

Sygn. akt: KIO 2238/11

WYROK
z dnia 27 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 października** 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia **17 października** 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **NetLine Group Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wyścigowa 56f, 53-012 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Espeo Software Sp. z o.o., Talex S.A., 60-538 Poznań, ul. Kościelna 18/3** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego NetLine Group Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wyścigowa 56f, 53-012 Wrocław**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **NetLine Group Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wyścigowa 56f, 53-012 Wrocław**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa, instalacja i wdrożenie systemu informatycznego dla potrzeb krajowego programu oczyszczania ścieków komunalnych (SIKPOŚK)«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

02.08.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 146-242900.

06.10.2011 r. zamawiający zawiadomił mailem o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Espeo Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (60-538), ul. Kościelna 18/3 (pełnomocnik ustanowiony do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu) oraz Talex S.A. z siedzibą w Poznaniu (61-619), ul. Karpia 27D, zwanych dalej wykonawcami Espeo Software;
- 2) przyznaniu w rankingu ofert drugiego miejsca ofercie wykonawcy NetLine Group Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (53-012), przy ul. Wyścigowej 56F.

17.10.2011 r. (poniedziałek), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wykonawca NetLine Group Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (53-012), przy ul. Wyścigowej 56F wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) czynności badania i oceny ofert;
- 2) czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) zaniechanie odtajnienia elementów oferty wykonawców Espeo Software, tj.: „Formularza cenowego” (wg załącznika nr 11 do specyfikacji);
- 4) zaniechanie wykluczenia wykonawców Espeo Software z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż ww. wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;

- 5) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Espeo Software na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż oferta została złożona przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu;
- 6) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Espeo Software na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 7) zaniechanie czynności ustalenia czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w toku badania i oceny ofert, mimo wystąpienia okoliczności faktycznych powodujących konieczność przeprowadzenia takiego badania.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców Espeo Software, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców Espeo Software oraz zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców, pomimo, że złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców Espeo Software oraz zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców, pomimo, że nie wykazali oni spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia;
- 4) art. 8 ust. 3 Pzp przez błędną interpretację przepisów 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.) i w konsekwencji naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ograniczenie możliwości weryfikowania poprawności oferty wykonawcy przez odmowę udostępnienia odwołującemu zastrzeżonego elementu oferty wykonawców Espeo Software tj.: „Formularza cenowego”;
- 5) naruszenie przepisu art. 89 Pzp w związku z art. 90 Pzp, przez ocenę ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty bez zbadania czy najkorzystniejsza oferta (a także pozostałe oferty) nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców Espeo Software;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert wniesionych w przedmiotowym postępowaniu;
w szczególności nakazanie zamawiającemu zbadania czy złożone oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
nakazanie zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonego elementu oferty wykonawców Espeo Software, tj.: „Formularza cenowego”, który nie spełnia przesłanek kwalifikujących go jako tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 3) dokonanie czynności wykluczenia wykonawców Espeo Software z postępowania;
- 4) dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawców Espeo Software z postępowania;
- 5) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spełniającej wszystkie wymogi określone przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz warunkami specyfikacji.

Argumentacja odwołującego

Odnosnie zarzutu nr 1 – tj.: naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców Espeo Software, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący stwierdza:

Wykonawcy Espeo Software składając ofertę dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu **art. 3 ust. 1** ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podnosi, że wystąpiła przesłanka określona w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Wykonawcy Espeo Software celowo zaniżyli koszt sprawowania serwisu gwarancyjnego oprogramowania, stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert (waga 10%), aby uzyskać w tym kryterium maksimum punktów.

W opinii odwołującego koszt sprawowania serwisu gwarancyjnego oprogramowania znajduje się poniżej kosztów ich świadczenia na rynku zamówień publicznych w branży informatycznej.

Zaoferowana cena za serwis roczny w ofercie wykonawców Espeo Software wynosi 8.610 zł brutto co daje miesięcznie 717,50 zł brutto, a po potrąceniu 23% VAT – 583,33 zł na

świadczenie przez wykonawcę serwisu w ciągu jednego miesiąca. W opinii odwołującego zaoferowana cena tego serwisu nie pokrywa kosztu dojazdu samochodem specjalisty wykonawcy do siedziby zamawiającego (zgodnie z wymaganiami zamawiającego – tabela 2 – usługi: Ceny usług obejmują koszty dojazdu i pobytu specjalistów wykonawcy w siedzibie zamawiającego), a zgodnie z §10 wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji:

»§10.

