

WYROK
z dnia 17 grudnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **European Dynamics Luxembourg S.A., European Dynamics S.A. z siedzibą w Ettelbruck w Luksemburgu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Skarb Państwa, który reprezentuje Minister Finansów, w imieniu którego działa Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **European Dynamics Luxembourg S.A., European Dynamics S.A. z siedzibą w Ettelbruck w Luksemburgu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **European Dynamics Luxembourg S.A., European Dynamics S.A. z siedzibą w Ettelbruck w Luksemburgu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **European Dynamics Luxembourg S.A., European Dynamics S.A. z siedzibą w Ettelbruck w Luksemburgu** na rzecz **Zamawiającego Skarbu Państwa, który reprezentuje Minister Finansów, w imieniu którego działa Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu z siedzibą**

w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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:

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 2 grudnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: EUROPEAN DYNAMICS LUXEMBOURG S.A. z siedzibą w Luksemburgu (Lider) oraz EUROPEAN DYNAMICS S.A. z siedzibą w Grecji (Partner).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla modernizacji systemu EMCS PL do wersji EMCS PL 2 realizowanego w ramach Projektu „Program e-Cło”* prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa, który reprezentowany jest przez Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miała miejsce w dniu 21 września 2013 roku pod nr 2013/S 184-317889.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu polegających na:

- niezgodnym z obowiązującymi przepisami badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu a w konsekwencji uznaniu, iż oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu;
- zaniechaniu wskazania podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego;
- niezgodnym z obowiązującymi przepisami badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu, a w konsekwencji uznaniu, iż oferta złożona przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (zwany dalej Pentacomp S.A.) nie podlega odrzuceniu;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Pentacomp S.A.;
- zaniechaniu odtajnienia części ofert wykonawców Pentacomp S.A. i SKR S.A. mimo, iż zastrzeżone przez tych wykonawców informację nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
- uniemożliwienie Odwołującemu zapoznania się z pełną treścią ofert wykonawców oraz zweryfikowania zgodności treści ofert wykonawców Pentacomp S.A. i SKG S.A. z treścią SIWZ.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1; art. 8 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 89 ust. 1 pkt 2,4 i 6; art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 90 ust. 2 i 3 art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert;
- nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert;
- nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w ofertach wykonawców Pentacomp S.A. i SKG S.A.;
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Pentacomp S.A.

W uzasadnieniu wskazano, że w terminie wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ oferty złożyło 5 wykonawców, w tym Odwołujący. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu a Zamawiający bezzasadnie dokonał jej odrzucenia oraz wyboru oferty wykonawcy Pentacomp S.A. jako najkorzystniejszej. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przesłał w dniu 22 listopada 2013 r.

W dniu 26 listopada 2013 roku przedstawiciele Odwołującego zapoznali się w siedzibie Zamawiającego z treścią ofert złożonych przez wykonawców Pentacomp S.A. i SKG S.A. Zamawiający nie udostępnił jednak całości ofert tych wykonawców oraz pomimo pisemnego wniosku Odwołującego o:

- odtajnienie części oferty Pentacomp tj. wykaz osób, Wycena licencji oprogramowania standardowego zastosowanych w rozwiązaniu technicznym oferowanym przez Wykonawcę;
- Tabela nr 1 oraz wyjaśnień dotyczących treści tej tabeli;
- odtajnienie części oferty SKG S.A. tj. wykaz usług oraz Wycena licencji oprogramowania standardowego zastosowanych w rozwiązaniu technicznym oferowanym przez Wykonawcę;
- Tabela nr 1

Zamawiający ostatecznie pisemnie z dnia 29 listopada 2013 odmówił udostępnienia ofert w zakresie wskazanym we wniosku.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezzasadnie i wbrew obowiązującym przepisom odrzucił ofertę Odwołującego. Ponadto, po zapoznaniu się z treścią ofert złożonych w postępowaniu, w zakresie udostępnionym przez Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, iż wykonawca Pentacomp S.A. podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania zaś jego oferta winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Zarzut bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2

Zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wykonawcy Zamawiający winien podać uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności.

W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający zaniechał wskazania podstawy faktycznej odrzucenia, jako podstawę prawną powołując art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp tj. rzekomy błąd

w obliczeniu ceny oferty Odwołującego oraz rzekome negocjacje z Zamawiającym co do treści złożonej przez Odwołującego oferty. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na czym w istocie błąd w obliczeniu ceny Odwołującego polegał.

Odwołujący z całą stanowczością stwierdził, iż cena złożonej przez niego oferty została obliczona prawidłowo i nie prowadził on z Zamawiającym żadnych negocjacji co do treści złożonej oferty.

Odwołujący jest podmiotem, który nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług w Polsce. Stąd zaoferowane przez niego ceny za poszczególne elementy zamówienia wyodrębnione w formularzu ofertowym są cenami netto. Do cen tych, dla porównania ofert, Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 3a ustawy Pzp powinien doliczyć podatek Vat.

Wyjątek stanowi pkt 4 załącznika B do SIWZ Formularz cenowy pn: Świadczenie usług rozwoju systemu przez okres 48 miesięcy od dnia dokonania odbioru przez Zamawiającego etapu II bez zastrzeżeń. Jednostką miary tych czynności jest osobodzień. Minimalną stawkę za osobodzień Zamawiający wskazał w SIWZ. Była to kwota 1300 brutto/osobodzień. Zaoferowanie stawki niższej stanowiłoby niezgodność oferty z treścią SIWZ. Tę właśnie stawkę przyjął do wyceny Odwołujący. Stawka podana w SIWZ była stawką brutto i cenę brutto zaoferował też Odwołujący. Potwierdził ten fakt również w piśmie skierowanym do Zamawiającego w dniu 6 listopada 2013 r. Powyższe pismo miało na celu wyjaśnienie ceny, która została wskazana w formularzu ofertowym, nie stanowiło, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, negocjacji co do treści złożonej oferty. Zaoferowanie dla tych czynności ceny brutto nie stanowi omyłki, nie wymaga również od Zamawiającego wprowadzania do treści oferty Odwołującego żadnych korekt ani uzupełnień. Mając na uwadze powyższe niezrozumiałe i nieuzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego

Przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2011.177.1054 j.t. z póź. zm.) określają przypadki, w których podmiot mający siedzibę w innym państwie członkowskim UE, nie rozlicza w Polsce podatku należnego VAT z tytułu usług świadczonych na rzecz polskiego podatnika oraz przypadki, w których podmiot ten jest zobowiązany do zarejestrowania się w Polsce jako podatnik VAT i rozliczenia podatku należnego VAT w Polsce. Jednocześnie, przepisy nie pozostawiają w tym zakresie podatnikowi swobody wyboru sposobu rozliczenia.

