

Sygn. akt: KIO 2782/10

WYROK
z dnia 10 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 grudnia 2010 r. przez wykonawcę **Tradex Systems sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Stałe Przedstawicielstwo Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej w Brukseli**

przy udziale uczestnika postępowania – **Comtegra sp. z o.o. w Warszawie**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Tradex Systems sp. z o.o. w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Tradex Systems sp. z o.o. w Warszawie**.

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

.....

Uzasadnienie

Stałe Przedstawicielstwo Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej w Brukseli, Avenue de Tervueren 282 – 284, B – 1150 Bruksela, Belgia zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu udzielenia zamówienia na rozbudowę infrastruktury VMware oraz Symantec NetBackup.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 5 października 2010 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie, co ustalono na podstawie protokołu postępowania: pkt 7 druku ZP-1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 października 2010 r. pod numerem 2010/S 196 – 299152.

W dniu 15 grudnia 2010 r. zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną m.in. wykonawcę Tradex Systems sp. z o.o., ul. Opaczewska 42, lok. 110, 02 – 372 Warszawa (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty założonej przez Comtegra sp. z o.o. w Warszawie.

Dnia 27 grudnia 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu za pośrednictwem faksu tego samego dnia.

Odwołanie zostało złożone wobec czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu, którym odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 3 ustawy, § 5 ust. 1 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez naruszenie jawności postępowania i nie udostępnienie załącznika do protokołu postępowania przetargowego;
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Comtegra sp. z o.o.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu pełnej dokumentacji przetargowej;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym,
- 3) dokonanie powtórnej czynności oceny ofert.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, iż w dniu 16 grudnia 2010 r. złożył wniosek o udostępnienie pełnej dokumentacji przetargowej. Jednak udostępniona odwołującemu dokumentacja przetargowa nie była kompletna, a w szczególności nie zawierała dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium przez jednego z wykonawców, tj. Comterga sp. z o. o. Dlatego odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o przesłanie brakującego dokumentu. W dniu 24 grudnia 2010 r. zamawiający odmówił udostępnienia dokumentu w trybie ustawy i skierował sprawę do rozpatrzenia w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Takie działanie zamawiającego zdaniem odwołującego narusza art. 8 ust.1 ustawy oraz § 5 ust. 1 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Nie udostępnienie przez zamawiającego wnioskowanych informacji może wskazywać na fakt nie spełnienia przez wykonawcę warunków określonych w art. 45 ust. 3 ustawy, a tym samym konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania przetargowego.

Odwołujący wskazał także, iż zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2010 r. wezwał wykonawcę Comtegra sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień mających na celu zbadanie, czy złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podniósł, iż wyjaśnienia nie potwierdzają, iż złożona oferta wykonawcy Comtegra sp. z o.o. jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo skalkulowana – wykonawca nie przedstawił żadnych

przekonywujących dowodów mogących uprawdopodobnić wątpliwą tezę, że sam odpowiedni status partnerski gwarantuje uzyskanie rabatu w wysokości blisko 70%.

Dalej odwołujący podniósł, iż zgodnie z pkt. 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie szeregu usług, w tym integracji i optymalizacji działania całości przedmiotu zamówienia, opracowania i wykonania dokumentacji powdrożeniowej, zapewnienia serwisu gwarancyjnego oraz wsparcia technicznego w okresie 3 lat, na warunkach określonych w pkt. VII siwz – Wymagania dodatkowe. Podkreślił odwołujący, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczą wyłącznie cen sprzętu i licencji oprogramowania, co wskazuje jednoznacznie na fakt złożenia przez wykonawcę oferty na niepełny przedmiot zamówienia, tj. nie obejmujący usług, w tym integracji i optymalizacji działania całości przedmiotu zamówienia, opracowania i wykonania dokumentacji powdrożeniowej, zapewnienia serwisu gwarancyjnego oraz wsparcia technicznego w okresie 3 lat, na warunkach określonych w pkt.VII siwz - Wymagania dodatkowe. Tym samym oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, jako niezgodna z treścią siwz.

