

Sygn. akt: KIO 64/14

WYROK
z dnia 22 stycznia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2015 roku przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) KAMSOFT S.A. z siedzibą w Katowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

W dniu 12 stycznia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 927 ze zm.) (dalej: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, (dalej: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu zawarcia Umowy wykonawczej na zmiany funkcjonalne w zakresie potrażeń w aplikacjach emerytalno-rentowych - na podstawie Umów ramowych nr 10360891036091, 1036093 dotyczących modyfikacji i rozbudowy oprogramowania KSI ZUS - nr sprawy - TZ/271/96/14 prowadzi Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

Odwołanie wniesiono od:

1. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. i Kamssoft SA (dalej „Konsorcjum HP”) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania oceny złożonych przez Konsorcjum HP na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp wyjaśnień zgodnie z przepisami tej ustawy;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum HP, jako niejawnych złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. dokonanie czynności niezgodnej z przepisami Pzp polegającej na wyborze oferty Konsorcjum HP jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum HP, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum HP nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określonych w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp;

3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia] i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Konsorcjum HP wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum HP, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że został poinformowany o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2015 roku, a zatem odwołanie wniesione zostało z zachowaniem 10-dni owego terminu przewidzianego w ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący zaznaczył, że wgląd w dokumentację postępowania uzyskał dopiero w dniu 9 stycznia 2015 roku, zatem na przygotowanie odwołania w oparciu o dokumentację postępowania Odwołującemu pozostał jedynie 1 (jeden) dzień roboczy.

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu złożono dwie (2) oferty. Jedyńm kryterium oceny ofert była cena. Budżet postępowania wynosił 15.362.100,00 złotych brutto. Ceny brutto ofert w tym postępowaniu przedstawiają się następująco:

Miejsce po złożeniu ofert	Wykonawca	Cena brutto w PLN za 1 CFP (Cosmic Function Point)	Cena brutto w PLN	% budżetu
1	Konsorcjum HP	7.282,15	7.384.100,10	48%
2	Asseco Poland SA	9.790,00	9.927.060,00	65%

Już samo porównanie cen złożonych ofert do wartości zamówienia wskazuje, że cena oferty Konsorcjum HP jest ceną rażąco niską, gdyż jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych - a taka właśnie definicja rażąco niskiej ceny przyjęta jest orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Cena oferty Konsorcjum HP znacząco i rażąco odbiega od kwoty, jaką Zamawiający przewidział na realizację zamówienia. Cena ta stanowi mniej niż 50 % szacowanej wartości zamówienia.

Po pierwsze - Odwołujący uważa, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum HP nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki istnieją tylko w stosunku do Konsorcjum HP, a nie istnieją w stosunku do obu wykonawców, tj. zarówno do Konsorcjum HP, jak i do Asseco Poland. Należy bowiem podkreślić, iż obie firmy, które złożyły w przedmiotowym postępowaniu oferty, świadczą swoje usługi w oparciu o te same (lub podobne), stosowane na całym świecie metodyki i zasady, oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenia oraz stosują te same rozwiązania techniczne. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowych wyjaśnieniach Konsorcjum HP nie wskazało żadnych czynników, które są specyficzne tylko i wyłącznie dla tego wykonawcy, a które uzasadniałyby możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie - ponad 25% niższej od ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Po drugie - zdaniem Odwołującego Konsorcjum HP nie ujęło w cenie swojej oferty, a następnie nie wykazało w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, które składają się na cenę oferty. W szczególności Konsorcjum HP nie uwzględniło w cenie oferty wszystkich prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, które to prace zostały wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej - a co za tym idzie Konsorcjum HP nie wskazało w wyjaśnieniach rzeczywistej pracochłonności potrzebnej do realizacji wszystkich wymagań SIWZ. Odwołujący wskazał prace składające się na realizację przedmiotu zamówienia (zgodnie ze opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ Rozdział II pkt 1 pp 1-3).

W ramach zadań określonych przez Zamawiającego Wykonawca powinien wprowadzić we wskazanych modułach oprogramowania KSI wszystkie wymagania Zamawiającego, zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia określonym w Załączniku A do Wzoru umowy (Załącznik 2 do SIWZ).