Definicja podatnika VAT zawarta jest w art. 15 ust. 1 ustawy o VAT, zgodnie z którym podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2,

bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Obowiązek rejestracji dla celów VAT wynika z art. 96 ust. 1 ustawy o VAT, który stanowi, że podmioty, o których mowa w art. 15, są obowiązane przed dniem wykonania pierwszej czynności określonej w art. 5 złożyć naczelnikowi urzędu skarbowego zgłoszenie rejestracyjne, z zastrzeżeniem ust. 3. Z powyższych przepisów wynika, że podmioty świadczące usługi na terenie Polski, są podatnikami VAT, podlegają w związku z tym obowiązkowej rejestracji na VAT w Polsce i są zobowiązane rozliczać podatek należny VAT z tytułu świadczonych usług.

Wyjątek od tej zasady przewidziany jest w art. 17 ust. 2 ustawy o VAT, zgodnie z którym w przypadkach wymienionych w ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 8, usługodawca lub dokonujący dostawy towarów nie rozlicza podatku należnego. Z kolei pkt 4 powołanego przepisu stanowi, że podatnikami są również osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne nabywające usługi, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

a) usługodawcą jest podatnik nieposiadający siedziby działalności gospodarczej oraz stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju, a w przypadku usług, do których stosuje się art. 28e, podatnik ten nie jest zarejestrowany zgodnie z art. 96 ust. 4,

b) usługobiorcą jest:

- w przypadku usług, do których stosuje się art. 28b - podatnik, o którym mowa w art. 15, lub osoba prawna niebędąca podatnikiem, o którym mowa w art. 15, zarejestrowana lub obowiązana do zarejestrowania zgodnie z art. 97 ust. 4,

- w pozostałych przypadkach - podatnik, o którym mowa w art. 15, posiadający siedzibę działalności gospodarczej lub stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju lub osoba prawna niebędąca podatnikiem, o którym mowa w art. 15, posiadająca siedzibę na terytorium kraju i zarejestrowana lub obowiązana do zarejestrowania zgodnie z art. 97 ust. 4.

Z powyższych przepisu wynika, że podatek VAT rozlicza będący podatnikiem nabywca usługi, jeżeli zagraniczny usługodawca nie posiadał stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Polski. W przypadku bowiem, gdy podmiot zagraniczny posiada w Polsce stałe miejsce prowadzenia działalności, które uczestniczy w świadczeniu usługi na rzecz polskiego podatnika, podmiot zagraniczny jest zobowiązany do rejestracji na VAT w Polsce oraz rozliczenia podatku należnego od świadczonych usług. Innymi słowy, fakt posiadania w Polsce stałego miejsca prowadzenia działalności przez zagranicznego usługodawcę, determinuje sposób rozliczenia podatku VAT. Z przepisów jasno wynika, że w przypadku, gdy podmiot nieposiadający w Polsce siedziby, świadczy na rzecz polskiego podmiotu usługę za pośrednictwem stałego miejsca prowadzenia działalności znajdującego się w Polsce, staje się on podatnikiem polskiego podatku VAT

i obligatoryjne rozlicza VAT należny z tytułu usług świadczonych za pośrednictwem stałego miejsca prowadzenia działalności. Przepisy nie przewidują w tym zakresie możliwości wyboru sposobu rozliczenia, lecz nakładają obowiązek rozliczenia podatku VAT przez zagranicznego podatnika. Odwołujący przewiduje w ciągu kilku najbliższych miesięcy otworzyć w Polsce Oddział i świadczyć za jego pośrednictwem usługi na terenie Polski.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że w zakresie świadczenia usług wskazanych w pkt. 4 Formularza Cenowego Odwołujący stanie się podatnikiem polskiego podatku VAT, zobowiązanym do rozliczenia podatku VAT w Polsce. Obowiązek taki powstanie w związku z tym, że usługi te będą świadczone za pośrednictwem stałego miejsca prowadzenia działalności w Polsce, co wynika ze specyfiki tych usług, których charakter doprowadzi do wykreowania w Polsce stałego miejsca prowadzenia działalności. W rezultacie cena usługi wsparcia, jako podlegającej w Polsce obligatoryjnie opodatkowaniu VAT, powinna uwzględniać należny podatek VAT.

Zarzut bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawą faktyczną decyzji Zamawiającego, choć opisaną w dość zawoalowany sposób, jest oparcie rozwiązania technicznego systemu EMCS PL 2 przez Odwołującego na oprogramowaniu innym niż Oracle czyli MySQL oraz Galera klaster dla MYSQL.

Powyższy sposób oceny ofert przez Zamawiającego w rażący sposób narusza uczciwą konkurencję. Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, powołując się na posiadane przez siebie licencje bazy danych firmy Oracle wymagał by wykonawca licencje te wykorzystał w środowisku produkcyjnym nowego systemu oraz na czas instalacji środowiska produkcyjnego systemu EMCS PL 2 na infrastrukturze CPD Wykonawca dostarczył licencje tymczasowe oferujące te same funkcje jak licencje docelowe.

Wymaganie by nowy system EMCS PL 2 był oparty na oprogramowaniu Oracle tylko dlatego, że Zamawiający posiada licencje na to oprogramowanie, bez uzasadnienia specyfiką zamówienia (której brak) oraz bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych stanowi rażące naruszenie obowiązujących przepisów prawa. Zarzut Zamawiającego dotyczy z resztą nie użycia przez Odwołującego oprogramowania konkretnego producenta tj. Oracle, nie zaś braku zgodności zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania z treścią SIWZ a tym samym nie osiągnięcia przez oferowany przez Odwołującego system celu, dla którego prowadzone jest przedmiotowe postępowanie.

Odwołujący znając zasady Dyrektyw dotyczących udzielania zamówień, w szczególności w zakresie rozwiązań równoważnych, znając funkcjonowanie EMCS w innych państwach europejskich, spełnił wszystkie wymagania dla interoperacyjności EMCS PL 2, w dodatku opierając oferowany system na bezpłatnym oprogramowaniu. Zamawiający nie poniesie więc żadnych dodatkowych kosztów związanych z niewykorzystaniem posiadanych licencji Oracle zaś oferowany system będzie w pełni zgodny z wymaganiami Dyrektyw, które również zakładają konkurencyjność i nie narzucają oprogramowania żadnego z producentów, tym bardziej Oracle.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 6 z dnia 24 października 2013 r. Zamawiający stwierdził wprost, iż nie żąda od Wykonawców oprogramowania Oracle tymczasem zastosowanie przez Odwołującego innego oprogramowania spowodowało odrzucenie jego oferty.