Pismem z dnia 30 grudnia 2010 r. wykonawca Comtegra sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02 – 884 Warszawa (dalej „przystępujący”) zgłosił skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – jak wynika z pkt. 4.1 oraz 4.2 siwz – podzielił przedmiot zamówienia na dwie części: część 1 - rozbudowa infrastruktury VMware (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1A do siwz), część 2 – rozbudowa infrastruktury Symantec NetBackup (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1B do siwz). Każdy z wykonawców był uprawniony do złożenia oferty zarówno na jedną, jak i na dwie części zamówienia (pkt 4.4 siwz).

Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości ustalonej odrębnie na każdą część – zadanie 1: 4 400 euro, zadanie 2: 1 600 euro (pkt 9.1 siwz). W pkt. 9.3

siwz zamawiający podał rachunek bankowy, na który należy dokonać przelewu wadium wnoszonego w formie pieniężnej. W kolejnym punkcie siwz wymagał, aby w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu przedłożyć oryginał lub kserokopię (poświadczoną za zgodność z oryginałem) polecenia przelewu bankowego lub dowód wpłaty. Z powołanymi postanowieniami siwz koresponduje treść pkt. 10.2.4 siwz, zgodnie z którym oferta powinna zawierać dokument wadialny – sposób złożenia dokumentu wadialnego został określony w przytoczonym pkt. 9.4 siwz. Zamawiający nie zawarł dodatkowych regulacji dotyczących zasad wnoszenia wadium w pieniądzu.

W pkt. 10.2 siwz zamawiający wymienił wśród dokumentów, które „oferta powinna zawierać”, także formularz ofertowy sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do siwz (pkt 10.2.1 siwz). We wzorze załącznika nr 2A (odpowiednio 2B) do siwz w pkt. 1 zamawiający wymagał podania (w euro) ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Dalej w pkt. 3 wymagane było złożenie przez wykonawców oświadczenia, że „cena oferty obejmuje pełen zakres zamówienia określony w punkcie 4 SIWZ i w załączniku nr 1A do SIWZ jak również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia oraz podatek VAT”. W kolejnych punktach zamawiający oczekiwał oświadczenia, że wykonawca przyjmuje warunki zawarte w siwz oraz, że oferowany sprzęt i usługi spełniają wszystkie wymagane parametry określone w siwz (załącznik nr 1A do siwz), sprzęt jest fabrycznie nowy i pochodzi z bieżącej produkcji. Analogicznie sporządzony został wzór dla zadania 2. Dodatkowo w formularzu oferty dla zadania 1 (załącznik 2A do siwz) zamawiający w formie tabelarycznej wymagał wskazania m.in. nazw producenta, typu, modelu oferowanego oprogramowania, serwerów Blade, macierzy dyskowej itp.

Zamawiający w pkt. 11 – Opis sposobu obliczenia ceny wskazał, że „podstawą do określenia ceny jest pełen zakres zamówienia określony w załączniku nr 1 do SIWZ. Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia oraz podatek VAT” (pkt 11.1 siwz). Wykonawcy zobowiązany został do podania ceny oferty w formularzu oferty zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2A lub 2B do siwz (pkt 11.2 siwz).

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 30 sierpnia 2010 r. na kwotę 1 136 000 zł (295 910, 40 euro), na podstawie rozeznania rynku (pkt 2 protokołu postępowania - druk ZP-1).

Odpowiadając na tak ukształtowane postanowienia siwz ofertę na zadanie 1 złożyło trzech wykonawców oferując następujące ceny: przystępujący – 238 257,46 euro, odwołujący – 353 491,34 euro oraz konsorcjum ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. oraz Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. – 390 400 euro, a na zadanie 2 – dwóch wykonawców: odwołujący oferując realizację zamówienia za cenę 95 074,60 euro oraz przystępujący – 60 398,54 euro (protokół postępowania: druk ZP – 12).

