

Sygn. akt: KIO 1427/15

Sygn. akt: KIO 1440/15

WYROK

z dnia 27 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 6 lipca 2015 r. przez:

A. Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (sygn. akt KIO 1427/15)

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Niekaninie (sygn. akt KIO 1440/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Prokuraturę Generalną z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 1427/15, KIO 1440/15)

przy udziale wykonawcy **Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 1440/15)

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża **Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** oraz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy** oraz **T. H. ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Niekaninie**:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy** oraz **T. H. ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Niekaninie** tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Odwołujących się kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Prokuratury Generalnej z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:

A) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie** na rzecz **Zamawiającego: Prokuratury Generalnej z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy** oraz **T. H. ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Niekaninie** na rzecz **Zamawiającego: Prokuratury Generalnej z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 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:

.....

Sygn. akt: KIO 1427/15

Sygn. akt: KIO 1440/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Prokuratura Generalna z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Zakup komputerów przenośnych wraz z oprogramowaniem do zapewnienia bezpieczeństwa danych w ramach realizacji projektu wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacji prokuratury”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 19 marca 2015 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2015 r. pod numerem 2015/S 058-101532.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1427/15

Wykonawca Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (zwany dalej: „*Odwołującym Techsource*”) w dniu 6 lipca 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność oceny ofert, w tym na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp.K.A. z siedzibą w Krakowie (odwołanie o sygn. akt KIO 1427/15). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wniósł m. in. o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienia treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. K.A. z siedzibą w Krakowie, w części dotyczącej złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień (w tym dowodów, o ile zostały załączone), w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, składanych w celu ustalenia, czy oferty ww. wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do

przedmiotu zamówienia, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. K. A. z siedzibą w Krakowie w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1440/15

W dniu 6 lipca 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Niekaninie (zwani dalej: „*Odwołującym Immitis*”) złożyli odwołanie m. in. na czynność oceny ofert, w tym na wykluczenie tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (odwołanie o sygn. akt KIO 1440/15). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, art. 814 § 1 i 2 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 92 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert ważnych, nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2015 r. odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniach, wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie; wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. K. A. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Niekaninie - jak

również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie obu odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 7 lipca 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie (odwołania o sygn. akt KIO 1427/15 oraz KIO 1440/15);
- Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (odwołanie o sygn. akt KIO 1440/15).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego wykonawców:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej również: „*Przystępującym Cezar*”);
- Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (zwanego dalej również: „*Przystępującym Techsource*”).

Pismami z dnia 21 lipca 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniach, wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Zakup komputerów przenośnych wraz z oprogramowaniem do zapewnienia bezpieczeństwa danych w ramach realizacji projektu wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacji prokuratury”.

/dokumentacja postępowania: Rozdział III pkt 1 „Opisu przedmiotu zamówienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 3/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział IX „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”:

Ust. 7 – W zakresie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający wymaga wykazania przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, t.j.:

- a) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 5.000.000,00 zł.

Rozdział X „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”:

Ust 4 – Na potwierdzenie spełnienia warunków szczegółowych określonych w Rozdziale IX ust. 7 SIWZ:

- a) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W przypadku, gdy z dokumentu polisy (lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia) nie będzie wynikał fakt jej (jego) opłacenia. Zamawiający zaleca dodatkowe załączenie do oferty innego dokumentu potwierdzającego odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.)

/dokumentacja postępowania: Rozdział IX ust. 7 a) oraz Rozdział X ust. 4 a) SIWZ, str. 7,10 /.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty zostały złożone m. in. przez następujących wykonawców:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie – 88,80 pkt;
2. Maxto Sp. z o.o. Sp. K.A. z siedzibą w Krakowie – 81,89 pkt;
3. Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – 78,89 pkt;
4. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – 56,21 pkt;
5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Target S. A. z siedzibą w Warszawie – 54,29 pkt;
6. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie – wykonawca wykluczony;
7. iCreatio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wykonawca wykluczony;
8. KONCEPT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – oferta odrzucona.

/dokumentacja postępowania: pkt 11, 12, 13 Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 4 protokołu/.

Zamawiający pismem z dnia 15 maja 2015 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie m. in. do złożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie załączonej do oferty polisy (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek, itp.).

/dokumentacja postępowania: Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie z dnia 15 maja 2015 r./.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie pismem z dnia 19 maja 2015 r. przekazali Zamawiającemu m. in. dowód opłacenia polisy na dzień 8 maja 2015 r. na kwotę 1599,00 zł.

/dokumentacja postępowania: Pismo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie z dnia 19 maja 2015 r. wraz z załączonymi dowodami/.

Ponadto Zamawiający w celu ustalenia czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wzywał (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę Maxto Sp. z o.o. Sp. K.A. z siedzibą w Krakowie) do złożenia wyjaśnienia oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę Maxto Sp. z o.o. Sp. K.A. z siedzibą w Krakowie z dnia 15 maja 2015 r./

Wobec wezwania Zamawiającego ww. wykonawcy złożyli w dniu 20 maja 2015 r. wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. K.A. z siedzibą w Krakowie z dnia 20 maja 2015 r./

Ponadto ww. wykonawcy złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. K.A. z siedzibą w Krakowie z dnia 20 maja 2015 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa/

Zamawiający w dniu 25 czerwca 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty, t.j. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, iż wykonawca na dzień upływu terminu składania ofert, t.j. 30 kwietnia 2015 r. nie posiadał dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy OC. Dokument otrzymany od wykonawcy nie potwierdzał spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24

ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a złożona przez niego oferta uznana została za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 25 czerwca 2015 r. oraz wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie /.