Czynność odrzucenia oferty odwołującego została zatem dokonana z rażącym naruszeniem prawa.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Wykonawcy Pentacomp S.A. oraz SKG S.A. zastrzegli części informacji w złożonych ofertach jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Były to m.in. w ofercie Pentacomp S.A. wykaz osób, Wycena licencji oprogramowania standardowego zastosowanych w rozwiązaniu technicznym oferowanym przez Wykonawcę - Tabela nr 1 oraz w ofercie SKG S.A. wykaz usług, Wycena licencji oprogramowania standardowego zastosowanych w rozwiązaniu technicznym oferowanym przez Wykonawcę - Tabela nr 1.

W celu ustalenia, czy oferty złożone m.in. przez Odwołującego, Pentacomp oraz SKG zawierały rażąco niską cenę, Zamawiający pismem datowanym na 15 listopada 2013 r. zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia dotyczące tych elementów ofert, które mają wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1-3 Pzp). W odpowiedzi Pentacomp złożył pismo (omyłkowo) datowane na 19 października 2013 r., a SKG pismo datowane na 19 listopada 2013 r. Zasadnicza część wyjaśnień Pentacomp została utajniona ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (w przypadku wyjaśnień dostępne są tylko str. 1 i 2). W konsekwencji pozostali uczestnicy postępowania - w tym Odwołujący, nie mogą w pełni odnieść się do tych wyjaśnień, w szczególności nie są oni w stanie nawet stwierdzić, jaki był zakres i treść.

Podobna sytuacja dotyczy oferty i wyjaśnień SKG, przy czym w przypadku tego wykonawcy jawny pozostał opis sprzyjających warunków wykonywania zamówienia (str. 2 - 5). Z pism tych wynika jednak jasno, że - w przeciwieństwie do Odwołującego - zarówno Pentacomp (str. 2, akapit 1 wyjaśnień) jak i SKG (str. 2 wyjaśnień) uwzględnili w swoich ofertach pakiet licencji ORACLE.

Zamawiający odmówił odtajnienia wymienionych informacji w ofertach Pentacomp S.A. i SKG S A.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie i z naruszeniem art. 8 ust. 3 Pzp zaniechał odtajnienia oferty oraz wyjaśnień Pentacomp oraz SKG w zakresie dotyczącym elementów mających wpływ na wysokość ceny, w tym przyjętych wartości licencji ORACLE. Zamawiający naruszył w ten sposób zasadę jawności postępowania (art. 8 ust. 1 Pzp), kwestię tę wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza wskazując trafnie, iż „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. a wykonawcy winni wykazać, że zastrzeżli poufność określonych danych w sposób uprawniony. Tym samym, zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia w odniesieniu do konkretnych informacji tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności jest bezpodstawne zamawiający ma obowiązek odtajnić dokumenty i udostępnić jako informacje jawne” (wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r., sygn.: KIO/UZP 1400/10; KIO/UZP 1401/10). Wskazuje się też słusznie, iż „jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji. Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia

skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne” (wyrok KIO z dnia 26 lutego 2013 r., sygn.: KIO 297/13, 300/13).

W realiach tej sprawy nie sposób przyjąć, by wskazana wyżej ustawowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa obejmowała także kosztorys czy ceny jednostkowe, wchodzące w skład ceny oferty. W konsekwencji nie sposób przyjąć, że wartość licencji ORACLE ujęta w ofertach złożonych przez Pentacomp oraz SKG na potrzeby tego postępowania stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Poza tym, wykonawcy ci nie wyjaśnili nawet, jakie działania podjęli, aby zachować tę informację w poufności i na czym te działania polegały. Jak się zdaje, nie bez przyczyny Pentacomp oraz SKG zastrzegli te akurat elementy swoich ofert i wyjaśnień, gdyż mogli wówczas „ukryć” fakt zaoferowania nierynkowych, zaniżonych ceny licencji ORACLE, co mogło stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, 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. W takiej sytuacji „powstaje domniemanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a obalenie tego domniemania jest czynnością leżącą po stronie wykonawcy, którego obciąża w tym zakresie przedstawienie wyjaśnień popartych dowodami ” (wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2011 r., sygn.: KIO 2624/11). Dlatego przyjmuje się, iż wyjaśnienia wykonawcy „powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy marżę wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn.: KIO 716/13), przy czym „oceny wyjaśnień należy dokonać wyłącznie w oparciu o ich treść, a nie w oparciu o dokumentację postępowania (wszystkie dokumenty pochodzące od odwołującego). Podstawą oceny w tym trybie są bowiem wyłącznie wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę wezwanego do ich złożenia” (wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn.: KIO 748/13). Ocena ta powinna być wszechstronna, „nie ograniczona jedynie do wyjaśnień, lecz bazująca także na innych możliwych do ustalenia okolicznościach, np. poziomie aktualnych cen rynkowych podobnych zamówień, czy średnich cen ofert w danym postępowaniu” (wyrok KIO z dnia 5 lipca 2011 r., sygn.: KIO 1317/11). Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodowymi potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt tej sprawy należy stwierdzić, iż Zamawiający ocenił wyjaśnienia złożone przez Pentacomp oraz SKG (art. 90 ust. 2 i 3 Pzp), w zakresie w jakim dotyczyły one elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, bezkrytycznie

i z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. W szczególności Zamawiający zaniechał zbadania rzeczywistej, rynkowej wartości rozwiązań technicznych wskazanych w ofercie Pentacomp, tj. ceny licencji ORACLE i udziału tej wartości w cenie oferty. Tymczasem, rzeczywista, rynkowa i dostępna dla innych przedsiębiorców wartość licencji ORACLE (zawierająca już upust udzielony dla tego projektu) jest znaczna i w przypadku przedmiotowego zamówienia, z całą pewnością przekroczyłaby kwotę 2.000.000 zł. Kwota ta odpowiada niemal połowie ceny oferty Pentacomp i SKG (jak wskazano, Pentacomp złożył ofertę na kwotę 4.609.619,34 zł z VAT a SKG na kwotę 4.982.188,80 zł z VAT).