Przystępujący złożył ofertę na obydwa zadania zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 2A (odpowiednio 2B) do siwz (k. 4 - 13 oferty). Do oferty załączył dowód wpłaty wadium w formie pieniężnej – dowód dokonania w dniu 15 listopada 2010 r. przelewu na kwotę 6 000 euro (k. 48 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2010 r. wystąpił do przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy „o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta w zakresie cz. I oraz cz. II zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W odpowiedzi pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. przystępujący oświadczył, iż zdobył (w sposób wymagający znacznych nakładów finansowych i starań dostępnych dla każdego zainteresowanego przedsiębiorcy) oraz utrzymuje w przedsiębiorstwach NetApp, VMware oraz Symantec – na mocy zawartych kontraktów handlowych – wysoki tzw. stopień partnerstwa (NetApp Platinum Partner, VMware Enterprise Partner, Symantec Platinum Partner). Przyznawanie takich uprawnień jest powszechną praktyką w relacjach rynkowych w szczególności w odniesieniu do przedsiębiorstwa o zasięgu ogólnosiwiatowym. Wskazany status partnerski umożliwia przystępującemu zaoferowanie produktów tych producentów wedle cenników indywidualnie przyznanych dla danego poziomu partnerów biznesowych. Przystępujący oświadczył, iż zaoferowane przez niego ceny „są zwykłymi cenami rynkowymi dostępnymi dla oficjalnych partnerów producentów NetApp, VMware, Symantec i nie istnieją w związku z tym jakiegokolwiek zagrożenia dla Zamawiającego powodujące niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Zaoferowane ceny w pełni zaspokajają należności Comtegra Sp. z o.o. wymagane wobec producentów jak i należności niezbędne do zaspokojenia wymagań Zamawiającego na najwyższym poziomie obsługi”. Przystępujący załączył oświadczenie spółki Symantec z dnia 2 marca 2010 r., że przystępujący posiada status partnera handlowego na poziomie Symantec Platinum Partner oraz analogiczne oświadczenie spółki NetApp z dnia 22 grudnia 2009 r. Ponadto przedłożył zaświadczenie VMware potwierdzające otrzymanie przez przystępującego wyróżnienia „Enterprise Partner” (na dokumencie znajduje się adnotacja „ważne w roku 2010”).

W konsekwencji zamawiający nie stwierdził, ażeby oferta przystępującego na którekolwiek z zadań zawierała rażąco niską cenę i pismem z dnia 15 grudnia 2010 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej na obydwie części zamówienia oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołujący w formie elektronicznej w dniu 16 grudnia 2010 r. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przetargowej. Wobec stwierdzenia, iż udostępniona dokumentacja nie zawierała wyciągu z rachunku bankowego zamawiającego potwierdzającego zaksięgowanie wpłaty przystępującego kwoty wadium w dniu 22 grudnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej odwołujący wystąpił o przesłanie brakującego wyciągu. W odpowiedzi e-mailem z dnia 22 grudnia 2010 r. zamawiający przytaczając treść art. 96 ust. 3 Pzp poinformował odwołującego, iż zamawiający nie ma obowiązku i nie udostępni wyciągu z własnego rachunku bankowego. Jednocześnie oświadczył, iż oferta przystępującego była zabezpieczona wadium w terminie składania ofert. Odwołujący w tym samym dniu odnosząc się w formie elektronicznej do otrzymanych od zamawiającego wyjaśnień wskazał, iż przedmiotowy wyciąg, ponieważ dokumentuje czynność dokonaną przez wykonawcę w trakcie postępowania, powinien zostać udostępniony jako inny dokument i informacja w rozumieniu art. 96 ust. 2 Pzp. Zamawiający w dniu 24 grudnia 2010 r. zawiadomił e-mailem odwołującego, iż „wniosek zostanie skierowany zgodnie z właściwością i rozpatrzony w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej”.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, czemu dał wyraz w zarzutach odwołania datowanego na 27 grudnia 2010 r.

Na rozprawie w dniu 10 stycznia 2010 r. strony oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego odwołanie należało oddalić.

1. Zarzut odwołującego dotyczący odmowy udostępnienia przez zamawiającego protokołu postępowania w zakresie dotyczącym wyciągu z rachunku bankowego zamawiającego potwierdzającego wniesie wadium przez przystępującego.