1. Na wykonane prace wykonawca udziela gwarancji na 24 miesiące od dnia zakończenia (odbioru) II etapu prac.
2. Zakres serwisu gwarancyjnego sprawowanego przez wykonawcę w ramach gwarancji obejmuje w szczególności:
 - 1) zapewnienie poprawnego działania oprogramowania i usuwania wad systemu, w tym napraw błędów w kodzie źródłowym, usterek i awarii krytycznych,
 - 2) utrzymanie i dostosowanie SIKPOŚK do ewentualnych zmian legislacyjnych,
 - 3) serwis i utrzymanie bazy danych,
 - 4) zapewnienie zgodności wykonanej dokumentacji projektowej z aktualną wersją systemu,
 - 5) możliwość korzystania z konsultacji telefonicznych za pośrednictwem wydzielonych linii telefonicznych,
 - 6) pomoc w wypadku trudności z wykonaniem prac operatorskich w Systemie,
 - 7) umożliwienie zabezpieczenia Systemu w przypadku awarii sprzętu lub oprogramowania,
 - 8) pomoc w diagnostyce problemów związanych z działaniem Systemu«

na roczny serwis gwarancyjny oprogramowania składają się 2 pozycje: gwarancja na system i gwarancja (w tym utrzymanie bazy danych), a roczny koszt utrzymania samej bazy danych dla MS SQL wynosi ok. 20 000,00 zł zaś w przypadku Oracla ten koszt 1-rocznego supportu dla 1 procesora Oracle Standard listowo to 12.600 zł netto. Standardowy opust to 30%, więc daje to kwotę 8.800 zł netto; dla 2 lat 17.600 zł netto.

W obu wypadkach kwota obsługi gwarancyjnej przekracza kwotę zaproponowaną przez wykonawców Espeo Software w swojej ofercie.

Wykonawcy Espeo Software zaś nie mogli wybrać innej technologii bazy danych, bowiem takie ograniczenie tylko do MS SQL i Oracla zostało narzucone wykonawcom przez zamawiającego w specyfikacji.

Zaoferowanie ceny serwisu gwarancyjnego na tak niskim poziomie nie daje zamawiającemu gwarancji należytego wykonania zamówienia i skutkować będzie dla zamawiającego brakiem możliwości skutecznego dochodzenia rekompensat za niewykonanie zamówienia: § 5 pkt 3 wzoru umowy będącej załącznikiem do specyfikacji: Zamawiający może zażądać zapłaty kary umownej za zwłokę w usunięciu błędu aplikacji w

okresie gwarancji – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za serwis gwarancyjny oprogramowania w okresie 2 lat za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie błędu, co w przypadku oferty wykonawców Espeo Software wyniesie zaledwie 86,10 zł za każdy dzień opóźnienia, a przy ofercie odwołującego jest to 916,35 zł za każdy dzień opóźnienia.

Odnosnie zarzutu nr 2 i 3 – tj.: naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców Espeo Software oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawców, pomimo że złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust 4 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców Espeo Software oraz zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców, pomimo że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z rozdz. 5 pkt 2 lit. b specyfikacji wykonawcy, w celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia mieli wykazać że:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie:

– co najmniej 1 usługę obejmującą skuteczne wdrożenie systemu informatycznego, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł (słownie: jeden milion złotych) brutto o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia, w którego zakres weszło:

- wykonanie analizy biznesowej i systemowej dedykowanego systemu informatycznego,
- implementacja dedykowanego systemu informatycznego w tym: wytworzenie systemu bądź modyfikacja rozwiązania standardowego, opracowanie narzędzi do migracji danych i wykonanie fizycznej migracji danych do systemu informatycznego,
- przeprowadzenie testów odbiorowych,
- opracowanie dokumentacji powykonawczej.

zaś system, którego wdrożenie było przedmiotem zamówienia charakteryzował się następującymi cechami:

- był zbudowany w architekturze trójwarstwowej, oparty o relacyjną bazę danych i serwer aplikacji, a dostęp użytkowników do systemu odbywał się za pośrednictwem przeglądarki internetowej,
- był oparty o silnik procesów i platformę klasy WorkFlow,
- posiadał następujące funkcjonalności biznesowe:
 - wprowadzanie danych za pośrednictwem formularzy webowych,
 - obsługę dedykowanych rejestrów

– raportowanie

– co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 300.000 zł (słownie: trzysta tysięcy) brutto, której przedmiotem było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie dedykowanej aplikacji informatycznej służącej do zbierania danych, w oparciu o dedykowane formularze elektroniczne z walidacją danych, które mogą być wykorzystywane na potrzeby innych dokumentów wytwarzanych w toku obsługi procesów biznesowych.

Wykonawca na potwierdzenie pierwszej części wymagania, wskazał na realizację projektu ARIADNA.

Projekt ten był zrealizowany jako zamówienie publiczne pn. Budowa potencjału analitycznego administracji celnej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.08, nr ref. 2005/017-488.02.08.01.

Zgodnie z wyciągiem ze specyfikacji dot. ww. projektu: 1.1.1. Budowa i dostawa Systemu wraz z wymaganymi licencjami (pkt 7.2.7 ZAŁĄCZNIKA 4 do specyfikacji) przedmiotem zamówienia nie było dostarczenie systemu informatycznego, który byłby oparty o silnik procesów i platformę klasy WorkFlow:

Id wym.	Nazwa grupy / Opis wymagania	REF.
1	Wykonawca, na podstawie projektu generalnego, zbuduje System spełniający zdefiniowane wymagania oraz dostarczy wszystkie niezbędne do wykonania Systemu licencje na narzędzia, a w szczególności:	X
1.1	Aplikacje	TAK/NIE
1.2	Oprogramowanie bazodanowe, licencje, wersje instalacyjne na nośnikach i dokumentacje	TAK/NIE
1.3	Oprogramowanie narzędziowe, licencje, wersje instalacyjne na nośnikach i dokumentacje:	X
1.3.1	Narzędzia do pobierania, transformacji i ładowania danych (ETL)	
1.3.2	Narzędzia do budowy raportów i analiz	
1.3.3	Narzędzia wspomagające:	X
1.3.3.1	Narzędzia do utrzymywania modelu danych	
1.3.3.2	Narzędzia do zarządzania meta danymi	
1.3.4	Narzędzia administracyjne, w szczególności:	X
1.3.4.1	Narzędzia do zarządzania raportami	
1.3.4.2	Narzędzia do zarządzania uprawnieniami użytkowników (w tym do raportów)	
1.3.4.3	Narzędzia do harmonogramowania	

1.3.4.4	Narzędzia do monitoringu pracy systemu	
1.3.4.5	Narzędzia do zabezpieczenia danych przed ich utratą	
2	Wymagania dodatkowe na dostawę i instalację Systemu	X

Jeżeli chodzi o wymaganie dla referencji nr 1:

- co najmniej 1 usługę obejmującą skuteczne wdrożenie systemu informatycznego, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia, w którego zakres weszło:
 - wykonanie analizy biznesowej i systemowej dedykowanego systemu informatycznego
 - implementacja dedykowanego systemu informatycznego w tym: wytworzenie systemu

bądź modyfikacja rozwiązania standardowego, opracowanie narzędzi do migracji danych i wykonanie fizycznej migracji danych do systemu informatycznego,

- przeprowadzenie testów odbiorowych
- opracowanie dokumentacji powykonawczej

zaś system, którego wdrożenie było przedmiotem zamówienia charakteryzował się następującymi cechami:

- aplikacji, a dostęp użytkowników do systemu odbywał się za pośrednictwem przeglądarki internetowej,
- był oparty o silnik procesów i platformę klasy WorkFlow,
- posiadał następujące funkcjonalności biznesowe:
 - wprowadzanie danych za pośrednictwem formularzy webowych
 - obsługę dedykowanych rejestrów
 - raportowanie.

Spełnienie warunku nie wynika również z referencji nr 2 – (co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 300.000 zł brutto, której przedmiotem było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie dedykowanej aplikacji informatycznej służącej do zbierania danych, w oparciu o dedykowane formularze elektroniczne z walidacją danych, które mogą być wykorzystywane na potrzeby innych dokumentów wytwarzanych w toku obsługi procesów biznesowych), bowiem wdrożony system ARIADNA służy do przetwarzania danych w ramach hurtowni (ładowanych wsadowo) zbieranych przez inne systemy informatyczne pracujące w Służbie Celnej.