Od niniejszej czynności Zamawiającego oraz od czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie wykonawcy - Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie – wnieśli odwołanie w dniu 6 lipca 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawców: Techsource Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie z dnia 6 lipca 2015 r./.

Pismami z dnia 21 lipca 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniach, wnosząc o oddalenie przedmiotowych odwołań.

/dokumentacja postępowania: Pisma Zamawiającego z dnia 21 lipca 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania są niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1427/15

Izba oceniając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Wykonawców nie można uznać za niepełne i ogólnikowe. Odnosiły się one wprost do sytuacji Wykonawców, wykazujących, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. Ponadto Zamawiający zauważył, że trzech wykonawców w przedmiotowym postępowaniu zaoferowało ceny zbliżone, t.j.: 1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie – 7.659.333,00 zł; 2. Wykonawca Maxto Sp. z o.o. Sp. K. A. z siedzibą w Krakowie – 8.549.053,50 zł, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. J. A. B. i spółka z siedzibą w Niekaninie – 8.355.636,00 zł. Jak wskazał Zamawiający zatem ceny zaoferowane w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców są rzetelne i przedstawiają rzeczywistą wartość poszczególnych części składowych zamówienia. Ponadto na uwagę zasługuje fakt – co zostało podkreślone również na rozprawie w dniu 23 lipca 2015 r. – iż każdy z ww. wykonawców zaoferował sprzęt innego producenta o innych parametrach, a wartość wycenionego sprzętu komputerowego – nawet pomimo podobieństw technicznych – różni się w zależności od marki i jej pozycji na rynku określonego producenta. Wobec powyższego w odpowiedzi Zamawiający uzyskał wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami, które w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzają, że ceny zaoferowane przez wykonawców są rzetelne, rzeczywiste, rynkowe i uzasadniają należyte wykonanie zamówienia. Jednocześnie z uwagi na fakt, skutecznego zastrzeżenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tajemnicy przedsiębiorstwa należało powołać się na niniejsze wyjaśnienia jednocześnie nie ujawniając ich treści. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie istotne znaczenie miały wyjaśnienia zawarte na str. 3 oraz 4, załączone dowody oraz przedstawiona kalkulacja. Zasadność dokonanej kalkulacji Przystępujący Cezar potwierdził również złożonymi na rozprawie dowodami, objętymi również klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. K. A. z siedzibą w Krakowie, istotne znaczenia miały wyjaśnienia tego wykonawcy zawarte na str. 2-3 oraz przedstawiona kalkulacja wraz z załączonymi dowodami. Izba nie zdecydowała o ujawnieniu sporządzonych kalkulacji, gdyż ujawnienie informacji w niej zawartych mogłoby doprowadzić do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawców.

Ponadto w konsekwencji nie wykazano również przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. K. A. z siedzibą w Krakowie, kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem ww. Wykonawcy zamierzają utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Wykonawców. Nie zostało zatem wykazane, że Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca Maxto Sp. z o.o. Sp. S. K. A. z siedzibą w Krakowie działali z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym Techsource, co do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wobec – w jego ocenie - braku przeanalizowania skuteczności zastrzeżenia i nie wezwania wykonawców o wyjaśnienie przesłanek skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważyć należy, że wedle znowelizowanego brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa(...). Ponadto zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Zatem do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert, a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywają na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania

ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego, to wykonawca składający ofertę musi udowodnić – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca Maxto Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie poczynili stosowne zastrzeżenie, i wykazali jednocześnie - przy dokonywaniu tej czynności – zasadność tego zastrzeżenia. Dodatkowo – jak zauważyli Zamawiający oraz Przystępujący Cezar - informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Maxto Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 20 maja 2015 r. oraz złożone dowody spełniają wszystkie przesłanki uznania powyższych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, t.j. informacje te są informacjami stanowiącymi niewątpliwie wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto co do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zasadność zastrzeżenia ww. wykonawcy wykazali jednocześnie zastrzegając powyższe informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut zaniechania odtajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy nie potwierdził się w niniejszym stanie faktycznym oraz wobec uznania za chybiony zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że odwołanie to podlega oddaleniu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1440/15

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten również nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, iż na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu żądać będzie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wyraźnie zaznaczył w SIWZ, iż w przypadku, gdy z dokumentu polisy (lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia) nie będzie wynikał fakt jej (jego) opłacenia, Zamawiający zalecał dodatkowe załączenie do oferty innego dokumentu potwierdzającego odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). Zatem Zamawiający w sposób wyraźny w SIWZ wskazał, iż żąda opłaconej polisy na dzień składania ofert, i powyższe należy wykazać wszelkimi dowodami w postaci chociażby wyciągu z konta bankowego, czy też rachunku. Powyższe postanowienie

specyfikacji nie było przez wykonawców kwestionowane, a Zamawiający wobec opisanego wymogu żądał wykazania opłacenia niniejszej polisy na dzień składania ofert. Wobec powyższego złożenie dokumentu potwierdzającego opłacenie składki na dzień 8 maja 2015 r., powodować mogło jedynie wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż dniem składania ofert był dzień 30 kwietnia 2015 r. Nie można również było przyjąć argumentacji oraz dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMMITIS Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy oraz T. H. ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Niekaninie na rozprawie, gdyż wykazanie spełnienia warunków należy do wykonawcy, i musi on powyższe uczynić w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego to Odwołujący Immitis nie uczynił wobec wezwania Zamawiającego z dnia 15 maja 2015 r.

Wobec powyższego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Konkludując – orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, oba odwołania podlegały oddaleniu. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....