Spór między zamawiającym a odwołującym dotyczy odmiennej oceny tego, czy wyciąg z rachunku bankowego zamawiającego w zakresie potwierdzającym wpływ do zamawiającego kwoty stanowiącej wadium stanowi załącznik do protokołu, o którym mowa w art. 96 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji, czy podlega udostępnianiu na zasadach wynikających z ustawy oraz wydanego na podstawie art. 96 ust. 5 Pzp rozporządzenia ustalającego m.in. sposób udostępniania zainteresowanemu protokołu wraz z załącznikami.

Zważywszy tak określone ramy sporu zasadnym jest na wstępie wskazanie, iż w wykonaniu delegacji wynikającej z art. 96 ust. 5 Pzp Prezes Rady Ministrów w dniu 26 października 2010 r. wydał rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223, poz. 1458) zastępujące z dniem 11 grudnia 2010 r. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1154). Stosownie do § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie tegoż rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe. W konsekwencji do postępowania, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, wobec jego wszczęcia w dniu 5 października 2010 r., znajdują zastosowanie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej „rozporządzenie”).

Przechodząc do stanowiska Izby w kwestii rozpatrywanego zarzutu trzeba wskazać, iż rację ma odwołujący twierdząc, iż zamawiający bezzasadnie odmówił mu udostępnienia wyciągu ze swojego rachunku bankowego w zakresie dotyczącym potwierdzenie wniesienie wadium przez przystępującego. Dokument ten zdaniem Izby, jako potwierdzający czynność

dokonaną przez wykonawcę w toku postępowania, stanowi załącznik do protokołu jako inny dokument „składany przez zamawiającego”, do którego odnosi się przepis art. 96 ust. 2 Pzp. W konsekwencji zatem – jak wprost stanowi przepis art. 96 ust. 3 Pzp – jest jawny i podlega udostępnieniu stosownie do reguł ustalonych w rozporządzeniu. Aby uczynić im zadość niezbędne jest stosownie do § 5 ust. 1 rozporządzenia złożenie wniosku (nie jest sporne, iż odwołujący wniosek w formie elektronicznej w dniu 22 grudnia 2010 r. złożył).

Niewątpliwie zamawiający zobowiązany jest każdorazowo – jeśli żądał od wykonawców wniesienia wadium – ustalić, czy wykonawcy uczynili zadość temu obowiązkowi. W przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu wniesienie wadium oznacza obciążenie rachunku bankowego zamawiającego przed upływem terminu składania ofert kwotą odpowiadającą wysokości wymaganego wadium. Tym samym zamawiający dochowując należytej staranności zawsze w takiej sytuacji powinien ustalić, analizując stan swojego rachunku bankowego, czy wadium zostało wniesione prawidłowo. Innymi słowy, podstawę oceny zamawiającego w tej kwestii stanowi stwierdzenie, czy na jego koncie znajdowała się w określonym terminie oznaczona kwota wpłacona w celu zabezpieczenia danej oferty wadium. Nawet jeśli zamawiający nie załącza każdorazowo wyciągu ze swojego rachunku w celu potwierdzenia prawidłowości wniesienia wadium do akt postępowania, to na żądanie wykonawcy zobowiązany jest taki wyciąg sporządzić i udostępnić. Na gruncie badanej sprawy stanowi on bowiem informację o tym, w jakim terminie oraz w jakiej wysokości przystępujący wniósł wadium w niniejszym postępowaniu. Nie stanowi takiego dowodu natomiast załączone do oferty potwierdzenie dokonania w dniu 15 listopada 2010 r. przelewu (k. 48 oferty). Dokument ten ma wyłącznie walor informacyjny, stanowiący dla zamawiającego wskazówkę co do formy, w której przystępujący wniósł wadium.