Odnosnie zarzutu nr 4, tj.: naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, przez błędną interpretację przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ograniczenie

możliwości weryfikowania poprawności oferty wykonawcy przez odmowę udostępnienia odwołującemu zastrzeżonego elementu oferty wykonawców Espeo Software tj.: „Formularza cenowego”.

Odwołujący w tym samym dniu, w którym drogą mailową został poinformowany o wynikach dokonanej przez zamawiającego oceny ofert złożonych w postępowaniu, tj. 6 października 2011 r. zwrócił się do zamawiającego o wgląd do ofert, który to wgląd uzyskał 7 października 2011 r.

W dniu wglądu do ofert, odwołujący został poinformowany, że wykonawcy Espeo Software zastrzegli w swojej ofercie część dokumentów, jako TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA i w związku z tym wgląd może uzyskać tylko do części jawnej dokumentacji ofertowej.

Jako jeden z niejawnych elementów oferty, do którego odwołujący nie uzyskał wglądu jest „Formularz cenowy”, który powinien być sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 11 do specyfikacji.

11 października 2011 r. odwołujący zwrócił się z pismem do zamawiającego o odtajnienie i możliwość wglądu do „Formularza cenowego”, na co 14 października 2011 r. uzyskał odmowną odpowiedź od zamawiającego.

W opinii odwołującego dokument ten nie spełnia przesłanek objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. To na nim ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Decyzję zamawiającego dotyczącą nie odtajniania dokumentów złożonych w ofercie wykonawców Espeo Software należy uznać za nadinterpretację, mającą na celu utajnienie informacji, którym nie należy się taki przymiot.

Odnosząc się do samej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący przywołuje wyrok SN z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, aby wykazać, że utajnione informacje w swej istocie nie mają takiego przymiotu. Określona informacja może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1) ma charakter:

a) techniczny – odnoszący się do celowego, racjonalnego oraz opartego na teorii sposobu wykonywania oraz w jakiejś dziedzinie,

- b) technologiczny – dotyczący najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania (zgodnie z wyrokiem SN z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59),
- c) handlowy – dotyczy komercyjnej strony działalności przedsiębiorstwa, czyli całokształtu doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym,
- d) organizacyjny – odnoszący się do zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa, jego wewnętrznej struktury, organizacji działania;

2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej;

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Element oferty, jakim jest „Formularz cenowy” nie spełnia łącznie ww. przesłanek. Wykonawca nawet jeśli w „Formularzu cenowym” zawarł informacje dotyczące kalkulacji jego rozwiązań autorskich to nie powinien utajniać całego Formularza, a jedynie zastrzec jako Tajemnica Przedsiębiorstwa tylko te elementy, które rzeczywiście stanowią taką Tajemnicę.

Zamawiający winien ujawnić zastrzeżone części oferty – „Formularz cenowy” uznając dokonane zastrzeżenie za nieskuteczne i naruszające zaufanie do gospodarowania środkami publicznymi.

Odniesienie zarzutu nr 5, tj. naruszenia przepisu art. 89 Pzp w związku z przepisem art. 90 Pzp, przez ocenę ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty bez zbadania czy najkorzystniejsza oferta (a także pozostałe oferty) nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia:

Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wyraźnie wskazuje, że chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z VAT.

Wartość przedmiotu zamówienia, a także kwota, jaką zamierza zamawiający przeznaczyć na realizację zamówienia (4.321.200,00 zł) jest kwotą znacznie przewyższającą cenę najdroższej oferty (2.410.800,00 zł). Stanowi ona w przedmiotowym postępowaniu kwotę niemalże dwukrotnie niższą od szacowanej wartości. Już sama relacja cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu do ww. kwot powinna wzbudzić u zamawiającego wątpliwość, czy aby nie zachodzi tu przesłanka do badania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący uzasadnia, że w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej (a w tym przypadku również pozostałych ofert) odbiega znacznie od szacowanej z należytą starannością przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, zamawiający zobowiązany był do weryfikacji zasadności wskazanej w ofercie ceny w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp który wymaga wyjaśnień wykonawcy i wymaga oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego, pod kątem obiektywnych czynników umożliwiających zaproponowanie ocenianej ceny, w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