W konsekwencji, Zamawiający nie dostrzegł, że ceny ofert zarówno Pentacomp jak i SKG, pomniejszone o rzeczywistą, rynkową i dostępną dla innych przedsiębiorców wartość licencji ORACLE (zawierającą upust udzielony dla tego projektu), byłyby rażąco zaniżone a tym samym wykonawcy ci nie udowodnili, iż złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, ceny zaoferowane przez Pentacomp oraz SKG, przy uwzględnieniu kosztów licencji ORACLE, nie pozwoliłyby na prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp

a) Zarzut pominięcia faktu, iż oferty Pentacomp oraz SKG zawierały rażąco niską cenę i zaniechania odrzucenia tych ofert

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco zaniżoną cenę. Ustawa Pzp nie precyzuje znaczenia pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak zgodnie z wykładnią językową należy przez to rozumieć cenę niewiarygodną, nierealną, niemożliwą do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniającą mu zysku, zaoferowaną poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowaną w celu eliminacji konkurencji (zob. m.in. wyrok KIO z 19 marca 2012 r., sygn.: KIO 481/12 oraz wyrok KIO z dnia 13 marca 2012 r., sygn.: KIO 406/12). Zdaniem doktryny, „obowiązek odrzucenia takiej oferty jest spowodowany z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś - brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję” (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, publ. LEX: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych). Należy w tym miejscu odnotować prezentowany niekiedy pogląd, że cena rażąco niska to cena za całość zaoferowanego świadczenia, a nie za poszczególne jego elementy. Nie budzi wątpliwości, iż Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera cenę rażąco niską, zobowiązany jest wziąć pod uwagę czynniki obiektywne, a w szczególności wybrane rozwiązania techniczne (art. 90 ust. 2 Pzp) - w realiach tej sprawy jest to rozwiązanie zakładające wykorzystanie bardzo drogich licencji ORACLE Podkreśla się przy tym, że zaniżenie ceny określonego elementu kosztorysowego jako argument za twierdzeniem

o rażąco niskiej cenie nie powinien być a limine negowany” (wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn.: KIO 654/13). Nie może bowiem budzić wątpliwości, że „wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen” (wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., sygn.: KIO 2135/11).

Odwołujący zwraca uwagę, że skalkulowana przez niego oferta na poziomie 3.791.488 zł bez VAT, jest ceną realną i rynkową i choć nie przewidywała zastosowania drogich licencji ORACLE, zakładała jedynie minimalny zysk, uzasadniający gospodarczą opłacalność całego przedsięwzięcia. Ponadto uwzględniała fakt, iż Odwołujący dysponuje gotową matrycą systemu EMCS, który to system realizował dla Cypru, Malty i Danii. Z kolei ceny zaoferowane przez Pentacomp (4.609.619,34 zł z VAT) oraz SKG (4.982.188,80 zł z VAT), uwzględniające już ceny licencji ORACLE, uznać należy za rażąco zaniżone. W konsekwencji, Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zaniechał odrzucenia tych ofert.

b) Zarzut pominięcia, iż uwzględnienie w ofertach Pentacomp oraz SKG zaniżonej wartości licencji ORACLE stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i zaniechania odrzucenia tych ofert

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Również w orzecznictwie wskazuje się, iż „niedokonywanie kalkulacji podanych cen pod kątem ich realności, czyli możliwości za podane ceny wykonania zamówienia, tylko pod kątem wygrania przetargu, potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców” (wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r., sygn.: KIO 267/13).

Zdaniem Odwołującego, nie można wykluczyć iż Pentacomp oraz SKG zaoferowali zaniżone, nierynkowe ceny za licencje ORACLE, w celu wyeliminowania innych przedsiębiorców z przetargu.

Z uwagi na bezpodstawne utajnienie przez Zamawiającego istotnej części ofert Pentacomp oraz SKG, Odwołujący nie może w pełni odnieść się do ich treści oraz bronić swoich praw, naruszonych działaniami Zamawiającego. W każdym razie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zaniechał odrzucenia

ofert Pentacomp oraz SKG, w sytuacji gdy ich złożenie (ze względu na zaniżenie cen licencji ORACLE) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Z przyczyn opisanych powyżej, zdaniem Odwołującego, odwołanie należy uznać za zasadne.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka zaskarżenia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą zaś naruszenia przepisów przez Zamawiającego powodują, iż może on ponieść szkodę.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 2 grudnia 2013 r. czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 2 grudnia 2013 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu 6 grudnia 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca podnosił, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego. Oferta wykonawcy jest najkorzystniejsza, zgodna z SIWZ, on sam spełnia wymagania podmiotowe. W przypadku uwzględnienia odwołania wykonawca poniesie szkodę w postaci utraty wynagrodzenia za realizację zamówienia.

Zdaniem Przystępującego odwołanie winno zostać oddalone.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podniesiono, że Odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości w załączniku A i B formularza ofertowego wskazał, że wszystkie ceny nie zawierają podatku VAT w oparciu art. 196 Dyrektywy 2006/112/WE zmienionej Dyrektywą Rady 2008/8/WE. Zatem treść oferty jest jednoznaczna. Wskazywanie więc już po otwarciu ofert, że cena za usługę utrzymania jest ceną brutto to jedynie próba obniżenia zaoferowanej ceny, stanowiąca niedozwoloną na gruncie Pzp zmianę treści oferty, kiedy już można było zapoznać się z ofertami innych wykonawców. Ponadto, jak wynika z uzasadnienia odwołania, konsorcjum nie posiada na dzień złożenia oferty stałego miejsca prowadzenia działalności w Polsce. Podstawą do przyjęcia możliwości rozliczania VAT bezpośrednio naliczonego w Polsce jest według konsorcjum przewidywanie utworzenia w przyszłości oddziału w Polsce. Natomiast status wykonawcy jest oceniany na dzień składania ofert. W dniu złożenia oferty Odwołujący nie jest podatnikiem polskiego podatku VAT. Do przyjęcia stałego miejsca prowadzenia działalności konieczna jest stałość i odpowiednia struktura personalno – techniczna. Nawet fakt posiadania numeru identyfikacyjnego VAT sam w sobie nie jest wystarczającą przesłanką do uznania, że podatnik posiada stałe miejsce prowadzenia działalności (tak

orzeczenie ETS z dnia 28 czerwca 2007 roku w sprawie Planzer Luxembourg Sarl vs. Bundeszentralamt für Steuern C-73/2006 i wyrok ETS z dnia 2 maja 1996 roku w sprawie Faaborg-Gelting Linien A/S vs. Finanzamt Flensburg C-231/94 oraz wyrok ETS z dnia 7 maja 1998 roku w sprawie Lease Plan Luxembourg SA vs. Niemcy V-390/96).

W przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty Odwołującego, Przystępujący zauważył, że Zamawiający w OPZ w pkt 4.3.1.15.3. wymagał wykorzystania na środowisku produkcyjnym systemu EMCS PL2 posiadanych przez Zamawiającego licencji bazy danych Oracle Enterprise Edition wraz z opcją Partitioning używanych w środowisku EMCS PL. Na czas instalacji środowiska produkcyjnego systemu EMCS PL2 na infrastrukturze CPD wykonawca miał dostarczyć licencje tymczasowe oferujące takie same funkcje jak licencje docelowe. Wymaganie to nie oznaczało konieczności dostarczenia Zamawiającemu licencji Oracle ale dotyczyło jedynie wykorzystania w zaproponowanym rozwiązaniu posiadanych przez Zamawiającego licencji. Zamawiający na stronie 4 SIWZ określił, że wymagania z użyciem nazw własnych produktów lub marek producentów są wskazane jako wzorcowe i w tym zakresie dopuszczone są produkty równoważne z wyłączeniem produktów, które Zamawiający wskazał jako posiadane i użytkowane, jako że ich opis jest dokonywany w trybie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i postanowienia art. 29 ust. 3 ustawy nie mają zastosowania. Uczestnicy postępowania znali te wymagania wcześniej i jeżeli w ich ocenie naruszały one konkurencję, winni byli wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego nie spełnia wymagania z pkt 4. 3.1.15.3. OPZ, co oznacza, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zatem prawidłowo została odrzucona.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Przystępujący zaznaczył, że zastrzeżenie elementów oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było dokonane w sposób dowolny. Wykonawca złożył wyjaśnienia dlaczego zastrzeżonych informacji nie można ujawnić. Szczegółowy sposób kalkulacji wynagrodzenia, z którego wynika informacja na temat zaproponowanej architektury rozwiązania niewątpliwie spełnia przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, to wskazano, że Przystępujący złożył Zamawiającemu bardzo szczegółowe wyjaśnienia w piśmie z dnia 19 listopada 2013 roku, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zupełnie nieuzasadnione są dywagacje Odwołującego na temat wartości licencji Oracle.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Przystępującego odwołanie powinno zostać oddalone.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podniesiono, że Zamawiający przedstawiając informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego podał uzasadnienie prawne (przez wskazanie konkretnych przepisów) i faktyczne (przez wskazanie przyczyn odrzucenia). Zamawiający uznał, że Odwołujący przekazując w dniu 6 listopada 2013 roku, po otwarciu ofert, informację, że cena jednego osobodnia podana w formularzu ofertowym jest ceną brutto, pomimo że zapisy formularza jednoznacznie wskazują na cenę netto, stanowi prowadzenie negocjacji odnośnie złożonej oferty i prowadzi do zmiany jej treści, co na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Przyjęcie wyjaśnień Odwołującego i dokonanie poprawki oznaczałoby zmianę treści oferty, co pozostaje w sprzeczności z art. 82 ust. 1 ustawy i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący dopiero po otwarciu ofert i uzyskaniu informacji o kwotach zaproponowanych przez innych uczestników przekazał wyjaśnienia wskazujące na zaistnienie pomyłki w formularzu. To właśnie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że nigdy nie kwestionował okoliczności, że Odwołujący jest podmiotem, który nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług w Polsce. Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że miał on prawo przedstawić w formularzu ceny netto. Zamawiający, zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp do oceny oferty winien doliczyć podatek VAT. Zamawiający przekazując uczestnikom postępowania informację o wyborze, nie mógł szczegółowo przedstawić uzasadnienia faktycznego, z wagą utajnienie przez Odwołującego treści pisma z dnia 19 listopada 2013 roku. Uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazała jedynie na treść oferty, wyjaśnienia 19.11.2013 oraz fakt braku możliwości poprawy omyłki nie będącej oczywistą omyłką rachunkową i uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający zauważył, że w trakcie trwania postępowania żaden z wykonawców nie korzystał ze środków ochrony prawnej w przedmiocie dotyczącym treści SIWZ. Dodatkowo Odwołujący zadawał pytania, na które uzyskał odpowiedzi, w tym na pytanie nr 6 z dnia 24.10.2013r. co do wymagania 4.1.3.15.3 OPZ. Odnosząc się jednak do argumentacji Odwołującego do zastosowania w OPZ znaku towarowego, Zamawiający podkreślił, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 7 ust. 1 Porozumienia o dofinansowaniu programu e-Cło, Beneficjent jest zobowiązany do zapewnienia trwałości projektu w okresie 5 lat od zakończenia jego realizacji oraz osiągnięcia założonych celów i wskaźników. System EMCS PL, którego rozwój jest dokonywany w ramach przedmiotowego postępowania zawiera licencje oprogramowania Oracle Enterprise Edition wraz z opcją Partitioning, których nowa, wyższa wersja zostanie

wdrożona w ramach dofinansowania z roku 2010. Na chwilę obecną Zamawiający nie ma możliwości zrezygnowania z eksploataowania posiadanych licencji, ponieważ wiązałoby się to z poniesieniem kar finansowych.

Oferta Odwołującego nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż wskazał on, że nie będzie przy realizacji zamówienia wykorzystywał posiadanych licencji, a to oznacza niespełnienie wymagania 4.3.1.15.3 OPZ. W przywoływanej przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie Zamawiający nie poinformował, że nie wymaga oprogramowania Oracle o nazwie produktowej RAC stanowiącego dodatek do bazy danych Oracle. Jednocześnie Zamawiający podtrzymał swoje wymaganie z pkt 4.3.1.15.3. OPZ na zachowanie w systemie EMCS PL2 oprogramowania Oracle. Odwołujący nieprawidłowo odczytał treść odpowiedzi i to prawdopodobnie skłoniło go do wniesienia odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający podkreślił, że Pentacomp oraz SKG S.A. w treści złożonych ofert oraz przedstawionych wyjaśnieniach zawarli szczegółowe uzasadnienie dla utajnienia części ofert i wyjaśnień. Uzasadnienie utajnienia niewątpliwie zawierały szczegółowe wyjaśnienie odnośnie charakteru zastrzeżonych informacji. Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zauważył, że również sam Odwołujący także utajnił swoje wyjaśnienia dotyczące zastosowanych licencji.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, to wskazano, że brak jest interesu po stronie Odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących oferty SKG S.A. Hipotetycznie nawet, gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, to zaproponował on cenę niższą niż cena oferty SKG, tym samym nie ma interesu w żądaniu odrzucenia oferty SKG. Trudnym do obrony wydaje się stanowisko Odwołującego, w którym zarzuca on rażąco niską cenę wykonawcy, który złożył ofertę droższą od Odwołującego. Nawet oferta uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu jest jedynie o 53 910,90 zł niższa od ceny Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że wzywani w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy złożyli szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny i Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że zaproponowana cena jest rażąco niska.