Tym samym przychylić się należy do stanowiska odwołującego, iż zamawiający bezpodstawnie zaniechał udostępnienia odwołującemu wyciągu ze swojego rachunku w zakresie dotyczącym wniesienia wadium przez przystępującego. Gwarancja dostępu do protokołu postępowania pozwala na urzeczywistnienie wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Działania zamawiającego w niniejszym postępowaniu doprowadziły do naruszenia wskazanych reguł. Zamawiający w istocie uniemożliwiając wykonawcy kontrolę prawidłowości wniesienia wadium przez konkurenta ograniczył jego prawo do ewentualnej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie. Błędna wykładania art. 96 ust. 2 Pzp skutkowałą także

naruszeniem przez zamawiającego zasady jawności wynikającej wprost z art. 8 ust. 1 Pzp, a znajdującej swoje uszczegółowienie w art. 96 ust. 3 ustawy gwarantującym jawność protokołu i załączników. Obowiązek sporządzania przez zamawiającego i udostępniania protokołu jest faktycznym wykonywaniem zasady jawności postępowania. Protokół musi być udostępniony każdemu, bez względu na to, czy wnioskodawca ma interes (prawny lub faktyczny) w dostępie do protokołu. Zgodnie z § 5 ust. 6 rozporządzenia (analogiczną treść zawiera § 5 ust. 5 aktualnie obowiązującego rozporządzenia z 2010 r.) zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do wglądu lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej albo o unieważnieniu postępowania. Zatem zamawiający był zobowiązany po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (15 grudnia 2010 r.) w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 20 grudnia 2010 r. udostępnić pełną dokumentację postępowania, nie wyłączając wyciągu z rachunku bankowego potwierdzającego wniesienie wadium przez przystępującego.

Izba oceniła, iż zamawiający uchybił w stanie faktycznym niniejszej sprawy art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 Pzp odmawiając odwołującemu udostępnienia ww. informacji i kierując sprawę do rozpoznania w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r., Nr 112, poz. 1198 ze zm.). Ustawa ta wskazuje na obowiązek udostępniania informacji publicznej m.in. o majątku publicznym (art. 6 ust. 1 pkt 5 powołanej ustawy) przez władze publiczne i podmioty wykonujące zadania publiczne. Zakres podmiotowy zastosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej i ustawy Prawo zamówień publicznych jest w części zbieżny. Ustawa – Prawo zamówień publicznych wprowadzając odmienne rozwiązania w zakresie obejmującym zasady i tryb udostępniania informacji o prowadzonych postępowaniach o zamówienie publiczne, stanowi *lex specialis* względem ustawy o dostępie do informacji, a zatem w omawianym zakresie ma pierwszeństwo zastosowania. Na gruncie ustawy zgodnie z jej art. 8 ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zamawiający nie wskazał na żadną okolicznością ustawą przewidzianą, która zobowiązywałaby go do zaniechania przekazania odwołującemu żądanych przez niego informacji dotyczących wniesienia wadium przez przystępującego. Ponadto jawność postępowania może być ograniczona na podstawie

przepisów innych ustaw np. w przypadku zamówienia objętego tajemnicą służbową dostęp do informacji będą miały wyłącznie osoby posiadające odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa. Na taką okoliczność także zamawiający się nie powoływał.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie w dniu 5 stycznia 2011 r. odwołującemu przekazano w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej wydruk z wyciągu bankowego dotyczący wniesienia wadium przez przystępującego. Wydruk ten jednak – jak zgodnie przyznały strony – nie potwierdzał godziny zaksięgowania kwoty wadium na koncie zamawiającego. Zamawiający w dniu składania ofert dokonał sprawdzenia stanu swojego konta przed godziną 14.00 (nie jest sporne, iż termin składania ofert minął w dniu 17 listopada 2010 r. o g.14.00) ustalając, że przystępujący wniósł wadium prawidłowo. Na rozprawie odwołujący przedłożył informację z dnia 7 stycznia 2011 r. sporządzoną przez bank prowadzący jego rachunek potwierdzającą wniesienie wadium o g. 8.37 w dniu 17 listopada 2010 r. Zatem wadium zostało wniesione przez przystępującego prawidłowo.

Uwzględniając powyższe, mimo iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 5 ust. 1 i ust. 6 rozporządzenia potwierdził się, w świetle przepisu art. 192 ust. 2 Pzp Izba nie mogła uwzględnić odwołania. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, bowiem przystępujący wniósł wadium prawidłowo, w konsekwencji brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania.

