdzenia, że zaoferowane ceny nie zawierają zysku także pozostały gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi dowodami na rozprawie. W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że co najmniej ComArch SA oferuje upust na zbliżonym poziomie co w poprzedniej umowie na przedmiot niniejszego zamówienia. Argumentacje Odwołującego co do wahań kursowych oraz faktu, że wskazywana przez Zamawiającego umowa pochodzi z 2007 r. Izba uznaje za argumentacje o charakterze polemicznym, tym bardziej że Zamawiający wskazał, że także w niniejszym postępowaniu chodziło o upusty od cen katalogowych w euro przeliczane na złotówki (m.in. §5 pkt 4 i 5 wzoru umowy wykonawczej). Należy także stwierdzić, że kwestie wahań

walutowych każdorazowo profesjonalni Wykonawcy, tacy jak w niniejszym postępowaniu, zobowiązani są uwzględnić przy oferowaniu określonej ceny w postępowaniu.

Izba także zwraca uwagę, że kwestie zaoferowanych cen należy rozpatrywać także w kontekście 3 letniego trwania umowy będącej wynikiem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a także przez pryzmat wszystkich trzech kryteriów o aspekcie finansowym, a więc cenę brutto ogółem zamówienia podstawowego w PLN, sumę trzyletnich cen skorygowanych TrueUp brutto w PLN oraz stałego upustu.

Stanowisko Zamawiającego o międzynarodowym Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. także Izba wzięła pod uwagę, tym bardziej, że jak wskazał, ze wzoru umowy dla wybranego wykonawcy z firmą Microsoft, umowa niniejsza ma zostać zawarta nie z oddziałem, ale centralą Microsoft (załącznik nr 4 do umowy DIT-POZ-WZI-66/2009/RJ z dnia..., str.1).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie. Jednocześnie wskazując, że zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej było po pierwsze przedwczesny, po drugie brak było podstaw do wzywania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 i art. 96 ust. 3 Pzp poprzez niezasadne zastrzeżenia jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa wykazu osób zdolnych do wykonywania zamówienia przez Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. dokonała zastrzeżenia wykazu osób, które będą uczestnikami w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia i kwalifikacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie składu orzekającego, informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez Zamawiającego. Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Na tej podstawie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż

Informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Możliwość zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007 r., sygn. akt: V Ca 421/07. Podobnie wyrok KIO z dnia 05.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 874/08.

Na marginesie, Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie z rozprawy wskazywało, że także w jego ocenie dopuszczalne jest zastrzeżenie wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu. Na pytanie Przewodniczącego, czy w innych postępowaniach wykaz był zastrzegany, odpowiedział, że nie dysponuje informacją w tym zakresie, przy czym mogło to być uzasadnione jeśli miało miejsce takowe. W tym kontekście Izba wskazuje także, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie ogólnej dostępności wskazywanych osób w wykazach na stronach internetowych. W odróżnieniu od Zamawiającego, który przedstawił ofertę Odwołującego z innego postępowania z dokonaniem zastrzeżenia wykazu osób.

Po drugie, Izba wskazuje, iż, aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, a w tym przypadku, czy ma ona charakter technologiczny, czy też inny. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). W przedmiotowym postępowaniu zgodnie z protokołem z dnia 17.12.2009 r. komisja przetargowa dokonała weryfikacji dokonanego przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. zastrzeżenia uznając, że przedmiotowy wykaz osób przedstawia wartość dla Wykonawcy, który ma prawo ją chronić przez zastrzeżenie ich poufności. Wskazał, że profil przedsiębiorcy polegający głównie na świadczeniu usług informatycznych, wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi niewątpliwie wartość gospodarczą. W ocenie Izby biorąc pod uwagę dopuszczalność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem wykazu osób, profil Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o., fakt, że Odwołujący nie

przedstawił żadnego dowodu, co do ogólnej dostępności wskazywanych osób na stronach internetowych, brak zapisów w przyszłej umowie mówiących, że przedmiotowy wykaz osób będzie stanowił jego załącznik, należy uznać weryfikację zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonaną przez Zamawiającego za wystarczającą. Ewentualne wezwanie o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp skierowane do Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. w ocenie Izby potwierdziłoby zasadność dokonanego zastrzeżenia i w konsekwencji nie miałyby wpływu na wynik postępowania (art. 191 ust. 1 a Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie kwestii wskazywanej przez Odwołującego w kontekście niezgodności konkurencyjnych ofert z SIWZ, nie posiadania co najmniej 2 osób wykwalifikowanych (które odbyły szkolenia potwierdzone egzaminem z zakresu licencjonowania produktów Microsoft) posiadających doświadczenie w prowadzeniu zamówienia w ramach umów licencyjnych zarówno Microsoft Enterprise i Microsoft Select w jednym zamówieniu przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. (tak w proteście, jak i odwołaniu), ComArch SA (tylko odwołaniu) Izba wskazuje na stanowisko Odwołującego w tej materii przedstawione na rozprawie. Odwołujący wskazał, na pytanie Przewodniczącego, czy przedmiotem zarzutu jest zastrzeżenia informacji przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób, czy też nie spełnianie warunku postawionego przez wykonawcę wybranego odpowiedział, iż zarzut dotyczy zastrzeżenia informacji. Z tych względów Izba uznaje, że nie jest ta kwestia zarzutem w przedmiotowym odwołaniu, w konsekwencji nie będzie ona podlegała rozpatrywaniu, także wobec zaistniałego wskazywanego przez Zamawiającego rozszerzenia na etapie odwołania (191 ust. 3 Pzp).

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 4, art. 8 oraz art. 96 ust. 3 Pzp, Izba uznała także za nie zasadny w tym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*