Dlatego wnoszono o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy i złożone oświadczenia przez poszczególne Strony sporu uznano, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Ustalono, że w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, Zamawiający podał, że cena łączna oferty jest ceną ryczałtową, która musi obejmować wszelkie obciążenia związane z realizacją przedmiotu umowy oraz wynikające z przepisów prawa (...), także podatki, w tym podatek od towarów i usług VAT. Określono w jaki sposób ma być przedstawiona cena za usługę utrzymania systemu oraz cena za szkolenie. W przypadku ceny za jeden osobodzień (tj. za wykonywanie pracy przez 1 osobę przez 8 godzin) realizowania usług rozwoju zastrzeżono, że nie może być ona niższa niż 1 300, 00 PLN i musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty wykonania przedmiotu zamówienia, dostawy, dokonania odbiorów, gwarancji, świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia, wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych na wszystkich polach eksploatacji oraz prawa do wykonywania zależnego prawa autorskiego, wynagrodzenie za udzielenie licencji/sublicencji, opłaty celne i podatki, w tym podatek od towarów i usług VAT oraz podatek akcyzowy. Łączną cenę za usługę rozwoju należało wyliczyć jako iloczyn liczby 850 i ceny za jeden osobodzień.

Wykonawca Odwołujący w ofercie przy każdej z cen zamieszczonych w formularzu ofertowym zawarł wyjaśnienie i zastrzeżenie, że podane ceny nie zawierają podatku VAT.

W dniu 6 listopada 2013 roku Odwołujący z własnej inicjatywy złożył Zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał, że ceny zawarte w formularzu ofertowym nie zawierają podatku VAT (...). Jedynym wyjątkiem jest cena za jeden osobodzień. Zgodnie z SIWZ powinno się zaoferować cenę nie niższą niż 1300 PLN włączając VAT. Każda niższa cena spowodowałaby odrzucenie oferty. W związku z tym wykonawca zaoferował najniższą

możliwą cenę za osobodzień, zgodnie z SIWZ, która zawiera podatek VAT. Stanowisko to zostało podtrzymane podczas składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia z dnia 19 listopada 2013 roku).

Zgodnie z punktem 4.3.1.15.3 OPZ wymagane było wykorzystanie na środowisku produkcyjnym systemu EMCS PL 2 posiadanych przez Zamawiającego licencji bazy danych Oracle Enterprise Edition wraz z opcją Partitioning używanych w środowisku EMCS PL (obie licencje na 8 CPU). Na czas instalacji środowiska produkcyjnego systemu EMCS PL 2 na infrastrukturze CPD Wykonawca miał dostarczyć licencje tymczasowe oferujące takie same funkcje jak licencje docelowe.

W dniu 24 października 2014 roku Zamawiający odpowiedział na pytanie wykonawcy dotyczące danego wymagania:

1) Według specyfikacji przetargowej potencjalni oferenci powinni:

- a) Wykorzystywać istniejące licencje bazy danych Oracle, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego*
- b) Zapewnić spójność technologiczną oprogramowania bazodanowego pomiędzy wszystkimi środowiskami systemu EMC PL2.*

Z powyższych wypowiedzi można wywnioskować, że specyfikacja przetargowa wymaga zastosowania rozwiązania Oracle dla baz danych. Prosimy o potwierdzenie tego wniosku.

2) Jeżeli wniosek jest poprawny, prosimy o klaryfikację, czy istniejące licencje bazy danych Oracle zawierają również wsparcie (utrzymanie). W przypadku, gdy Zamawiający posiada licencje wsparcia bazy danych Oracle, prosimy o określenie jakiego okresu czasu dotyczą oraz ich datę końcową.

3) Według specyfikacji przetargowej warstwa bazy danych musi spełniać wymagania:

- a) Skalowalności poziomej pozwalającej na rozbudowanie środowiska o nowe komponenty oraz zwiększenie jego mocy obliczeniowej poprzez dodanie dodatkowych bloków funkcjonalnych*
- b) Zastosowanie klastra niezawodnościowego złożonego z minimum dwóch maszyn.*

Z technicznego punktu widzenia, powyższe dwa wymagania mogą być jedynie w konfiguracji active/active dla warstwy bazy danych. Rozumiemy więc, że potencjalni oferenci muszą zawrzeć w ofercie licencje Oracle RAC (Real Application Cluster). Prosimy o potwierdzenie naszego zrozumienia.

Odpowiedź: Zamawiający wymaga zastosowania silnika bazy danych spełniającego wymagania z punktu 4.3.1.1. Zamawiający posiada licencje zgodnie z punktem 4.3.1.15.3 OPZ. Data ważności wsparcia to 31 grudnia 2014. Zamawiający nie zawarł w OPZ wymagania dotyczącego dostarczenia przez wykonawcę licencji Oracle RAC (Real Application Cluster). Zamawiający wymaga zastosowania silnika bazy danych spełniającego wymagania z punktu 4.3.1.15. Dodatkowo, zgodnie z rozdziałem 4.4. Wykonawca

zaimplementuje i skonfiguruje rozwiązania HA tak, aby czas niedostępności systemu w środowisku produkcyjnym i testowo-szkoleniowym, w przypadku awarii któregośkolwiek serwerów składowych modułu EMCS PL 2 DB nie był dłuższy niż 15 minut.

W dniu 22 listopada 2013 roku Zamawiający poinformował o wyniku postępowania. Wskazał, że za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie dotyczącym Tabeli nr 1 „Wycena licencji oprogramowania standardowego zastosowanych w rozwiązaniu technicznym oferowanym przez wykonawcę”, w tym o potwierdzenie:

- czy wykonawca w ramach złożonej oferty dostarczy licencje zapewniające spełnienie wymagań OPZ dla bazy danych systemu EMCS PL dla środowisk: produkcyjnego opisanego w pkt 4.3.1.1.2 bez ograniczeń na ilość użytkowników, testowego opisanego w pkt 4.3.1.2.bez ograniczeń na ilość użytkowników oraz dla środowiska deweloperskiego dla minimum 5 użytkowników opisanego w pkt 4.3.1.3

4.3.1.15.1. Moduł wymaga zastosowania klastra niezawodnościowego złożonego z minimum dwóch maszyn.

4.3.1.15.2 Wymagane zastosowanie minimum 4vCPU dla każdego z węzłów bazy danych w każdym ze środowisk: produkcyjnym i testowo-szkoleniowym systemu EMCS PL.