2. Zarzut odwołującego dotyczący zaoferowania przez przystępującego realizacji zamówienia za cenę rażąco niską, a w konsekwencji nieodrzućcenie oferty przystępującego z postępowania.

Oś sporu w zakresie tego zarzutu sprowadza się do ustalenia, czy w niniejszej sprawie zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego, jako zawierającą rażąco niską cenę.

Na tak postawione pytanie udzielić należy odpowiedzi negatywnej, gdyż odwołujący nie udowodnił, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym przed Izbą wyznacza przepis art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący

do przepisu art. 6 kc. Stosownie do niego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z niego wywodzi skutki prawne. Izba zwraca zatem uwagę, iż w stanie faktycznym sprawy odwołujący powinien przeprowadzić dowody na poparcie tezy, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę (tak też przykładowo wyrok Izby z dnia 3 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1338/09, KIO/UZP 1346/09, KIO/UZP 1347/09).

Izba wyraża pogląd, iż treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy prowadzi to stwierdzenia, iż przesłanką odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu jest rzeczywiste wystąpienie rażąco niskiej ceny, co winno być przez odwołującego udowodnione, jeśli zarzuca zamawiającemu uchybienie przepisom ustawy polegające na nieodrzczeniu oferty przystępującego z postępowania.

Ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy postanowił, iż zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia zamawiający odrzuca ofertę (art. 90 ust. 3 Pzp). Podstawę odrzucenia oferty stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Trudności interpretacyjne powołanych przepisów pojawiają się już na wstępie, bowiem brak jest legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Odwołać się w tej kwestii należy do dorobku doktryny oraz orzecznictwa, zarówno Izby (wcześniej Zespołów Arbitrów) oraz sądów powszechnych. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), że „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”. Można także przywołać wyrok Izby z dnia 3 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 168/09, sygn. akt: KIO/UZP 189/09), zgodnie z którym „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej

kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Izby z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Izby z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08)” czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07) stwierdzający, że „rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”. Zatem Izba przyjmuje, iż ceną rażąco niską jest cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Zamawiający analizując tę kwestię powinien wziąć pod uwagę nie tylko wartość zamówienia ustaloną z należytą starannością, ale także będące odzwierciedleniem cen rynkowych za dany przedmiot zamówienia ceny zaoferowane przez konkurencję. Jednocześnie – co trzeba podkreślić – brak jest uniwersalnego, arytmetycznego kryterium, mogącego stanowić wskazówkę, iż oferta może zawierać rażąco niską cenę, jeżeli kształtuje się poniżej pewnego poziomu (np. jest tańsza o więcej niż 40% czy 50% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo niższa o tyleż samo od wartości szacunkowej zamówienia). W ocenie Izby z pewnością ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w porównywalnych warunkach gospodarczych. Na kalkulacje ceny oferty mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze charakterystyczne dla danego rynku, jak i kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych.

Izba nie znalazł podstaw do stwierdzenia, iż wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego nieprawidłowo. Zamawiający przedstawił protokół z dnia 30 sierpnia 2010 r. potwierdzający sposób oszacowania wartości zamówienia tj. agregacja danych katalogowych publikowanych na stronach www producentów sprzętu z uwzględnieniem cen rynkowych. Wartości ustalone przez zamawiającego znalazły odzwierciedlenie w treści protokołu ZP-1 (pkt 2). Także kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana w pkt. 9 druku ZP – 1 (odpowiednio dla każdej części zamówienia), odpowiada wartości brutto podanej w protokole z dnia 30 sierpnia 2010 r.