Aby wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum HP można było uznać za wyjaśnienia rzeczowe, uzasadnione, spełniające wymagania określone w art. 90 ustawy Pzp - Konsorcjum HP powinno szczegółowo rozpisać realizację przedmiotu zamówienia według powyższych wymagań SIWZ, następnie zaś przypisać do każdej pozycji pracochłonność wynikającą z oceny złożoności i sposobu uwzględnienia wymagań wymienionych w Załączniku A do Wzoru umowy (Załącznik 2 do SIWZ). Następnie zaś Konsorcjum HP powinno wskazać koszty (w szczególności koszty pracy), jakie poniesie dla oszacowanej pracochłonności. Iloczyn pracochłonności (na ogół liczonej w osobogodzinach) oraz kosztów (na ogół stawki za osobogodzinę) wprost przekłada się na cenę oferty.

Dodatkowo Konsorcjum HP w swojej kalkulacji powinno uwzględnić koszty usługi serwisu oprogramowania, którą będzie musiał świadczyć od momentu odbioru jakościowego modyfikacji do końca umowy ramowej (czyli ok. 3 lata). Zamawiający w ramach SIWZ uwzględnił co prawda pracochłonność wyrażaną w punktach funkcyjnych, jaką przeznacza na tę usługę, ale jest ona proporcjonalna do złożoności wprowadzonych zmian, ma zatem pokryć koszt serwisu wyłącznie zmieniających funkcjonalności. Jednak z zapisów Umowy Ramowej wynika, że po wykonaniu zlecenia Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usługi serwisu dla całej funkcjonalności modułów zmieniających w jej ramach (także tych nie zmieniających) i to bez względu na to, w jak dużej części moduły te są w ramach zlecenia modyfikowane.

Według szacunków Asseco Wykonawca, który zrealizuje omawiającą Modyfikację, będzie musiał świadczyć usługę serwisu oprogramowania dla funkcjonalności o złożoności około 30.000 punktów funkcyjnych, natomiast Zamawiający w ramach wynagrodzenia za Modyfikację pokryje jego koszty jedynie dla 822 punktów. Różnica powinna zostać uwzględniona podczas szacowania kosztów realizacji zlecenia i ryzyk z tym związanych. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum HP w swoich wyjaśnieniach nie zawarło żadnych takich danych, koniecznych do wykazania, iż cena oferty została obliczona rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. W szczególności Konsorcjum HP w ogóle nie podało szczegółowych kosztów pracy - które to koszty należy podać w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący swoje twierdzenia w tym zakresie opiera na praktyce, jaka funkcjonuje w zakresie składanych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia takie zazwyczaj są ogólnikowe, zawierają jedynie ogólne odniesienia do sytuacji danego wykonawcy - jednakże nie zawierają szczegółowych wyliczeń sposobu obliczenia ceny ofertowej, w tym

nie zawierają żadnych tabel z wyliczeniami ceny, opartych na wskazanej powyżej liście zadań składających się na przedmiot zamówienia, z których wynikałby sposób obliczenia ceny ofertowej przez danego wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień.

Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w samych wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum HP w dniu 23 grudnia 2014 roku (a zatem dzień po złożeniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Otóż Konsorcjum HP w wyjaśnieniach z dnia 23 grudnia 2014 roku, w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego - w jakim zakresie i którym wykonawcom ma zamiar powierzyć wykonanie części zamówienia, wskazało:

„W chwili obecnej, z uwagi na planowany przez Wykonawcę model korzystania z części podwykonawców, oparty na zasadzie usług „time & materiał” nie jest możliwe i zasadne szczegółowe przypisanie poszczególnych zadań konkretnym podwykonawcom, gdyż personel tychże podwykonawców w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia określonego w Postępowaniu może być dynamicznie przydzielany do poszczególnych zadań objętych zakresem wskazanym powyżej.”

Zatem samo Konsorcjum HP, dzień po złożeniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dwa tygodnie po złożeniu oferty, wyraźnie wskazało, że nie miało i wciąż nie ma wiedzy - jak właściwie realizować będzie przedmiot zamówienia. Konsorcjum HP samo potwierdziło, że nie ma takiej wiedzy stwierdzeniem: *„W chwili obecnej (...) nie jest możliwe i zasadne przypisanie poszczególnych zadań konkretnym podwykonawcom”*. Skoro zatem Konsorcjum HP nie miało szczegółowej wiedzy, jak będzie realizować przedmiot zamówienia, to oczywistym jest, że nie mogło złożyć szczegółowych, rzeczowych i uzasadnionych wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Jeśli bowiem Konsorcjum HP nie wie, jakich podwykonawców, w jakim trybie i zakresie zatrudni to nie mogło w sposób rzeczywisty obliczyć ceny oferty. Cena ta musiała opierać się na przypuszczeniach i ogólnych założeniach. Skoro zaś Konsorcjum HP nie obliczyło ceny oferty w sposób oparty o rzeczywistą pracochłonność i koszty tej pracochłonności - to następnie nie mogło złożyć odpowiednich i wystarczających wyjaśnień ceny oferty.