4.3.1.15.3 Wymagane wykorzystanie na środowisku produkcyjnym systemu EMCS PL 2 posiadanych przez Zamawiającego licencji bazy danych Oracle Enterprise Edition wraz z opcją Partitioning używanych w środowisku EMCS PL (obie licencje na 8 CPU). Na czas instalacji środowiska produkcyjnego systemu EMCS PL 2 na infrastrukturze CPD Wykonawca dostarczy licencji tymczasowe oferujące takie same funkcje jak licencje docelowe. Dodatkowe wyjaśnienie tej kwestii znajduje się w odpowiedzi na pytanie 93.

4.3.1.15.4 Wymagana spójność technologiczna oprogramowania bazodanowego pomiędzy wszystkimi środowiskami systemu EMCS PL 2.

4.3.1.15.9 Wymagana jest możliwość tworzenia w języku bazy danych pakietów, procedur, funkcji oraz wyzwalaczy bazodanowych.

4.3.1.15.10 Wymagana jest możliwość partycjonowania tabel w bazie danych.

4.3.1.15.15 Wymagana jest możliwość diagnostyki bazy danych przy użyciu zintegrowanych z bazą narzędzi oraz wymagań związanych z testami akceptacyjnymi opisanymi w pkt 7.3?

- czy zamawiane licencje wymagane do spełnienia powyższych wymagań są zgodne z polityką licencjonowania producenta oprogramowania baz danych?

Wykonawca uzasadniając szczegółowo przyjęte przez niego rozwiązanie techniczne wskazał, że „rozwiązanie techniczne dla EMCS PL2 nie jest oparte na Oracle, ale na MySQL oraz Galera klaster dla MySQL”. Zamawiający wymagał (pkt 4.3.1.15.3 OPZ), aby na środowisku produkcyjnym systemu wykorzystywane były posiadane licencje bazy danych Oracle Enterprise Edition wraz z opcją Partitioning używanych w środowisku EMCS PL oraz wskazał, że na czas instalacji środowiska produkcyjnego systemu wykonawca dostarczy licencje tymczasowe oferujące takie same funkcje jak licencje docelowe. Zatem wykonawca oferując licencje MySQL oraz Galera klaster dla MySQL nie spełnia powyższych wymagań. Proponowane rozwiązanie nie jest oparte o wymaganą i posiadaną bazę danych, co jest sprzeczne z wymaganiem z pkt 4.3.1.15.3.

Zamawiający poinformował, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest również art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Złożona oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. W toku badania i oceny oferty, biorąc pod uwagę Formularz oferty oraz wyjaśnienia z 19.11.2013 Zamawiający na mocy art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie może poprawić omyłki nie będącej oczywistą omyłką rachunkową i uwzględnić konsekwencji dokonanych poprawek.

Jednocześnie odnosząc się do otrzymanego w dniu 6.11.2013 roku, po otwarciu ofert, wyjaśnienia oraz pisma z dnia 19.11.2013 roku poinformował, że przyjęcie wyjaśnień i dokonanie takiej poprawki oznaczałoby zmianę treści oferty, co pozostaje w sprzeczności z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp (...), a także z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp (...). Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Powyższa sprzeczność nie może być zakwalifikowana jako inna omyłka w ofercie.

Jednocześnie w formularzu oferty w poz. „cena jednego osobodnia” znajduje się zastrzeżenie, że wskazana cena jest ceną netto. Podtrzymywanie przez wykonawcę stanowiska, że cenę tej pozycji należy potraktować jako cenę brutto, stoi w sprzeczności z przywołanymi przepisami Pzp. W konsekwencji prowadzi to do ziszczenia się dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i konieczności odrzucenia oferty.

Zarzut odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2

Z akt sprawy wynika, że Odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości w załączniku A i B formularza ofertowego podał, że wszystkie ceny nie zawierają podatku VAT w oparciu art. 196 Dyrektywy 2006/112/WE zmienionej Dyrektywą Rady 2008/8/WE. Treść oferty jest jednoznaczna, nie wymaga dodatkowych wyjaśnień. Co znamienne, w przypadku pozycji „cena za osobodzień” oferta jest również zgodna z wymaganiami SIWZ, na podstawie których Zamawiający żądał aby minimalna cena brutto za daną kategorię wynosiła

1300 PLN. Nie ulega wątpliwości, iż określenie kwoty na poziomie 1300 PLN netto będzie spełniało ten warunek, a wykonawca nie będący podatnikiem na gruncie polskich przepisów prawa podatkowego miał możliwość takiej wyceny. Za co najmniej nie znajdujące uzasadnienia należało zatem uznać wyjaśnienia złożone przez wykonawcę już po otwarciu ofert w dniu 6 listopada 2013 roku, iż cena za usługę utrzymania jest ceną brutto, co oznaczało, że do pozycji tej Zamawiający w trakcie oceny nie musi dodawać podatku VAT. Z tego już powodu złożenie przedmiotowych wyjaśnień traktować można jako niedozwoloną zmianę treści oferty, co skutkowało musiło odrzuceniem takiej oferty przez Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do oceny treści oferty na podstawie informacji w niej widniejących. Może i powinien przy ocenie uwzględniać wyjaśnienia dotyczące treści oferty składane przez wykonawców, pod warunkiem, że nie znajdują się one w stosunku do siebie w jawnej opozycji. Z taką natomiast sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca prezentuje bowiem dwa, wzajemnie się wykluczające stanowiska, których nie można ze sobą pogodzić. Każde z tych stanowisk odrębnie przedstawia i interpretuje złożone przez wykonawcę oświadczenie woli w zakresie ceny oferty.

Jednakże, nawet gdyby uznać, że wykonawca w sposób uprawniony wyjaśnił, że jedną z pozycji formularza ofertowego przedstawił odmiennie od pozostałych, to raczej miał Zamawiający zauważając, że w takim przypadku należy stwierdzić błąd w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego. Jak wynika z wypowiedzi Zamawiającego przedstawionej na rozprawie, po odjęciu VAT od ceny brutto za dodatkowe osobodni i zsumowaniu pozostałych pozycji nie otrzymuje się kwoty wynikającej z pozycji „Razem” z formularza ofertowego zamieszczonego w ofercie Odwołującego. Podane ceny częściowe nie pozwalały więc na skorygowanie formularza ofertowego w prosty sposób, co oznaczało, że Zamawiający nie był w stanie wyliczyć właściwej ceny oferty, która powinna podlegać ocenie. Taka sytuacja wpisuje się w dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Poniekąd można zgodzić się z Odwołującym, iż wskazanie w uzasadnieniu faktycznym powodów odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp było lakoniczne i enigmatyczne, to powodów takiej sytuacji trzeba upatrywać w fakcie zastrzeżenia wyjaśnień przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia z 19 listopada 2013 roku odnoszące się do szczegółowej wyceny nie mogły być przez Zamawiającego ujawnione pozostałym wykonawcom, a więc uzasadnienie faktyczne musiało cechować się pewnym poziomem ogólności, tak aby owe zastrzeżenie zachować. Nawet jeżeli wykonawca nie zastrzegł żadnych informacji w ofercie, to już składając wyjaśnienia i rozbijając poszczególne pozycje kosztowe formularza ofertowego poczynił zastrzeżenie co do tych pozycji kosztowych, których Zamawiający nie mógł ujawnić.