17.10.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

19.10.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

21.10.2011 r. wykonawca Espeo Software złożył (1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu pismo o przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

1) (dowód nr 1) specyfikacja istotnych warunków zamówienia systemu Ariadna na dowód, że przedmiotem wykonania tego zamówienia nie była dostawa systemu klasy Word Flow opartego o silnik procesów i platformę klasy Word Flow, ale wykonanie hurtowni danych;

dowodów złożonych przez przystępującego wykonawców Espeo Software:

2) (dowód nr 2) dokumenty przedstawione z zastrzeżeniem zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa: ofertę dla przystępującego wykonawców Espeo Software od dostawcy bazy danych wraz z kosztem wsparcia technicznego w celu wykazania, że przystępujący mógł zaproponować zaoferowaną cenę

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców Espeo Software, gdyż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bo wykonawcy Espeo Software zamierzają dokonać sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy Espeo Software składając ofertę dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż zaistniała przesłanka określona w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąca, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący stwierdził, że wykonawcy Espeo Software celowo zaniżyli koszt sprawowania serwisu gwarancyjnego oprogramowania, stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert (waga 10%), aby uzyskać w tym kryterium maksimum punktów.

Skład orzekający Izby stwierdza, że od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«*. Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejs z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu*

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy», odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko ogólne naruszenie zasady art. 7 ust. 1 i 3 Pzp bez wskazania innego konkretnego przepisu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że wykonawcy Espeo Software składając ofertę dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż zaistniała przesłanka określona w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąca, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący stwierdził, że wykonawcy Espeo Software celowo zaniżyli koszt sprawowania serwisu gwarancyjnego oprogramowania, stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert (waga 10%), aby uzyskać w tym kryterium maksimum punktów. Jednak odwołujący nie wykazał po pierwsze, że wykonawcy Espeo Software zaniżył w ofercie kosztu sprawowania serwisu gwarancyjnego oprogramowania, a po drugie odwołujący nie wykazał, że ewentualne zarzucane zniżenie kosztu sprawowania serwisu gwarancyjnego oprogramowania wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji określone w przywołanym art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto odwołujący na podstawie swoich obliczeń i założeń kosztów próbował wykazać, że wykonawcy Espeo Software nie zawarli w ofercie kosztów dojazdu i utrzymania samej bazy danych oraz wsparcia technicznego, a wykonawcy Espeo Software wykazali inne kwoty niż zakładane przez odwołującego. Wykonawcy Espeo Software wykazali to w dowodzie nr 2, który został złożony z zastrzeżeniem tajności.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców Espeo Software, gdyż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bo wykonawcy Espeo Software zamierzają świadczyć usługę serwisu gwarancyjnego oprogramowania poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty drugi i trzeci naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców Espeo

Software, pomimo że złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz naruszenia art. 24 ust 4 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców Espeo Software, pomimo że nie wykazali oni spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia – nie zasługują na uwzględnienie.

Wykonawcy Espeo Software na potwierdzenie warunku zawartego w rozdz. 5 pkt 2 lit. b specyfikacji wykazali realizację projektu ARIADNA. Odwołujący wskazał, że projekt ARIADNA polegał na dostawie hurtowni danych i na tego dowód przedstawił specyfikację z postępowania na »Budowę potencjału analitycznego administracji celnej« z postępowania przeprowadzonego przez Fundację „Fundusz Współpracy” Jednostka Finansująco-Kontraktująca z siedzibą w Warszawie. Jednak odwołujący nie wykazał, że mimo spełnienia wymagań zaoferowany przedmiot nie może spełniać także innych funkcji, na które wskazał w ofercie przystępujący i przyjął zamawiający.