Wskazać też należy, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena:

- a) nie jest ceną rażąco niską,
- b) obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia,
- c) gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego
- d) zawiera w sobie wszystkie koszty pracy, mające wpływ na wysokość ceny.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum HP nie zrealizowało ciężącego na nim obowiązku wykazania wszystkich tych elementów. Zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe.

Odwołujący zwrócił także uwagę na następującą, bardzo istotną okoliczność - sposób szacowania ceny przez Konsorcjum HP w postępowaniach szczegółowych, prowadzonych w ramach Umowy Ramowej. Z uwagi na fakt, że postępowania ogłoszone przez Zamawiającego w ramach Umowy Ramowej mają zbliżony charakter, tzn.:

- cykl wytwórczy realizowany jest zgodnie z tymi samymi standardami,
- zakres obligatoryjnych produktów w każdym zleceniu jest analogiczny,
- oprogramowanie wykonywane jest w tej samej technologii,
- proces odbiorów przez Zamawiającego poszczególnych produktów odbywa się ta bazie tych samych kryteriów, na bazie historii postępowań można wykazać pewne zależności i strategię firmy Konsorcjum HP.

Łatwo można dostrzec, że wycena Konsorcjum HP w kolejnych postępowaniach nie opiera się na rzetelnej wycenie kosztów, ryzyk i oczekiwanego zysku historii, ale na cenach ofertowych pozostałych wykonawców w poprzednich postępowaniach. Przy pierwszych postępowaniach oferty Konsorcjum HP (zapewne opierające się na analizie przewidywanych kosztów i ryzyk) nie dawały szans wygrania przetargów zatem przy kolejnym postępowaniu Konsorcjum HP złożyło ofertę, w której cena za jeden punkt funkcyjny była najniższą ceną we wszystkich postępowaniach rozstrzygniętych do tego czasu (było to siódme postępowanie w ramach Umowy Ramowej, a trzecie, w którym Konsorcjum HP złożyło ofertę). Co więcej, cena ta była niemal o połowę niższa od ceny drugiego w kolejności wykonawcy w tym postępowaniu. Oznaczało to, że Konsorcjum HP będzie realizować swoje pierwsze zlecenie w ramach tej umowy za cenę o połowę niższą od cen wyliczonych przez pozostałych oferentów. W postępowaniu TZ/271/96/14 Konsorcjum HP (po przegraniu kolejnego postępowania TZ/271/76/14) złożyło ofertę, w której zaoferowało za jeden punkt funkcyjny cenę jeszcze niższą od wcześniejszej swojej najtańszej oferty o 16 złotych. Dane te wykazują, że Konsorcjum HP w swoich ofertach podaje ceny, które nie są cenami opartymi o rzetelne wyliczenia, a są wyłącznie cenami, które mają zagwarantować wygranie przetargu za wszelką cenę.

Przy okazji warto zaznaczyć, że w postępowaniu TZ/271/34/14 Konsorcjum HP złożyło odwołanie z zarzutem rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie innego wykonawcy, mimo że cena ta była o 18% wyższa od ceny z oferty Konsorcjum HP w niniejszym postępowaniu.

II. Zarzut zaniechania odtajnienia złożonych przez Konsorcjum HP wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje

zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią w całości tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że objęcie całości wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Konsorcjum HP zastrzeżenie całości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych wyjaśnieniach informacje nie realizują bowiem łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego w stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej oraz

posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, iż jego zdaniem także trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona. Otóż zdaniem Odwołującego Konsorcjum HP nie wykazało, iż podjęło w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec braku wykazania spełnienia tej przesłanki w wyjaśnieniach - informacje nie mogą, zgodnie z definicją legalną, zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej informacji nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki - tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 czerwca 2012r., KIO 1016/12.

Jednocześnie, Odwołujący wskazuje, że w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wykazał spełnienie przesłanek do objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa - praktycznie w całości wyjaśnienia te obejmują szereg szczegółowych informacji dotyczących sposobu przygotowania wyceny, których ujawnienie mogłoby naruszyć interes spółki Odwołującego.