Z tych powodów uznano, że Zamawiający prawidłowo postanowił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu, skład orzekający Izby pragnie podkreślić, iż cała argumentacja przedstawiona przez Odwołującego dotycząca sposobu opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczalności rozwiązań równoważnych jest spóźniona. Jeżeli wykonawca uważał, że sporządzony opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp, to winien był ten opis kwestionować na etapie postępowania związanym z jego ogłoszeniem i przekazaniem wykonawcom postanowień SIWZ. Na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapisy te stały się dla wszystkich uczestników tego postępowania wiążące.

Po drugie, dostrzeżenia wymaga, iż powodem odrzucenia oferty Odwołującego, wbrew jego twierdzeniom, nie była okoliczność związana z zaproponowaniem rozwiązania równoważnego, którego struktura oparta jest o inne oprogramowanie niż Oracle. Powodu odrzucenia oferty upatrywać należy w niespełnieniu jednego z wymagań SIWZ, ujętego w punkcie 4.3.1.15.3 dotyczącego konieczności wykorzystania w środowisku produkcyjnym systemu posiadanych przez Zamawiającego licencji bazy danych Oracle Enterprise Edition wraz z opcją Partitioning używanych w środowisku EMCS PL. Takie wymaganie, zdaniem Izby, co potwierdza również stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, oznaczało, że nawet w przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego, posiadane przez Zamawiającego licencje musiały być wykorzystane i zagospodarowane przez wykonawcę. Za takim rozumieniem wymagania przemawia także udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 6 z dnia 24 października 2013 roku, gdzie dany wymóg SIWZ został

podtrzymany. Warto także zauważyć, że Zamawiający przedstawił wiarygodną argumentację taki wymóg uzasadniającą, a związaną z koniecznością zapewnienia trwałości projektu w okresie 5 lat od zakończenia jego realizacji oraz osiągnięcia założonych celów i wskaźników z powodu dofinansowania projektu.

Skoro więc składając wyjaśnienia wykonawca oświadczył, że nie zamierza wykorzystywać posiadanych licencji, a jego rozwiązanie opiera się na innych założeniach, także w zakresie licencji, to słusznie Zamawiający doszedł do wniosku, że treść oferty w tym miejscu nie odpowiada treści SIWZ.

Na marginesie dostrzec należy, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był również art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ale ta podstawa prawna nie została przez wykonawcę zaskarżona. W konsekwencji nawet gdyby skład orzekający Izby uznał, że potwierdziło się naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp i Zamawiający z naruszeniem tych regulacji dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, to decyzja Zamawiającego byłaby prawomocna i ostateczna z powodu niewskazania w zarzutach środka ochrony prawnej wszystkich czynników wpływających na sytuację prawną wykonawcy w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślił, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do

wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający już w postanowieniach SIWZ zaznaczył, że wykonawcy zobowiązani są razem z ofertą złożyć stosowne wyjaśnienia, jeżeli zdecydują się na utajnienie swojej oferty.

Zarówno Przystępujący Pentacomp, jak też wykonawca SKG razem z ofertą, a następnie składając wyjaśnienia przedstawiali szczegółowe uzasadnienie dlaczego określony rodzaj informacji powinien być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te były stosunkowo obszerne, szczegółowo wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawców środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania (np. informacje z punktu II wyjaśnień Przystępującego). Odniesiono się także do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy.

Nie znalazła potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym teza prezentowana przez Odwołującego, że faktyczną podstawą utajnienia części informacji było uniemożliwienie pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu, zweryfikowania poprawności treści złożonych ofert. W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący Pentacomp oraz wykonawca SKG zastrzegli jedynie te informacje, które pozwoliłyby zidentyfikować zaproponowane rozwiązanie, co na gruncie przepisów Pzp uznać należy za dopuszczalne. W ocenie składu orzekającego Izby informacje te, jak i informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, inne informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu świadczenia usług i rozwiązania dedykowanego dla tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistniały przesłanki umożliwiające poszczególnym wykonawcom zastosowanie zarówno w ofertach oraz w stosunku do składanych wyjaśnień klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do trzech pierwszych wykonawców z rankingu ofert. Przystępujący Pentacomp złożył szczegółowe wyjaśnienia, w rozbiciu ceny całkowitej na poszczególne etapy realizacji zamówienia oraz załączył dodatkowe dokumenty potwierdzające, że możliwe było osiągnięcie ceny na wskazanym przez wykonawcę

w ofercie poziomie. Przedstawił szczegółowe wyliczenia w jaki sposób możliwe było osiągnięcie pewnego poziomu oszczędności, który niewątpliwie przełożył się na cenę całkowitą oferty. Podobnie zaprezentował wyjaśnienia cenowe drugi z wykonawców SKG.

Zamawiający zastosował wymaganą procedurę wyjaśniającą, dokonał wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień (co potwierdza dokumentacja postępowania oraz stanowisko pisemne przedstawione na rozprawie), a tym samym spełnił wszystkie obowiązki wynikające z ustawy Pzp w zakresie badania czy mamy do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Odwołujący w zakresie naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziłyby, że analiza merytoryczna wyjaśnień wykonana przez Zamawiającego nie była prawidłowa.

Dodatkowo, za Zamawiający zauważyć należy brak interesu po stronie Odwołującego w przypadku formułowania zarzutów w stosunku do wykonawcy SKG. Odwołujący zaoferował bowiem cenę niższą niż ten wykonawca, nawet więc hipotetycznie sytuacja tego wykonawcy nie wpływa się na sytuację Odwołującego w postępowaniu, tym bardziej że jedynym kryterium oceny ofert była cena (100 %).

O ile prawidłowe jest rozumowanie Odwołującego, że złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowić może w określonych okolicznościach czyn nieuczciwej konkurencji, co w ostateczności, w przypadku zaniechania odrzucenia takiej oferty w trakcie procesu badania i oceny ofert, prowadzi do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to w referencyjnym postępowaniu, ponieważ nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, niemożliwym był do uznania jego zasadności również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Z tych powodów także uznano, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a więc okoliczność złożenia oferty z rażąco niską ceną co stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji.

Konkludując, uznano, iż wykonawca Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzone się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....