Zarzut odwołującego sformułowany na rozprawie, iż wartość szacunkowa zamówienia nie została należycie ustalona, jako nie zawarty w odwołaniu, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu stwierdziwszy, iż cena za realizację obu części zamówienia zaoferowana przez przystępującego odbiega o ok. 30 % od ceny zaoferowanej przez przystępującego oraz od wartości szacunkowej zamówienia wystąpił pismem z dnia 29 listopada 2010 r. o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi przystępujący pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. wyjaśnił, iż oferowana cena jest pochodną cen, za które może nabywać sprzęt i oprogramowanie od ich producentów - spółek Symantec, NetApp oraz VMware). Będąc oficjalnym partnerem wskazanych producentów o statusie NetApp Platinum Partner, VMware Enterprise Partner, Symantec Platinum Partner (co potwierdził przedkładając odpowiednie zaświadczenia) ma możliwość oferowania ich produktów po korzystnych cenach. Przystępujący oświadczył także, iż brak jest zagrożeń dla zamawiającego mogących skutkować niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Dodał, iż zaoferowane ceny w pełni zaspokoją jego należności. Zamawiający – jak podniósł na rozprawie – ocenił, że wyjaśnienia przystępującego są wiarygodne. Kierując się oświadczeniem przystępującego zawartym w piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r., że brak jest zagrożeń dla zamawiającego mogących skutkować niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia oraz że zaoferowane ceny są zwykłymi cenami dostępnymi dla oficjalnych partnerów producentów, jak również uwzględniając znaną mu specyfikę rynku informatycznego (możliwość uzyskania wysokich rabatów od cen detalicznych) uznał za wystarczające wyjaśnienia przystępującego. Nie znalazł także okoliczności, które mogłyby skłonić przystępującego do zaoferowania ceny realizacji zamówienia poniżej kosztów – wykonawca działa już na rynku infrastruktury serwerowej, dysponuje bogatym doświadczeniem przy realizacji takich zamówień, co znalazło wyraz w licznych referencjach złożonych w raz z ofertą. Zdaniem zamawiającego motywem zaoferowania ceny, która mogłaby być rażąco niska, nie jest także zamiar uzyskania wyłączności związanej z oferowaniem określonego oprogramowania, gdyż przystępujący nie jest jego producentem.

Powyższe przystępujący potwierdził na rozprawie, stwierdzając, iż zaoferowana cena gwarantuje mu odpowiedni zysk. Dodatkowo złożył oświadczenie spółki NetApp z dnia 7 stycznia 2011 r. stwierdzające, iż przystępujący, jako jedyny podmiot w Polsce, posiada status partnera platynowego tej spółki. Wskazał także, iż jako podmiot z dużym doświadczeniem przy realizacji zamówień odpowiadających specyfiką przedmiotu zamówienia, może skrócić czas wdrożenia usługi, a usługi serwisowe realizuje sprawnie.

Twierdzenia odwołującego, że przystępujący nie przedstawił „żadnych przekonujących dowodów mogących uprawdopodobnić wątpliwą tezę, że sam odpowiedni status partnerski gwarantuje uzyskanie rabatu w wysokości blisko 70%” nie sposób uznać za wystarczające do stwierdzenia, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. (sygn. akt: X Ga 140/08), w którym zostało stwierdzone, że „procedura określona art. 90 pzp ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy”. Podobnie do tej kwestii odniosła się Izba w wyroku z dnia 30 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1483/10) zauważając słusznie, iż „przepis art. 90 nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów, a *contrario* nie można uznać, że wyjaśnienia do których nie załączono dowodów, np. w postaci dokumentów, z mocy prawa upoważniają do odrzucenia oferty. Jeśli są to wyjaśnienia wiarygodne, odwołujące się do konkretnych okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny oferty, to mogą być wystarczające do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska”.

Nie stanowi dowodu rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez przystępującego także fakt, iż konsorcjum ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. oraz Fujitsu Tehnology Solutions sp. z o.o. zaoferowało na zadanie nr 1 cenę o ok. 39 % wyższą niż przystępujący, a ma wyższy status partnerski spółki NetApp niż przystępujący, zatem musi mieć możliwość uzyskiwania większych rabatów niż przystępujący. Zamawiający nie występował do tegoż konsorcjum o wyjaśnienie zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ustawy – nie jest zatem wiadomym, dlaczego wykonawcy ci skalkulowali cenę w taki, a nie inny sposób. Polityka cenowa podmiotów działających na konkurencyjnym rynku jest uzależniona od właściwych dla nich uwarunkowań, ceny nie muszą być wyłącznie pochodną cen sprzętu i oprogramowania. Tym samym cena zaoferowana przez konsorcjum ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. oraz Fujitsu Tehnology Solutions sp. z o.o. – jak trafnie zauważył przystępujący – nie dowodzi rażąco niskiej ceny oferty przystępującego.