Odwołujący uważa, że faktycznym powodem zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom weryfikacji oferty pod kątem zgodności z SIWZ i ustawą Pzp.

Co więcej - Zamawiający nie udostępnił całości złożonych wyjaśnień, nawet strony tytułowej czy strony z podpisami, nie wiadomo, jak obszerny jest to dokument, czy zawiera tabele zawierające wykazanie sposobu obliczenia ceny oferty oraz jakiegokolwiek inne ceny, składające się na cenę oferty (w tym - czy zawiera koszty pracy). Tymczasem graniczy z nieprawdopodobieństwem, aby dokładnie cała treść przedmiotowych wyjaśnień spełniała przesłanki ustawowe definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zupełnie bezkrytycznie podszedł do faktu złożenia oświadczenia o objęciu tajemnicą wyjaśnień rażąco niskiej ceny - zamiast pochylić się nad tym dokumentem i dokonać realnej oceny ewentualnej zawartej w nich tajemnicy. Na nieprawidłowość zastrzegania całości dokumentów wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 roku, sygn. akt KIO 452/11. Ponadto - jeśli Konsorcjum HP nie wykazało Zamawiającemu spełnienia się wszystkich trzech przesłanek, to także w takiej sytuacji Zamawiający powinien dokument ten udostępnić. Odwołujący uważa, że do takiego wykazania nie doszło. Na wadliwość takiego zastrzeżenia, bez wykazania spełnienia przesłanek definicji legalnej, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2036/12, czy też w wyroku z dnia 4 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2294/1.

Wskazać należy, że zgodnie z brzmieniem znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, to wykonawca zastrzegający jawność informacji, zobowiązany jest w tym samym czasie wykazać zasadność takiego zastrzeżenia. Powyższa kwestia precyzyjnego wykazania

ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W sytuacji takiej jak niniejsza Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś wyjaśnienia zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się wielokrotnie, przykładowo: w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11; w wyroku z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12; w wyroku z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12; w wyroku z dnia 20 czerwca 2011 roku, sygn. akt: KIO 1172/11; w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2036/12.

Na zakończenie Odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji oferty tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazano kilka przykładowych orzeczeń: wyrok KIO/UZP 338/09; wyrok KIO 1080/11; wyrok KIO 2294/11; wyrok KIO 776/12; wyrok KIO 1016/12; wyrok KIO 457/12; wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12.

Skoro zatem objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych, tj. zasady jawności - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego - Konsorcjum HP nie wykazało

zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa całości wyjaśnień oraz nie uzasadniło faktu nie zastosowania fundamentalnej zasady jawności postępowania. Mając powyższe na uwadze zasadnym jest żądanie odwołania w tym zakresie - aby sprawdzeniu podlegała zasadność zastrzeżenia całości dokumentu wyjaśnień.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i 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, skierowała 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. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: **(1) "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) KAMSOFT S.A. z siedzibą w Katowicach**, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie spełniało przesłanki formalne.

Zamawiający, składając na rozprawie pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o jego oddalenie w całości.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia] i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Konsorcjum HP wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ niewątpliwie możliwość odniesienia się wprost do treści tego dokumentu, ma

wpływ na treść uzasadnienia Izby w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. czy w postępowaniu mamy do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż 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.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że 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. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. 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.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu przepisów wskazanych w petitum odwołania Izba uznała za niezasadne.

Istotą sporu było, czy informacje w postaci złożonych przez konsorcjum HP wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

Jak już podkreślono zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

Wykonawca konsorcjum HP wraz z wyjaśnieniami odnośnie kalkulacji cenowej złożył także wyjaśnienia, dlaczego powyższą materię traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te nie były ogólne, wbrew twierdzeniom Odwołującego szczegółów wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawców środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Konsorcjum HP konkretnie wskazało, jakie działania podjęło w celu zachowania poufności powyższych informacji. Odniesiono się także bardzo szczegółowo do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. Uznać należy, że materia objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach wykonawcy konsorcjum HP nie jest łatwa do ustalenia dla podmiotów zawodowo zajmujących się branżą IT. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego głównym czynnikiem decydującym o cenie oferty jest czynnik pracy ludzkiej, przedmiot zamówienia referuje do pracy specjalistów w zakresie wykonywania zmian w stosunkowo skomplikowanym systemie informatycznym, a więc to stawka za pracę specjalistów i sposób organizacji ich pracy mają głównie wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Przewidywane wynagrodzenie poszczególnych specjalistów czy wskazanie wysokości innych kosztów również odnosi się