Zamawiający, biorąc pod uwagę wykazy załączone do oferty na str. 36 i 44 oraz potwierdzenia należytego wykonania tam opisanych przedmiotów, uznał że wykonawcy Espeo Software spełnili postawiony warunek, a odwołujący nie wykazał, że wykonawcy Espeo Software nie spełnili przedmiotowego warunku.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może uznać zarzutów drugiego i trzeciego za zasadne i dowiedzione przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp przez błędną interpretację przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ograniczenie możliwości weryfikowania poprawności oferty wykonawcy przez odmowę udostępnienia odwołującemu zastrzeżonego elementu oferty wykonawców Espeo Software tj.: „Formularza cenowego” – nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak to zostało wskazane również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 1 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 6/10, cyt.: »elementy ceny i sposób jej budowania stanowią, zdaniem Izby, informacje, które odczytywane łącznie tj. jako kalkulacja elementów kosztowych wchodzących w skład oferowanego systemu spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa«. Ponadto nie można uznać argumentu odwołującego, że jakiś element oferty będzie musiał zostać po zawarciu umowy ujawniony i dlatego nie może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wziął pod uwagę, że przed zawarciem umowy może nastąpić np. unieważnienie postępowania czy wybrany wykonawca może odstąpić od zawarcia umowy i wtedy mogą nie zostać ujawnione kwestionowane elementy.

Także skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że przepis art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 Pzp nie zakazuje zastrzegania informacji dotyczących konstruowania ceny, a

jedynie zakazuje zastrzegania informacji dotyczących samej ceny czy innych istotnych elementów oferty takich jak termin wykonania zamówienia czy okres gwarancji.

Wobec braku zaistnienia przesłanek do ujawnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa elementów oferty działania zamawiającego były prawidłowe i dlatego zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp przez błędną interpretację przepisów art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez odmowę udostępnienia odwołującemu zastrzeżonego elementu oferty wykonawców Espeo Software – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty naruszenia art. 89 Pzp w związku z art. 90 Pzp, przez ocenę ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty bez zbadania czy najkorzystniejsza oferta (a także pozostałe oferty) nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający stwierdził, że dokonuje wyliczenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę maksymalne ceny jakie mogą zaistnieć na rynku w trakcie składania ofert. Dzięki takiej strategii przeznaczana na sfinansowanie przedmiotu zamówienia odpowiednio, a nawet większe środki i nie musi unieważniać postępowań ze względu na wystąpienie przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp – wystąpienie sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (zwiększenie kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest u zamawiającego bardzo długotrwałym procesem i w praktyce niemożliwym do przeprowadzenia).

Stąd dosyć znaczne odbieganie cen ofertowych od obliczonej wcześniej wartości szacunkowej nie wzbudziło żadnych reakcji u zamawiającego, a wprost przeciwnie – wystąpienie takiej rozbieżności było spodziewane. Zamawiający porównał grupę najtańszych ofert, wśród których ceny odbiegały o około 20% od siebie (1.310.811 zł; 1474156 zł; 1.641.620 zł) i poziom tych kwot nie wzbudził u zamawiającego podejrzeń, że została złożona oferta zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołujący błędnie wskazuje, że cyt. »jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z VAT«. Czynniki wskazujących na to, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wiele, a wśród nich poczesne miejsce muszą zajmować wskazanie rynku, które – jak w rozpoznawanym przypadku – wskazały, że ceny zaoferowane w postępowaniu, nawet znacznie niższe od oficjalnych przewidywań zamawiającego, nie są rażąco niskie.

To sam zamawiający ostatecznie decyduje czy zaoferowana cena jest rażąco niska biorąc pod uwagę cały wachlarz czynników i to zamawiający ponosi ryzyko i odpowiedzialność za przyszłe wykonanie zamówienia. Jednak zamawiający musi podjąć

każdą decyzję w oparciu o racjonalne przesłanki, a odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które wskazywałyby, że wykonawcy zaoferowali rażąco niskie ceny i należy z tego powodu odrzucić lub szczególnie zbadać którąś z ofert.

Jednocześnie skład orzekający Izby uznał fakt wskazania na str. 67 w oferty wykonawców Espeo Software kwoty za stawkę godzinową pracy konsultanta za nie mający wpływu na cenę oferty oraz nie mający wpływu na całą ofertę i przyszłe wykonanie zamówienia, zwłaszcza że zamawiający zadeklarował, że nie przewiduje możliwości wystąpienia sytuacji udzielenia zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5-7 Pzp.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut art. 89 Pzp w związku z art. 90 Pzp, przez zaniechanie zbadania czy najkorzystniejsza oferta nie zawierają rażąco niskiej ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....