Izba wyraża pogląd, iż na gruncie badanej sprawy odwołujący nie przedstawił dowodów, które mogłyby choćby uprawdopodobnić fakt zaoferowania przystępującemu rażąco niskiej ceny tj. ceny nierealnej, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Jak trafnie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odwołujący nie wykazał, że przystępujący ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego

tytułu straty, co rodziłoby uzasadnione podejrzenie, że w przyszłości zagrozi to należytemu wykonaniu kontraktu.

Konsekwencją przyjętego przez Izbę stanowiska musi być uznanie, iż zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, zatem nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

3. Zarzut odwołującego dotyczący złożenia przez przystępującego oferty na niepełny przedmiot zamówienia, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty przystępującego z postępowania.

Okolicznością sporną jest ustalenie, czy oferta przystępującego powinna być odrzucona przez zamawiającego jako sprzeczna z treścią siwz, gdyż nie obejmuje swoim zakresem całego przedmiotu zamówienia

Izba nie podziela oceny odwołującego w tej kwestii. Przystępujący złożył ofertę zgodnie z wymaganiami siwz, wypełniając w odniesieniu do zadania 1 formularz oferty w części tabelarycznej zawierającej nazwy oferowanych urządzeń oraz oprogramowania, w zakresie który wymagał zamawiający. Co do części 2 – zamawiający nie wymagał w ogóle podawania dodatkowych informacji o oferowanym sprzęcie i oprogramowania. W odniesieniu do obu części przystępujący złożył na formularzu oferty oświadczenia, z których wynika jednoznacznie, że zaoferował za wskazaną w ofercie cenę realizację całego opisanego w siwz (w tym w pkt. 4 siwz) przedmiotu zamówienia (punkty 3-5 formularza oferty).

Odwołujący wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie szeregu usług, w tym integracji i optymalizacji działania całości przedmiotu zamówienia, opracowania i wykonania dokumentacji powdrożeniowej, zapewnienia serwisu gwarancyjnego oraz wsparcia technicznego w okresie 3 lat. Ustosunkowując się do twierdzeń odwołującego trzeba wskazać, iż zapewnienie serwisu oraz gwarancji na okres 3 lat dotyczy wyłącznie macierzy dyskowej (pkt VII b załącznika nr 1A do siwz). W odniesieniu do pozostałych elementów przedmiotu zamówienia wymienionych w powołanym przez odwołującego pkt. VII załącznika nr 1A do siwz okres gwarancji, czy wsparcia technicznego lub serwisu wynosi 1 rok.

Wbrew twierdzeniom odwołującego z faktu, iż w wyjaśnieniach z dnia 2 grudnia 2010 r. przystępujący odniósł się do cen sprzętu (NetApp) i licencji na oprogramowanie (Symantec oraz MVware), nie sposób wywieść, iż przystępujący złożył ofertę „na niepełny przedmiot zamówienia, tj. nie obejmujący usług, w tym integracji i optymalizacji działania całości

przedmiotu zamówienia, opracowania i wykonania dokumentacji powdrożeniowej, zapewnienia serwisu gwarancyjnego oraz wsparcia technicznego w okresie 3 lat, na warunkach określonych w pkt. VII siwz - Wymagania dodatkowe". Odwołujący pominął istotną okoliczność wynikającą z wezwania zamawiającego z dnia 29 listopada 2010 r. skierowanego do przystępującego o udzielenie wyjaśnień „dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Zatem uszło uwadze odwołującego, iż przystępujący ustosunkował się tylko do cen sprzętu (NetApp) i licencji na oprogramowanie, bowiem ceny tych elementów przedmiotu zamówienia według niego miały wpływ na zaoferowaną cenę za realizację przedmiotu zamówienia.

Zważywszy powyższą argumentację Izba za chybiony uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisowi art. 7 ust. 1 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa od odwołującego na rzecz przystępującego nie mógł być uwzględniony ze względu na brzmienie powołanego rozporządzenia.

.....