w wyjaśnieniach do szczegółowych kalkulacji mogących wskazywać na właściwy tylko dla wykonawcy system ich obliczania. Zdaniem składu orzekającego Izby, są to na tyle „wrażliwe” informacje, że mogą one zadecydować i mieć wpływ na dalszy byt, czy też przewagę konkurencyjną wykonawcy w branży, w której ubiega się on o publiczne kontrakty.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach konsorcjum HP stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu szczegółowej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego w szczegółowo przedstawiony przez wybranego wykonawcę sposób.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Odwołujący nie przedstawił merytorycznej i obiektywnej argumentacji przemawiającej za tym, aby przychylić się do zniesienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku wyjaśnień. Podkreślenia także wymaga, że również Odwołujący swoje wyjaśnienia cenowe objął klauzulą tajemnicy. Porównując oba dokumenty Izba doszła do przekonania, że charakteryzują się one zbliżoną szczegółowością, co tym bardziej przemawiało za koniecznością potrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku wyjaśnień konsorcjum HP. Nie bez znaczenia była także okoliczność, że postępowanie prowadzone jest w ramach umowy ramowej, a to konkretne zamówienie dotyczy jednej z wielu planowanych jeszcze umów wykonawczych. Przychylić należy się zatem do argumentacji Przystępującego, że ewentualne ujawnienie treści wyjaśnień pozostałym wykonawcom mogłoby skutkować w przyszłości unicestwieniem zasady konkurencji w przyszłych postępowaniach. Odtajnienie informacji o sposobie wyliczenia ceny, składnikach kosztowych umożliwiłoby innym wykonawcom w następnych postępowaniach przewidywanie cen oferowanych przez Przystępującego.

Z tych względów uznano, że swoim postępowaniem Zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

W przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ustalono, że w dniu 17 grudnia 2014 roku Przystępujący został na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwany do złożenia wyjaśnień, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach Wykonawca miał uwzględnić okoliczności wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz wskazać, czy skalkulowana cena obejmuje wszystkie elementy zamówienia.

W wyznaczonym terminie Wykonawca wyjaśnienia złożył. Ocena tych wyjaśnień dokonana została przez Zamawiającego w piśmie Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej przez wybór ofert Przystępującego. Odwołujący zarzuca, że Zamawiający

nieprawidłowo wybrał ofertę najkorzystniejszą, a oferta konsorcjum HP zawiera rażąco niską cenę.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza,

że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, jednoznacznie podkreślić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby przedmiotowej sprawie, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawdłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pismo „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że wykonawca Konsorcjum HP w wyjaśnieniach przedstawiło bardzo szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia, nie były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające

wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby takie właśnie okoliczności w swoich wyjaśnieniach wykonawca konsorcjum HP przedstawiło. Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania, szczegółowo odnoszą się do wszystkich czynników kosztotwórczych, które powinny być uwzględnione w prawidłowo sporządzonej kalkulacji. Wykonawca podzielił wyjaśnienia na część dotyczącą realizacji części modyfikacyjnej przedmiotu zamówienia i część serwisową. Odrębnie dla obu tych części rozpiął koszty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący oszacował pracochłonność, podał konkretne stawki, uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosiło się odwołanie. Z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa i decyzję Izby, iż dane zastrzeżenie było prawidłowe, bardziej szczegółowe odniesienie się do złożonych wyjaśnień nie jest możliwe w uzasadnieniu orzeczenia, a poczynione przez Izbę ustalenia muszą być przedstawione na pewnym poziomie ogólności.

Za możliwością uznania ceny za rażąco niską nie przemawiała w ocenie Izby argumentacja dotycząca wyjaśnień odnośnie korzystania z usług podwykonawców. Z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wynika raczej, że na obecnym etapie postępowania nie jest on w stanie konkretnie wskazać jaki podwykonawca będzie realizował jaką część zamówienia. Wnioskowanie z powyższego, że wykonawca nie przewidział kosztu udziału podwykonawców w ofercie, uznać należy za daleko idące uproszczenie.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zauważyć należy, że Przystępujący, zgodnie z obowiązującymi przepisami, sprostał ciężarowi dowodowemu także w postępowaniu odwoławczym. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako

wystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wezwane Konsorcjum czyniło zadość obowiązkowi spoczywającemu na podmiocie wezwanym do złożenia wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: