

Sygn. akt: KIO 1628/18

WYROK
z dnia 4 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13.08.2018 r.** przez wykonawcę **Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Dostawa i utrzymanie Systemu Elektronicznej Informacji Prawnej oraz Systemu Wewnętrznej Informacji Prawnej dla jednostek organizacyjnych PGP LP przez okres 42 miesięcy”* (znak sprawy: DZ.270.60.2018

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Wydawnictwo C.H. Beck Spółka z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** oraz **ABC PRO Spółka z o.o., ul. Owsiana 12, 03-825 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Wydawnictwo C.H. Beck Spółka z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** oraz **ABC PRO Spółka z o.o., ul. Owsiana 12, 03-825 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. 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

do wyroku z dnia 4 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1628/18

Zamawiający – Skarb Państwa - Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wiśnińskiego, Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa i utrzymanie Systemu Elektronicznej Informacji Prawnej oraz Systemu Wewnętrznej Informacji Prawnej dla jednostek organizacyjnych PGP LP przez okres 42 miesięcy” (znak sprawy: DZ.270.60.2018

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 23.05.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 096 – 218346.

W dniu 01.08.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13.08.2018 r. w formie pisemnej przez wykonawcę Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. czynności wyboru - jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu - oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. oraz ABC PRO Sp. z o.o. (dalej jako „Beck”) wskutek zaniechania jej odrzucenia oraz zaniechania wykluczenia Beck z Postępowania, a także od czynności zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Beck i w konsekwencji nieudostępnienie tych wyjaśnień Odwołującemu oraz zaniechania udostępnienia protokołu z Postępowania wraz z niektórymi załącznikami.

Jak wskazano w odwołaniu o powyższych uchybieniach Odwołujący dowiedział się w dniu 1 sierpnia 2018 r., tj. poprzez zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłane przez Zamawiającego.

I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Beck, mimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania (dalej

jako „SIWZ”), z uwagi na fakt, iż System Elektronicznej Informacji Prawnej (dalej jako „SEIP”) zaoferowany przez Beck nie zawiera funkcjonalności Active Directory wymaganej przez Zamawiającego,

2. Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu nadto naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. Z art. 26 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Beck do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty Beck i złożonych przezeń oświadczeń w Postępowaniu - w zakresie dotyczącym ww. funkcjonalności, pomimo istnienia okoliczności wskazujących na uzasadnione po stronie Zamawiającego wątpliwości co do oferty i oświadczeń Beck;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1) PZP w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 387 k.c. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Beck, podczas gdy ten wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie jednego z kryteriów oceny ofert (XIII SIWZ ust. 2 oraz ust. 5 lit. b)), tj. odnośnie sumy komentarzy (wskazując ich łączną liczbę jako 1 133 688 komentarzy), co miało wpływ na wynik Postępowania, bowiem skutkowało niezasadnym przyznaniem przez Zamawiającego określonej liczby punktów ofercie Beck w ramach tego kryterium ;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Beck, podczas gdy sposób liczenia komentarzy przez Beck, opisany w pkt 2. Powyżej i zastosowany w zakresie kryterium oceny ofert, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5. art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 90 ust. 1a PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Beck, która zawiera rażąco niską cenę; wobec braku udostępnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Beck w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazuje jedynie na fakt, iż wartość oferty Beck złożonej w Postępowaniu stanowi około 67 % kwoty podanej przez Zamawiającego, co nakazuje sądzić, iż kwota zaoferowana przez Beck nosi ustawowe znamiona rażąco niskiej ceny; w tym miejscu Odwołujący podkreśla, iż Odwołujący nie dysponuje dokumentami, które stanowiłyby dowód tego, iż Zamawiający rzeczywiście przeprowadził obligatoryjne postępowanie z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a PZP, albowiem Zamawiający nie przekazał Odwołującemu wezwania do wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny (wiedzę o tym, że takie wezwanie rzekomo nastąpiło Odwołujący opiera jedynie na ustnej informacji przekazanej przez przedstawiciela Zamawiającego);

6. art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Beck, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem oferta ta zawiera cenę rażąco niską. Mając

na uwadze okoliczności wskazane w pkt 4. Powyżej (bez uszczerbku dla przywołanego tamże zastrzeżenia o braku informacji nt. wezwania Beck do wyjaśnień), a także własne doświadczenia Odwołującego w zakresie realizacji usług i/lub dostaw analogicznych względem przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem i ofertą Beck, zdaniem Odwołującego złożenie przez Beck oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”), co obligowało Zamawiającego do odrzucenia tejże oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP, a czego Zamawiający nie uczynił;

7. art. 8 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez nieodtajnienie wyjaśnień Beck w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy te wyjaśnienia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk i nie mogą być skutecznie zastrzeżone (por. KIO 2421/17);

8. art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 PZP w zw. z § 4 ust. 1, 2 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu Postępowania oraz innych niektórych dokumentów z Postępowania takich jakich wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny niezwłocznie po wniosku Odwołującego z 1 sierpnia 2018 r., co w konsekwencji prowadzi do istotnego utrudnienia Odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej;

9. art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty, mimo iż powinna ona zostać odrzucona a także poprzez dokonanie wyboru wykonawcy, który powinien być zostać wykluczony;

10. art. 91 PZP w zw. z art. 2 pkt 5) PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu lub z uwzględnieniem oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, tj. Beck.

II. W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Beck jako oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty Beck;

3. wykluczenie wykonawcy Beck oraz uznanie oferty Beck za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 PZP;
4. odtajnienie wyjaśnień Beck w zakresie rażąco niskiej ceny;
5. przekazania Odwołującemu kompletnego protokołu Postępowania oraz pozostałych dokumentów Postępowania dotychczas nieujawnionych;
6. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
7. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z PZP.

III. Interes prawny Odwołującego został naruszony przez Zamawiającego w Postępowaniu, ponieważ czynności objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący złożył ważną ofertę i zajął 2 miejsce pod względem ilości uzyskanych punktów w kryterium oceny ofert. Jednakże, wobec tego, iż Zamawiający zaniechał swoich powinności, tj. ani nie odrzucił oferty Beck, ani nie wykluczył wykonawcy Beck, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP, Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez niezyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującemu. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego Odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 PZP. Ewentualnie, Odwołujący ma również interes w tym, że wobec tego, iż wartość jego oferty przekracza wartość szacunkową zamówienia, Zamawiający może nie mieć możliwości zwiększenia środków na zamówienie. Interes ten realizuje się w tym, gdyż wobec odrzucenia oferty Beck/wykluczenia Beck z Postępowania i braku podwyższenia środków, Postępowanie zostanie unieważnione, co może skutkować ponownym wszczęciem postępowania, w którym to Odwołujący może wziąć udział i możliwym jest, że wtedy jego oferta będzie najkorzystniejsza.

IV. Termin na wniesienie odwołania został zachowany, gdyż zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane Odwołującemu w dniu 1 sierpnia 2018 r., a zatem termin na złożenie odwołania kończył się 11 sierpnia 2018 r., ale z uwagi na to, że jest to sobota, to termin ten upływał 13 sierpnia 2018 r.

Kopia Odwołania została przekazana Zamawiającemu w terminie, a wpis od odwołania został uiszczony.

UZASADNIENIE

[Stan faktyczny]

1. Według rozdziału XIII SIWZ - Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów, w tym ust. 2 poz. 2 „Dostępność źródeł

prawa" w zw. ust. 5 lit. b) „Ocena zostanie dokonana na podstawie Formularza oferty i złożonej w nim deklaracji Wykonawcy dotyczącej ilości dla poniższych parametrów: (...) Komentarze (K) - suma komentarzy dostępnych w oferowanym przez Wykonawcę SEIP, oznacza elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych (całości aktów lub ich części, w tym do aktów zmieniających), zarówno dostępnych wcześniej jako publikacja książkowa, jak i dostępnych wyłącznie w wersji elektronicznej, z zakresu prawa polskiego i prawa europejskiego, (komentarz - omówienie lub interpretacja przepisów." W tym kryterium, w zakresie komentarzy Zamawiający mógł przyznać 8 punktów.

2. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 37 z 20 czerwca 2018 r. wskazał, że jako „komentarz” przyjmuje się elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych (całości aktów lub ich części, w tym do aktów zmieniających), zarówno dostępnych wcześniej jako publikacja książkowa, jak i dostępnych wyłącznie w wersji elektronicznej, z zakresu prawa polskiego i prawa europejskiego. Beck w formularzu ofertowym podał w ramach ww. kryterium nierealną sumę komentarzy.

3. Zgodnie z ust. 1 pkt 1.6 OPZ (wymagania wspólne dla Systemu Elektronicznej Informacji Prawnej (SEIP) oraz Systemu Wewnętrznej Informacji Prawnej (SWIP) „Domyślnie wszyscy pracownicy PGL LP mają dostęp do systemu. Nadawanie uprawnień administracyjnych opiera się o przynależność do grupy Active Directory. Nadawanie uprawnień redaktorskich powinno opierać się o przynależność do grup Active Directory, z możliwością dodawania nowych grup (przez podanie distinguishedName grupy) w panelu administracyjnym systemu lub dodawania nowych zagnieżdżonych grup w Active Directory (wyszukiwanie rekurencyjne).”

4. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 14 z 20 czerwca 2018 r. (zapewne zadane przez Beck, gdyż w postępowaniach mających za przedmiot SEIP zazwyczaj występują wyłącznie Beck oraz Odwołujący) - „Czy Zamawiający dopuści możliwość autoryzacji do Systemu Elektronicznej Informacji Prawnej na podstawie adresu IP zamiast mechanizmu Active Directory?” - Zamawiający stwierdził, że podtrzymuję zapisy SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 44 z 20 czerwca 2018 r. - „Czy Wykonawca dobrze rozumie wymaganie w pkt 1.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia, że zarówno SEIP jak i SWIP powinny niezależnie umieć obsługiwać SSO bez konieczności wchodzenia do SEIP poprzez SWIP?” -

Zamawiający wskazał, że SEIP oraz SWIP mają niezależnie od siebie obsługiwać SSO z wykorzystaniem mechanizmów Active Directory.

5. W dniu 6 lipca 2018 r. przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 987 394,80 zł brutto. Oferta Beck opiewa na kwotę 667 840,32 zł brutto, co stanowi zaledwie 67,63 % wartości podanej przez Zamawiającego.

6. Nadmienić należy, że przed podaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący informował pismami z 24 lipca 2018 r. oraz 31 lipca 2018 r. Zamawiającego o tym, że oferta Beck jest niezgodna z SIWZ w zakresie funkcjonalności Active Directory, jak też, że suma komentarzy podana przez Beck jest nierealna. Odwołujący wskazał tam też odesłania do oficjalnych informacji Beck, że wg stanu na lipiec 2018, ten posiada 2073 komentarze, a zatem w żaden sposób, niezależnie jak licząc, nie jest możliwym uzyskanie sumy komentarzy w takiej wysokości, jaką podał Beck w swej ofercie, tj. 1 133 688.

[Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP oraz podania nieprawdziwych informacji, tj. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP, a także art. 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 PZP]

7. Dostarczony w ramach zamówienia SEIP ma spełniać funkcjonalność Acitve Directory. Zdaniem Odwołującego SEIP Wykonawcy Beck tej funkcjonalności nie spełnia. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na treść pytania nr 14 zadanego w Postępowaniu, zgodnie z którym: „Czy zamawiający dopuści możliwość autoryzacji do Systemu Elektronicznej Informacji Prawnej na podstawie adresu IP zamiast mechanizmu Active Directory?” Mając na uwadze treść pytań zadawanych w Postępowaniu oraz to, że na polskim rynku funkcjonują tylko 2 podmioty dostarczające rozwiązanie opisane w Postępowaniu jako SEIP, to pytanie w ocenie Odwołującego zadał Beck. Istota tego pytania sprowadzała się do skreślenia tej funkcjonalności, na co Zamawiający nie przystał. Mając na uwadze okoliczności towarzyszące Postępowaniu, w ocenie Odwołującego SEIP zaoferowany przez Beck nie jest zgodny z SIWZ, a oferta powinna być odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP. Na powyższe Odwołujący wskazywał już w piśmie do Zamawiającego z 31 lipca 2018 r. Odwołujący podtrzymuje wskazaną tam argumentację. Dodatkowo Odwołujący podkreśla, że o ile zostałaby zawarta umowa z Beckiem, to Zamawiający winien w sposób szczególny zwrócić uwagę na to, czy SEIP dostarczony spełnia określoną funkcjonalność.

8. Beck złożył w ofercie oświadczenie, że jego SEIP jest zgodny z SIWZ. Jednakże oferowany na rynku SEIP tego wykonawcy takiej funkcjonalności nie posiada. Informacje zawarte w ofercie mogą wpływać na decyzję zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej czy też decyzję o odrzuceniu oferty. Jeżeli zatem w ramach udzielonych w ofercie informacji dotyczących proponowanego przedmiotu transakcji wykonawca wskaże nieprawdziwe informacje tak, by spełnić wymagania względem nabywanego świadczenia postawione w SIWZ, to takie zachowanie powinno wpłynąć na decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP oraz wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP. Zamawiający zaniechał jednak obu z tych obowiązków. Zaniechał także, mimo oczywistych wątpliwości wynikających z zawartości produktu Beck dostępnego na rynku, zwrócenia się o wyjaśnienia co do oświadczeń i treści oferty w tym zakresie, nie dochowując koniecznej staranności poprzez niezastosowanie art. 26 ust. 4 oraz

87 ust. 1 PZP. Przyjęcie oferty w taki bezrefleksyjny sposób może prowadzić do nieodwracalnych skutków, tj. dostarczenia SEIP bez tej funkcjonalności. Jednakże weryfikacja powyższego dopiero w toku procedury odbioru produktu wiązać się będzie z naruszeniem konkurencji i uniemożliwieniem uzyskania zamówienia drugiemu w tym postępowaniu wykonawcy, czyli Odwołującemu. Ochrona uczciwej konkurencji wymagała więc badania zgodności oferty i oświadczeń Beck z prawem już w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący pragnie wskazać, że w postępowaniach, w których funkcjonalność taka była przedmiotem oceny, Beck konsekwentnie nie oferuje tej funkcjonalności. Zamawiający nie może więc przyjąć oświadczenia przeciwnego wiedzy o rozwiązaniach stosowanych w produkcie oferowanym przez Beck. Dla przykładu wskazujemy na postępowanie prowadzone przez CUI we Wrocławiu na Usługi dostępu do Centralnej Platformy SIP (System Informacji Prawnej), w którym Beck wprost oświadczył o braku tej funkcji (załącznik - informacja z otwarcia ofert z przytoczonym fragmentem oferty Beck). Także w pytaniu nr 37 w toczącym się postępowaniu UM Warszawa, wykonawca ten zwrócił się z pytaniem o możliwość złożenia oferty bez funkcji Active Directory (załączam do odwołania). Jasne oświadczenie o braku takiej funkcji w jednym z postępowań oraz pytanie o możliwość złożenia oferty bez tego systemu byłyby nielogiczne, gdyby SEIP Beck, taką funkcję posiadał. Stąd konieczne jest odrzucenie oferty Beck lub wykluczenie go z postępowania za brak takiej funkcji i niezgodną z prawdą treść oświadczenia.

[Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1) PZP w zw. z art. 387 k.c. oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP]

1. Beck winien zostać wykluczony z postępowania, albowiem wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie sumy komentarzy, co miało istotny wpływ na wynik Postępowania, było bowiem elementem kryterium oceny ofert. Za całkowicie nierealną należy uznać podaną w ofercie Beck sumę komentarzy, tj. 1 133 688. Odwołujący, główny konkurent Becka i zarazem podmiot, którego zasób w zakresie ilości dokumentów w postaci aktów prawnych, orzeczeń i komentarzy, w posiadanym przez niego SEIP, jest największy w kraju, podał zaś „jedynie” 242 528 komentarzy.

2. Definicja „komentarzy” została uregulowana w Postępowaniu. „Komentarz” to elektroniczna wersja komentarzy do aktów prawnych (całości aktów lub ich części, w tym do aktów zmieniających). Należy więc zgodnie z nią przyjąć, że jeśli istnieje komentarz do całości aktu prawnego, to nie sposób liczyć go jako liczbę N komentarzy odpowiadającą liczbie jednostek redakcyjnych (artykułów) aktu prawnego. Wówczas bowiem definicja komentarza stawiająca na pierwszym miejscu komentarz do „całości” aktu prawnego byłaby zbyteczna. Beck nie zastosował się do tej definicji podając jako odrębne komentarze omówienie pojedynczych artykułów każdego aktu prawnego, do których w ogóle oferuje

piśmiennictwo w formie komentarza. Co więcej, nawet jeśli by rozumieć przez "komentarz części aktów" - tj. omówienie lub interpretacje przepisów danego autora dotyczącą minimum jednej jednostki redakcyjnej danego aktu prawnego, to i tak nie ma możliwości otrzymania takiej ilości, jaką wskazał Beck. W przypadku, jeśli komentarz danego autora zawiera przepisy kilku aktów prawnych, to wykonawca może zsumować do liczby komentarzy ogółem poszczególne akty prawne. Co więcej, jednoznacznie przyjmuje się wśród zamawiających, że nie można liczyć, jako odrębnych komentarzy omówienia jednostek redakcyjnych tego samego aktu prawnego, pochodzącego od tego samego autora. W świetle powyższego suma komentarzy podana przez Beck świadczy o niespektowaniu zasad przyjętych i utrwalonych w zamówieniach publicznych i znanych Zamawiającemu oraz wykonawcom, a zatem dochodzi do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, uzasadniającego zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP.

3. W świetle Postępowania, suma komentarzy podanych przez Beck jest dokładnie 4,67 razy większa niż suma komentarzy podanych przez Odwołującego. Aktualnie żaden SEIP nie jest władny zarządzać bazą danych, jak też posiadać bazy danych w zakresie komentarzy w tak astronomicznej wysokości. Wątpliwym jest, czy pod względem technicznym byłoby możliwe dostarczenie takiego SEIP. Tak olbrzymia różnica nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w istniejących różnicach pomiędzy SEIP poszczególnych wykonawców, które są porównywalne w tym zakresie, a już na pewno nie występują pomiędzy nimi tak diametralne różnice.

4. Co więcej, analiza treści oferty Beck prowadzi do wniosku, że Orzecznictwo (suma orzeczeń sądów i organów administracji) wynosi 1 663 483 i jest tylko o 529 795 większa niż suma komentarzy. Wniosek z tego taki, że na 1 komentarz przypada 1,46 orzeczenia, co jest oczywistym absurdem, widząc SEIP Becka. Przykładowo, do art. 1 PZP jest aż 26 orzeczeń. Uprzedzając ewentualne repliki w tym zakresie, raczej nie są spotykane przepisy, które nie byłyby przedmiotem orzeczeń sądów lub organów administracji, a które posiadają stosowne komentarze. Z uwagi na to, że przepisy prawne, szczególnie w zakresie ustaw są przedmiotem rozważań sądów powszechnych, sądów administracyjnych, Trybunału Konstytucyjnego oraz organów administracji itp., czy też orzecznictwa europejskiego, to nie sposób wskazać, że częściej spotka się do nich komentarz niż orzeczenie. Dodatkowo, statycznie biorąc ilość orzeczeń np. do art. 3531 k.c. w SEIP Becka, to jest ich tam aż 1 816 plus ponad 900 interpretacji podatkowych, przy jedynie 6 komentarzach.

5. Co więcej, na powyższe Odwołujący zwracał uwagę Zamawiającemu pismem z 24 lipca 2018 r., gdzie wskazano, powołując się na oficjalny katalog Becka (https://leaal.pl/wp-content/uploads/2018/07/Nowosci_7_2018.pdf) wg stanu na lipiec 2018, że Legalis zawiera 2073 komentarze. Nawet jeśli przyjąć, że statycznie w komentowanych aktach jest po średnio nawet 200, czy 300 jednostek redakcyjnych (artykułów), to i tak nie sposób osiągnąć ilość 1 133 688 komentarzy. Aby osiągnąć taką liczbę, to te 2073 komentarze musiałyby mieć

po ponad 546 artykułów każdy, a nie ma aż tylu aktów prawnych, które osiągałyby taką ilość przepisów. Największym aktem prawnym jest Kodeks postępowania cywilnego z około 1300 artykułami. Jednakże, nie ma podobnych wielkościami aktów prawnych. PZP ma ich nieco ponad 200.

6. Dlatego też Odwołujący uważa, że Beck wprowadził Zamawiającego w błąd i winien zostać wykluczony w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP. Bezspornie bowiem jest to błąd mający wpływ na wynik Postępowania i tym samym ma charakter istotny. Jest też co najmniej wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, gdyż staranny wykonawca, zajmujący się przepisami prawa (twórca SEIP), bez trudu i przy nawet minimalnej staranności powinien zrozumieć znaczenie rozumienia pojęcia „komentarz”, jakie wskazał Zamawiający, tj. nakaz traktowania jako jednego komentarza publikacji komentującej całość aktu prawnego i zakaz jej atomizacji na pojedyncze, odrębne „komentarze” odnoszące się do jednostkowych artykułów.

Co więcej, za wyrokiem KIO z 20 marca 2017 r. (KIO 382/17) „Na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem jeżeli Przystępujący przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący w sposób nie wymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych danych uznać należy, że Przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.”

W tym orzeczeniu wskazano, tak jak w niniejszym Postępowaniu, że zamawiający swoją decyzję odnośnie przyznania określonej ilości punktów w kryteriach oceny ofert, a tym samym wyboru jako najkorzystniejszej oferty, podejmował wyłącznie w oparciu o dokumenty i oświadczenia składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem to przedstawienie przez Beck nieprawdziwych informacji w toku prowadzonego postępowania i ich wpływ na wynik prowadzonego postępowania jest kluczowe dla oceny czy w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

Kolejnym zarzutem związanym z sumą komentarzy jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP. W zakresie tego zarzutu Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Beck na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

10. Zdaniem Odwołującego, opisane postępowanie Beck jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interesy innych wykonawców, jak i samego Zamawiającego. Czym innym nazwać podawanie nierealnych danych, aby uzyskać punkty, jak nie czynem nieuczciwej konkurencji.

11. Analiza stanu faktycznego w Postępowaniu pozwala stwierdzić, że działanie Beck stanowiło naruszenie dobrych obyczajów, bowiem jest nakierowane na uzyskanie zamówienia poprzez podanie daleko zawyżonej i nierealnej sumy komentarzy. Należy przy tym zauważyć, że parametr ten stanowi kryterium oceny ofert, a zatem ma wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Jego zawyżenie wymiennie wpływa na szanse danego wykonawcy na pozyskanie zamówienia. Zaś wpływ tego kryterium na ustalenie, która oferta jest najkorzystniejszą jest istotny, bowiem jego waga wynosi 8 pkt.

12. Wskazać należy, że Zamawiający dokonał wezwania Becka do wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 PZP, co jednak jest błędną podstawą, albowiem wezwanie powinno być z art. 87 ust. 1 PZP, gdyż dotyczy treści oferty, a nie warunków udziału w postępowaniu.

13. Wezwanie było z 25 lipca 2018 r., a Beck złożył wyjaśnienia już tego samego dnia (!) - (data na tych pismach), co może budzić wątpliwości. Beck wskazał tam, że przyjął szeroką definicję komentarza. Jednakże poza samymi oświadczeniami w treści wyjaśnień brak jest w rzeczywistości wyjaśnień. Beck pisze o oprogramowaniu dedykowanym, ale nie jest możliwe stworzenie komentarzy „na szybko”, albowiem wymaga to czasu, co wiadomo każdemu z autorów takich publikacji. Wyjaśnienia Becka stanowią jedynie kreatywne liczenie posiadanych zasobów. Wielokrotnie wydaje się liczono ten sam tekst za komentarz do różnych przepisów i zamiast jednego komentarza osiągnano tym samym wiele komentarzy. Fakt, że w treści dokumentu dostępnego w SEIP wspomina się jakiś akt prawny lub jego jednostkę jeszcze nie oznacza, iż dokument ten jest komentarzem dotyczącym przepisu tego

wspominanego aktu. Komentarz to autorskie omówienie, a zatem cytowanie treści przepisu lub wskazanie, że dotyczyło go orzeczenie sądu lub stanowisko organu nie stanowi komentarza.

14. Tym samym, nie sposób uznać, jakoby wyjaśnienia Becka skutkowały tym, że Beck nie stara się wprowadzić w błąd Zamawiającego. Odwołujący wskazuje też na ujawnioną mu korespondencję mailingową Zamawiającego, będącą w aktach sprawy z 26 lipca 2018 r. od pracownika Zamawiającego, członka Komisji Przetargowej, gdzie wprost wskazano na to, że sposób liczenia Becka sugeruje na sztuczne zawyżenie liczby komentarzy - „W mojej ocenie opisana przez Oferenta w tym zdaniu sytuacja odnosi się nadal do jednego komentarza nie zaś wielu i traktowanie tego komentarza jako wielu komentarzy jest założeniem błędnym”. Odwołujący popiera przedmiotowe stanowisko.

15. Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego ww. zarzuty są zasadne.

[Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 90 ust. 1a PZP]

16. Oferta Becka jest niższa o ponad 30% od kwoty środków podanych przez Zamawiającego przy otwarciu ofert. Wynosi ona 667 840,32 zł brutto, co stanowiło 67,63 % wartości podanej przy otwarciu ofert. Taka sytuacja skutkuje tym, że Zamawiający był zobowiązany w oparciu o art. 90 ust. 1a PZP do wezwania Beck do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

17. Na polskim rynku w zakresie SEIP konkurują 2 podmioty: Beck oraz Odwołujący. Wobec tego oferty cenowe obu podmiotów są podobne z zastrzeżeniem, że częściowo tańsze są SEIP Becka. Jednakże ta różnica nie jest i nie może być aż 2-krotna. Jest to abstrakcyjne obniżenie ceny. Zwrócić uwagę też należy na to w kontekście sumy komentarzy, czyli poprzednich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

18. Zauważyć należy, że Zamawiający nie dość, że nie udostępnił Odwołującemu treści wyjaśnień Becka, to i nie udostępnił nawet samego wezwania do tych wyjaśnień.

19. Zgodnie z linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, należy przyjąć, iż ceną rażąco niską jest "cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku" - tak np. wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r. (KIO 560/12). Podobnie, w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. (KIO 2885/12) KIO stwierdziła, iż "dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska należy odnieść ją do cen rynkowych, rzeczywistych, w szczególności w tym samym postępowaniu". Jak wskazała KIO w wyroku z 9 października 2014 r. (KIO 1971/14) „Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w

stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny."

20. Wykonawca Beck, w ocenie Odwołującego, nie przedstawił, albowiem nie mógł przedstawić jakichkolwiek argumentów za tym, że cena jego oferty jest realna, mimo iż to jego w tej sytuacji powinien obciążać ciężar dowodu. Wobec tego, odwołanie w zakresie tego zarzutu jest w ocenie Odwołującego zasadne.

21. Co więcej, zdaniem Odwołującego, Beck chce wykonać zamówienie poniżej kosztów, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 uznk. Uzupełniając dołączyć należy, że czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociażby teoretycznie, mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów.

22. Wskazać przy tym należy na marginesie, że orzecznictwo sądów powszechnych wskazujące, iż w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 uznk, to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregoś z zachowań określonych w pkt 1 -5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 kwietnia 2013 r., I ACa 1040/12, oraz wyrok SN z 25 października 2012 r., I CSK 147/12).

23. Odwołujący przy tym zwraca też uwagę, iż Zamawiający stosując przepisy o równym traktowaniu wykonawców, winien co najmniej wyjaśnić ww. wątpliwości w zakresie wysokości zaoferowanej przez Konsorcjum ceny. Zamawiający zaniechał ww. czynności, jak również zaniechał odrzucenia oferty, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w związku z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk, a także art. 7 ust. 1 PZP.

24. Celem zastosowania art. 15 ust. 1 uznk w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. W PZP termin "utrudnianie dostępu do rynku" jest rozumiany jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej innym przedsiębiorcom (Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 610/10). Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowania, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12) .

25. Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub

klienta. Działanie sprawcy popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji charakteryzuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W zakresie sprzeczności z prawem nie ulega wątpliwości, że czyny sprzeczne z nakazami prawa cywilnego mogą również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przy spełnieniu pozostałych przesłanek). Jeżeli zaś rozpatrujemy sprzeczność z dobrymi obyczajami, to należy zauważyć, iż ta klauzula generalna jest interpretowana w orzecznictwie w duchu podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego. Oznacza to, że celem jest „zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być << przejrzysta >> czytelna dla przedsiębiorców i klientów a jej wyniki niezafałszowane” - J. Szwaia Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006, s. 157). Tak również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt I ACa 923/12.

26. Reasumując, ustalenie ceny na poziomie, który świadczy o jej oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

27. Złożenie oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk.

28. Ponadto, zgodnie z 24 stycznia 2014 r., KIO 32/14 „Na gruncie przepisów art. 89 i 90 p.z.p. niedopuszczalne jest oferowanie cen za wykonanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia (tym właśnie jest rażąco niska cena oferty), również z powołaniem, że straty zostaną pokryte z innej działalności lub innego majątku firmy (wciąż jest to zaoferowanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia). (...) Nie można kreować ceny usługi w sposób zaniżony stwierdzając, że jej koszt zostanie pokryty z innych usług czy majątku.”

29. Na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji opisanego powyżej, wskazują kalkulacje i wyliczenia przedstawione powyżej, które prowadzą do wniosku, że Konsorcjum zamierza świadczyć usługi poniżej kosztów usługi.

30. Dlatego wystarczy jedynie krótkie podsumowanie, które zawarł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w konkluzji orzeczenia z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.: "Artykuł 55 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stanowisku instytucji

zamawiającej, wedle którego nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny".

31. Co więcej, za wyrokiem KIO z 9 grudnia 2015 r. (KIO 2565/15) „w ocenie Izby również spełniają się przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., złożenie oferty z rażąco niską ceną w przedmiotowej sprawie świadczy o czynie nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności czynem nieuczciwej konkurencji jest zaniżenie ceny w związku to z unikaniem wykazania kosztów z racji już istniejącego zatrudnienia, czy posiadania własnej bazy. Także unikanie ujawniania kosztów na przedmiotowe zamówienie świadczy o nieuprawnionym obciążaniu innych działalności kosztami, który powinien być ujęty w kosztach przedmiotowego zamówienia. Również czynem nieuczciwej konkurencji jest powoływanie się na możliwość obniżenia kosztów czy to przez ponowne bieżnikowanie zużytych opon czy to na zakup części zamiennych na rynku części używanych z rozbiórki innych samochodów."

32. Zgodnie z art. 15 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, m.in. przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W orzecznictwie wskazuje się, iż "ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2015 r., KIO 825/15).

[Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 uznk]

33. Zamawiający dopuścił się przedmiotowego naruszenia, czyli zaniechał odtajnienia wyjaśnień Becka w zakresie rażąco niskiej ceny, albowiem po pierwsze nie sposób uznać, aby wyjaśnienia pisemne w branży SEIP mogły być lub zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, Odwołujący kwestionuje wykazanie przez Becka z art. 8 ust. 3 PZP. W celu wyjaśnienia, Odwołujący o tym, że Zamawiający przeprowadził postępowanie z art. 90 ust. 1 PZP dowiedział się dopiero w dniu 9 sierpnia 2018 r., albowiem wcześniej Zamawiający nie chciał mu udostępnić dokumentacji postępowania, w tym nawet samego protokołu, co było sprzeczne z § 4 ust. 1, 2 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

34. Zamawiający nie przekazał też Odwołującemu treści samego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny. Trudno więc Odwołującemu odnieść się do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, skoro nie przedstawiono mu tych wyjaśnień, a dodatkowo nie wskazano nawet na

czym polegały wątpliwości Zamawiającego i czy trafnie zostały sformułowane, by uzyskać rzetelne informacje o sposobie kształtowania ceny, pozwalające na podjęcie decyzji o realności ceny oferty Beck.

35. Wskazać też należy, że utajnieniu podlegają informacje, a nie dokument. Beck utajnił zaś dokument w postaci wyjaśnień. Odwołujący wskazuje tu na orzecznictwo KIO w sprawach KIO 1873/16, KIO 93/16, gdzie wprost wskazano, że dokumentu utajnić nie można, a jedynie poszczególne informacje.

36. Utajnienie wyjaśnień ma na celu tylko utrudnienie weryfikacji ich prawdziwości przez konkurenta. Beck doskonale wie, że Odwołujący, znając treść wyjaśnień w prosty sposób by wykazał ich nieprawdziwość. Zamawiający uniemożliwiając wgląd w treść wyjaśnień, uniemożliwia realizację praw Odwołującego. Wskazując na art. 11 ust. 4 uznk, to wskazane tam 3 przesłanki muszą zajść łącznie, aby mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia nie mają zatem charakteru spełniającego te kryteria. Wskazać należy na wyrok KIO (KIO 1016/12) „Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wybranej w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

37. Mając, powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego, kwestionowana oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

[Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 PZP, art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 91 PZP w zw. z art. 2 pkt 5) PZP]

38. Zgodnie z § 4 ust. 5 Rozporządzenia Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania. Przez „niezwłocznie” rozumieć należy „bez zbędnej zwłoki”. Zamawiający nie podał, iż nastąpiły tu jakiegokolwiek okoliczności, które wskazywałyby na wyjątkową sytuację, w związku z którą nie mógł podjąć wymaganych czynności, a przede wszystkim - że nie mógł poinformować Odwołującego o działaniu w tym zakresie.

39. Zamawiający nie miał zatem podstaw, by odmówić niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania celem uzyskania wglądu do dokumentów, które

stanowiły podstawę oceny ofert i dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie było też podstaw do braku reakcji w tym zakresie.

40. Zamawiający udostępnił jedynie część dokumentów, ale nie udostępnił protokołu Postępowania, treści wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień Becka. W zakresie wyjaśnień Becka uznano, że jest to tajemnica przedsiębiorstwa. Udostępnienie miało miejsce dopiero 9 sierpnia 2018 r., czyli dopiero po 7 dniach od wniosku Odwołującego. Mimo to, nawet w zakresie jawnym Zamawiający nie udostępnił dokumentów wszystkich.

41. Skutkiem tego naruszenia, była konieczność przedstawienia zarzutów (w szczególności zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty Beck) w takiej formie, jaka została wskazana w odwołaniu.

42. Odwołujący wobec powyższego podniósł też zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która winna zostać odrzucona lub została złożona przez wykonawcę, który winien być wykluczony lub odrzucony, jak też wobec zaniechanie obowiązków przez Zamawiającego. Konsekwencją tego zarzutu jest też ostatni zarzut, czyli zarzut naruszenia art. 91 PZP w zw. z art. 2 pkt 5) PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu lub z uwzględnieniem oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, tj. Beck.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert. W ramach środka ochrony prawnej zaskarżył wybór oferty najkorzystniejszej wnosząc o jej odrzucenie. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Przystępującego w postaci:

1. Wydruku ze strony <https://www.produkty.lex.pl/komentarze>, z którego wynika, że ogólna liczba komentarzy SIP LEX wynosi ponad 2700;
2. Print screen SIP Legalis w postaci dodatków do art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny wskazującego, że zawiera on 6 komentarzy, 69 pozycji piśmiennictwa, 43 pozycje dla praktycznych wyjaśnień, 984 interpretacje;
3. Kopii pisma z dnia 06.11.2014 r. zawierającego pytania i odpowiedzi, co do znaczenia definicji pojęcia „komentarz” w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa wraz z wyciągiem SIWZ;
4. Kopii wyjaśnień z dnia 10.11.2017 r. w ramach postępowania prowadzonego przez Izbę Administracji Skarbowej w Krakowie, co do znaczenia definicji pojęcia „komentarz” wraz z wyciągiem z treści SIWZ.

Izba dopuściła także i przeprowadziła również dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w postaci:

1. Kopii informacji z otwarcia ofert z dnia 29.05.2017 r. w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Obsługi Administracji rządowej, z którego wynika, że wykonawca C.H. Beck zaoferował w ramach kryteriów pozacenowych w sumie 1.045.496 pozycji komentarzy wraz z wyciągiem z treści SIWZ i zawarta tam definicja pojęcia „komentarz”.
2. Odpowiedzi Zamawiającego na pytania do treści SIWZ z dnia 20.06.2018 r. (załącznik do odwołania);
3. Informacji z otwarcia ofert w postępowaniu na Usługi dostępu do Centralnej Platformy SIP (System Informacji Prawnej) prowadzonym przez Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu (załącznik do odwołania);

4. Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa na Dostęp do Systemu Informacji Prawnej dla UM wraz z aktualizacjami (załącznik do odwołania);
5. Korespondencja mailowej Zamawiającego (załącznik do odwołania).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 20.06.2018 r. zawierającym odpowiedzi na pytania odnoszące się do treści SIWZ w ramach pytania nr 37 udzielił następującej odpowiedzi:

Pytanie: W pkt 2.3.5 Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wskazuje wymóg „komentarze do ustaw (min. 20 publikacji), oraz dodatkowo komentarz do Prawa zamówień publicznych, w tym komentarze przyporządkowane do przepisu prawnego (minimum 20 000 jednostkowych odesłań do przepisu prawnego)”. Wykonawcy mogą posiadać w swojej ofercie komentarze do różnych aktów prawnych, w tym również komentarze częściowe np. do kilku artykułów danej ustawy.

Czy zatem 20 komentarzy należy np. rozumieć, że mają to być komentarze do całej ustawy do minimum następujących aktów prawnych:

ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. ustawy Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r.

ustawy Kodeks wykroczeń z dnia 20 maja 1971 r.

ustawy o lasach z dnia 28 września 1991 r.

ustawy o podatku leśnym z dnia 30 października 2002 r.

ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne z dnia 17 maja 1989 r.

ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r.

ustawy Prawo o ruchu drogowym z dnia 20 czerwca 1997 r.

ustawy o ochronie przyrody z dnia 16 kwietnia 2004 r. ?” Odpowiedź nr 37

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, iż jako „komentarz” przyjmuje elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych (całości aktów lub ich części, w tym do aktów zmieniających), zarówno dostępnych wcześniej jako publikacja książkowa, jak i dostępnych wyłącznie w wersji elektronicznej, z zakresu prawa polskiego i prawa europejskiego.

Przystępujący w złożonej w postępowaniu ofercie zaoferował cenę w wysokości 667.840,32 zł brutto oraz w ramach kryterium pozacenowego „dostępność źródeł prawa” w poz. 2 formularza ofertowego zaoferował 1.133.688 komentarzy.

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2018 r. wezwał Przystępującego – Konsorcjum C.H. Beck Spółka z o.o. oraz ABC PRO Spółka z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na powyższy Przystępujący pismem z dnia 16.07.2018 r. złożył wyjaśnienia dołączając do nich dowody w postaci:

- Załącznik 1. Kalkulacja kosztów na potrzeby postępowania DZ270.60.2018 - C.H. Beck sp. z o.o.;
- Załącznik 2. Sprawozdanie finansowe C.H. Beck sp. z o.o. za 2017 r.;
- Załącznik 3. Opinia Biegłego Rewidenta C.H. Beck sp. z o.o. za 2017 r.;
- Załącznik 4, Oferta Wydawnictwa C.H. Beck w przetargu przeprowadzonym przez Zarząd Służby Więziennej 2016 r.;
- Załącznik 5. Informacja z otwarcia Ofert w przetargu dla Polskiej Grupy Górniczej (C.H. Beck sp. z o.o.);
- Załącznik 6. Bilans Aktywa za 2017 r. ABC PRO sp. z o.o.;
- Załącznik 7 Bilans Pasywa za 2017 r. ABC PRO sp. z o.o.;
- Załącznik 8. Rachunek zysków za 2017 r. ABC PRO sp. z o.o
- Załącznik 9. Bilans Aktywa za 2018 r. (stan na dzień 31.05.2018 r.) ABC PRO sp. z o.o
- Załącznik 10. Bilans Pasywa za 2018 r. (stan na dzień 31.05.2018 r.) ABC PRO sp. z o.o
- Załącznik 11. Rachunek zysków i strat za 2018 r. (stan na dzień 31.05.2018 r.) ABC PRO sp. z o.o
- Załącznik 12. Sprawozdanie Finansowe za 2017 r. ABC PRO sp. z o.o
- Załącznik 13 - Kalkulacja ceny ofertowej ABC PRO sp. z o.o
- Załącznik 14. Oferta ABC PRO na dostawę systemu Baza Aktów Własnych dla Banku Gospodarstwa Krajowego
- Załącznik 15. Oferta ABC PRO na systemu Baza Aktów Własnych dla Urzędu Regulacji Energetyki
- Załącznik 16. Oferta ABC PRO na dostawę systemu Baza Aktów Własnych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego.

Odwołujący pismem z dnia 24.07.2018 r. skierowanym do Zamawiającego wskazał, że Zgodnie z zapisami SIWZ jednym z parametrów w kryterium „Dostępność źródeł prawa” jest „Komentarze (K) — suma komentarzy dostępnych w oferowanym przez Wykonawcę SEIP, oznacza elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych (całości aktów lub ich części, w tym do aktów zmieniających), zarówno dostępnych wcześniej jako publikacja książkowa,

jak i dostępnych wyłącznie w wersji elektronicznej, z zakresu prawa polskiego i prawa europejskiego (komentarz — omówienie lub interpretacja przepisów)". Wykonawca, będący podmiotem dysponującym największą na rynku bazą elektronicznych komentarzy do aktów prawnych, po analizie zapisów SIWZ i opierając się na swoim doświadczeniu oraz najlepszej wiedzy pragnie zwrócić uwagę Zamawiającego na zaskakująco dużą liczbę komentarzy zadeklarowanych w ofercie złożonej przez C.H. Beck. Według komunikatu „Nowości w Systemie Legalis lipiec 2018" (tekst dostępny pod C adresem: [https://legalis.pl/wp-content/uploads/2018/07\(Nowosci_7_2018.pdf\)](https://legalis.pl/wp-content/uploads/2018/07(Nowosci_7_2018.pdf))) System Legalis zawiera 2073 komentarze. Nawet przy założeniu, że osobno policzono każdy pojedynczy komentarz do jednostki redakcyjnej (przykład: w komentarzu omawiającym 100 jednostek redakcyjnych aktu prawnego osobno policzono każdy fragment przyporządkowany do danej Jednostki redakcyjnej osiągając liczbę 100 komentarzy) osiągnięcie liczby 1.133.688 wydaje się być mało prawdopodobne. Liczba 1.133.688 znacznie przekracza liczbę możliwą do uzyskania w wyżej przedstawiony sposób, co skłania do poddania w wątpliwość jej poprawności, a zarazem zgodności z zapisami SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 25.07.2018 r. skierowanym do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się o pisemne udzielenie wyjaśnień w zakresie parametrów w kryterium „Dostępność źródeł prawa” w zakresie „Komentarzy (K)".

Zamawiający prosi o wyjaśnienia, czy podana liczba komentarzy w ilości 1 133 688 zadeklarowana przez Wykonawcę w ofercie jest liczbą poprawną i zarazem zgodną z treścią SIWZ. Zgodnie z SIWZ: „Komentarze (K) - suma komentarzy dostępnych w oferowanym przez Wykonawcę SEIP, oznacza elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych (całości aktów lub ich części, w tym do aktów zmieniających), zarówno dostępnych wcześniej jako publikacja książkowa, jak i dostępnych wyłącznie w wersji elektronicznej, z zakresu prawa polskiego i prawa europejskiego. (komentarz — omówienie lub interpretacja przepisów)"

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 25.07.2018 r. oświadczył, że liczba komentarzy wskazana w jego ofercie w ilości 1 133688 jest liczbą poprawną i zgodną z treścią siwz. W przedmiotowej ofercie liczba komentarzy do aktów prawnych została ustalona zgodnie z przyjętą na potrzeby tego postępowania przez Zamawiającego szeroką definicję komentarza.

„Komentarze (K) — suma komentarzy dostępnych w oferowanym przez Wykonawcę SEIP; oznacza elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych (całości aktów lub ich części, w tym do aktów zmieniających), zarówno dostępnych wcześniej, jako publikacja książkowa,

jak i dostępnych wyłącznie w wersji elektronicznej, z zakresu prawa polskiego i prawa europejskiego. (komentarz — omówienie lub interpretacja przepisów) '

Wykonawca pragnie zapewnić, że podobnie jak w wypadku liczby oferowanych komentarzy cała oferta złożona przez Wykonawcę została przygotowana ściśle z SIWZ z zachowaniem szczególnej staranności. Deklarowana ilość poszczególnych typów danych, w niej zawarta — ma swoje odzwierciedlenie w danych zawartych w oferowanym produkcie i spełnia wszelkie stawiane przez Zamawiającego wymogi.

Wykonawca pragnie podnieść, że zgodnie z treścią specyfikacji Zamawiający nie oczekiwał w tym postępowaniu programu standardowego. Wychodząc naprzeciw wyrażonym w SIWZ wymaganiom Zamawiającego, Wykonawca zaoferował produkt dedykowany, zasadniczo odmienny od dostępnych na rynku wersji standardowych, uwzględniający specyficzne potrzeby zamawiającego dotyczące w szczególności szerokiej (oferty) ilości komentarzy. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Wykonawca złożył ofertą zawierającą, zgodnie z podanymi przez Zamawiającego definicjami i podaną metodologią — ilości, m.in.

oferowanych komentarzy, potwierdzając, że zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego określone treścią SIWZ, umożliwiając ocenę oferty.

(Wyrok KO z 16.12.2011 r. sygn. 2571/11)

Zatem z uwzględnieniem powyższej definicji „Komentarzy”, przedmiotową liczbę 1133688 komentarzy Wykonawca uzyskał, sumując posiadane w bazie Systemu Informacji Prawnej „Legalis” autorskie opracowania przepisów prawnych takich jak komentarze (w tym również do aktów UE), monografie, artykuły z czasopism, systemy prawa, praktyczne wyjaśnienia.

Przyjmując (w ślad za powołaną powyżej definicją), że na potrzeby tego postępowania samodzielnym komentarzem, podlegającym zliczeniu jest autorskie omówienie lub interpretacja przepisów, dotycząca całości aktów lub ich części, w tym da aktów zmieniających — przyjmując jako minimum omówienie choćby pojedynczej jednostki redakcyjnej danego aktu prawnego.

Zamawiający pismem z dnia 01.08.2018 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Przystępującego uzyskała łącznie 96,47 pkt, zaś oferta Odwołującego łącznie 72,92 punkty.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Zamawiający uwzględnił wniesione odwołanie w całości.

Przystępujący w toku posiedzenia z udziałem stron wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp dotyczącym funkcji Active Directory, do którego, zdaniem Odwołującego, doszło przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na fakt, iż System Elektronicznej Informacji Prawnej zaoferowany przez Beck nie zawiera funkcjonalności Active Directory Izba wskazuje, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba wskazuje, że przedmiotem dostawy jest System Elektronicznej Informacji Prawnej (SEIP) oraz Systemu Wewnętrznej Informacji Prawnej (SWIP) jako dwa odrębne, jednakże w części komplementarne, systemy informatyczne. Przystępujący, biorący udział w postępowaniu w ramach konsorcjum zaoferował dwa istniejące systemy informacji prawnej, tj. system Legalis Wydawnictwa C. H. Beck Spółka z o.o. oraz system wewnętrznej informacji prawnej oferowany przez drugiego członka konsorcjum, tj. ABC PRO Spółka z o.o.

Według oświadczenia złożonego przez Przystępującego w treści oferty oraz doprecyzowanego na rozprawie dwa ww. systemy będą posiadały niezależny od siebie panel administratora w postaci funkcjonalności Active Directory, w które zostaną uzupełnione w wyniku modyfikacji oprogramowania. Ponadto jak wskazywał Przystępujący oba te systemy były już wielokrotnie integrowane ze sobą, zaś samo wprowadzenie ww. funkcjonalności jest zmianą niewielką i zostanie dokonane przez informatyków zatrudnionych u wykonawcy C. H. Beck Spółka z o.o.

Izba pragnie zwrócić uwagę na fakt, że dostawa produktów dedykowanych na rzecz konkretnego postępowania, jak również ich modyfikowanych wersji, w tym w szczególności w obszarze informatycznym jest powszechną rynkową praktyką w ramach zamówień publicznych. Nic bowiem nie stoi na przeszkodzie aby dwaj właściciele i *de facto* twórcy systemów dokonali ich modyfikacji na potrzeby konkretnego postępowania.

Co do stanowiska Odwołującego Izba wskazuje, iż sam fakt zadawania pytań przez wykonawcę celem potwierdzenia wymagań Zamawiającego nie może samoistnie świadczyć

o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Dodatkowo Izba zwraca uwagę na fakt, że kwestia funkcjonalności Activ Directory stała się również przedmiotem wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej (vide str. 16 wyjaśnień z dnia 16.07.2018 r.). Brak jest zatem podstaw do przyjęcia jedynie na podstawie przypuszczeń Odwołującego, że zaoferowany przez Przystępującego system nie będzie na etapie realizacji wyposażony w tę funkcję odrębnie dla SIP oraz SWIP.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Skład orzekający dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i racjonalnego rozumowania.

Co jednocześnie niezwykle istotne dla oceny podniesionych zarzutów Izba rozpoznając odwołanie bada czynności i zaniechania podmiotu zamawiającego w kontekście postawionych w odwołaniu zarzutów (wzorców kontroli) i przedstawionych okoliczności faktycznych (faktów wykazanych stosownymi dowodami). W tym znaczeniu, w kontekście dokonanej przez Zamawiającego czynności, za zasadniczy materiał dowodowy uznać należy te fakty (w postaci dokumentów i wyjaśnień), które legły u podstaw zaskarżonej czynności.

Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostał wymogom związanym z procesem dowodzenia ujętym w przywołanej wyżej regulacji art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, że istnieją prawne lub techniczne przeszkody uniemożliwiające Przystępującemu dokonanie takiej modyfikacji. Nie wykazał również, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego doszło do sytuacji, że Przystępujący wykluczył możliwość uzyskania funkcjonalności Active Directory odrębnie dla każdego modułu.

W ocenie Izby jest oczywiste, że w ramach zamówień publicznych należy dopuścić zarówno przedmioty istniejące, jak również dedykowane (modyfikowane lub wytworzone na potrzeby konkretnego zamówienia). Nie sposób założyć, że tylko istniejące wyroby mogą być zaoferowane w postępowaniu, gdyż przy takim podejściu należałoby wykluczyć możliwość rozwoju produktów, wprowadzanie rozwiązań innowacyjnych, co w rzeczywistości skutkowałoby zalegalizowaniem monopolu wykonawców, którzy dysponują na moment wszczęcia postępowania gotowymi rozwiązaniami oczekiwanymi przez podmiot zamawiający.

Zdaniem Izby okoliczności tej nie zmienia również przywołanie przez Odwołującego zapytania do treści SIWZ wniesionego w toku postępowania, gdyż z samego faktu, że takie zapytanie wpłynęło nie sposób wydedukować, że Przystępujący nie jest w stanie takiego rozwiązania zaoferować. Z pewnością w interesie Przystępującego byłaby rezygnacja przez Zamawiającego z tego wymogu, gdyż wówczas nie musiałby ponosić kosztów modyfikacji systemu. Jednakże Przystępujący uzyskał wiedzę, że Zamawiający nie zrezygnuje z tej funkcjonalności – będzie zatem zmuszony do dostarczenia takiego produktu, który będzie w nią wyposażony. Oczywiście bowiem jest, że w tym zakresie mamy do czynienia nie z oświadczeniem wiedzy złożonym w toku postępowania przez Przystępującego, lecz z jego oświadczeniem woli złożonym ze skutkiem na przyszłość (*pro futuro*) w ramach złożonej oferty, które to oświadczenie będzie przez Zamawiającego weryfikowane na etapie dostawy ze wszystkimi konsekwencjami, jakie mogą zostać wysunięte wobec wykonawcy w przypadku, gdy w toku realizacji przedmiotu zamówienia przedmiot nim objęty nie będzie spełniał wymagań podmiotu zamawiającego.

W tym zakresie Izba pragnie również zwrócić uwagę na okoliczność, że zarzut odnoszący się do funkcji Active Directory został przez Odwołującego oparty na hipotezach i przypuszczeniach – a więc nie został on poparty żadnymi dowodami wprost świadczącymi, o braku możliwości dostarczenia oprogramowania zawierającego taką funkcjonalność. Stąd też zarzut ten podlegał oddaleniu.

W zakresie tej samej podstawy faktycznej i wskazanego w odwołaniu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i złożonych przezeń oświadczeń w postępowaniu - w zakresie dotyczącym ww. funkcjonalności, pomimo istnienia okoliczności wskazujących na uzasadnione po stronie Zamawiającego wątpliwości co do oferty i złożonych oświadczeń Izba wskazuje, że Odwołujący nie podołał ciężącym na nim obowiązkom związanym z ciężarem dowodu – a zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło do wykazania, że w tym wypadku zastosowanie winny mieć regulacje związane z wezwaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

II. W zakresie zarzutów związanego z zaoficerowaną przez Przystępującego ilością komentarzy Izba ocenie poddała zarówno treść wymagań Zamawiającego w tym zakresie (w szczególności definicję pojęcia „komentarz”), jak również sposób definiowania tego pojęcia w innych postępowaniach przez innych zamawiających oraz deklaracje składane w tym zakresie obecnie i dotychczas przez Odwołującego (w zasadzie jednego członka Konsorcjum – C. H. Becka Spółka z o.o.) oraz deklaracje samego Odwołującego. Analiza tych elementów pozwala w pierwszej kolejności na przyjęcie założenia, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu przyjął szerokie rozumienie pojęcia „komentarz”.

W drugiej kolejności Izba pragnie odnieść się do kwestii związanej z zarzutem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Otóż w tym wypadku zgodzić się należy z argumentacją Przystępującego, iż fakt szczegółowego wyjaśnienia sposobu liczenia przez tego wykonawcę ilości komentarzy, w tym sposób rozumienia przez niego definicji zawartej w treści SIWZ nie pozwala na przyjęcie, że mogło dojść do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Dodatkowo, co istotne dla ewentualnego wpływu tego naruszenia na postępowanie odwoławcze, nawet w przypadku uznania, że sposób liczenia komentarzy był odmienny od wynikającego z treści SIWZ Odwołujący nie podniósł w tym zakresie zarzutów w treści odwołania. Otóż Odwołujący przyjął, że taki sposób liczenia komentarzy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz jednocześnie podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wyżej wskazano, w kontekście wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 25.07.2018 r. na str. 2 ww. wyjaśnień zostało jednoznacznie i szczegółowo wskazane, w jaki sposób Przystępujący dokonał wyliczenia ilości komentarzy i w jaki sposób zinterpretował wymóg Zamawiającego w kontekście udzielonych wyjaśnień. Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w piśmie z dnia 25.07.2018 r. *„zatem z uwzględnieniem powyższej definicji „Komentarzy”, przedmiotowa liczbę 1.133.688 komentarzy Wykonawca uzyskał, sumując posiadane w bazie Systemu Informacji Prawnej „Legalis” autorskie opracowania przepisów prawnych takich jak komentarze (w tym również do aktów UE), monografie, artykuły z czasopism, systemy prawa, praktyczne wyjaśnienia. Przyjmując (w ślad za powołaną wyżej definicją), że na potrzeby tego postępowania samodzielnym komentarzem, podlegającym zliczeniu jest autorskie omówienie lub interpretacja przepisów, dotycząca całości aktów lub ich części, w tym da aktów zmieniających – przyjmując jako minimum omówienie choćby pojedynczej jednostki redakcyjnej danego aktu prawnego. Konkludując, przedmiotowa liczba komentarzy została uzyskana na skutek zliczenia indywidualnych powiązań redakcyjnych pomiędzy dokumentem autorskim a jednostką redakcyjną aktu prawnego. W tym miejscu należy podkreślić, że w sytuacji gdy komentarz danego autora obejmował przepisy kilku aktów prawnych, to na liczbę komentarzy Wykonawca zliczał sumę aktów prawnych omówionych, w danym komentarzu”.*

Powyższe wyjaśnienia obrazują jednoznacznie, jaki sposób liczenia komentarzy został przyjęty przez Przystępującego – co jednocześnie pokazuje, jak przebiegała wykładnia definicji pojęcia „Komentarz” ujętego w treści SIWZ przez tego wykonawcę. Izba mając na uwadze strukturę SIP Legalis, w tym występujące pod poszczególnymi jednostkami redakcyjnymi przepisów rozwinięcia pod postacią nie tylko komentarzy, lecz również piśmiennictwa, praktycznych wyjaśnień, czy też interpretacji przyjęła taką liczbę za możliwą do uzyskania.

Na przykładzie omawianego szeroko na rozprawie art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny należy wskazać, że przepis ten zawiera zarówno komentarze, piśmiennictwo, praktyczne wyjaśnienia oraz interpretacje. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał jednak aby poszczególne moduły zawierały treść nie wpisującą się w przyjętą w ramach przedmiotowego postępowania definicję pojęcia „komentarz”, jak również nie wykazał w jaki jego zdaniem sposób doszło do „multiplikacji” tych pozycji. Izba mając świadomość faktu, że na rynku istnieje jedynie dwóch znaczących dostawców tego typu narzędzi, którzy znają oferowane przez siebie produkty, uznała takie zaniechanie za pozwalające na przyjęcie, że Odwołujący nie sprostął ciężącym na nim obowiązkom dowodowym.

W kontekście tego zarzutu na uwagę zasługuje również analiza oświadczeń woli w zakresie komentarzy zawartych w innych postępowaniach wynikająca z informacji zawartych w dowodach złożonych zarówno przez Odwołującego, jak również Przystępującego.

Co niezwykle istotne, zadeklarowanie ilości komentarzy w ramach przedmiotowego postępowania jest tylko po części oświadczeniem wiedzy wykonawcy (opartym w tym wypadku na możliwości technicznych jego systemu i zasobności posiadanej bazy danych), a stanowi, co do zasady klasyczne oświadczenie woli składane na przyszłość i pozostające poza możliwością jego badania co do jego prawdziwości. Jeżeli Odwołujący nie wykazał, że system oferowany przez Przystępującego nie może z przyczyn technicznych zawierać takiej ilości komentarzy, takiego wniosku nie można przyjąć tylko i wyłącznie w oparciu o oświadczenia wnoszącego odwołanie.

W kontekście argumentacji Odwołującego należy również zwrócić uwagę na fakty, iż sam Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył oświadczenie woli obejmujące liczbę około 500.000 komentarzy, gdy z dowodu złożonego przez Przystępującego wynika, że deklarowana dla systemu informacji prawnej LEX liczba komentarzy wynosi 2.700 (vide wydruk ze strony www.produkty.lexpl/komentarze). Z powyższego wynika, że Odwołujący również skorzystał z „dobrodziejstwa” szerokiego rozumienia pojęcia „komentarz”.

Nawet gdyby Odwołujący, w zakresie tego zarzutu sformułował wnioski o obniżenie punktów przyznanych Przystępującemu, to pozostawałyby one bez wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Jak wykazał bowiem Przystępujący, czego Odwołujący nie kwestionował w toku rozprawy, nawet gdyby ofercie Przystępującego

przyznano minimalną ilość punktów w kryterium „dostępność źródeł prawa” w podkryterium „liczba komentarzy” jego oferta byłaby najkorzystniejsza ekonomicznie i uzyskalaby najwyższą liczbę punktów w oparciu o kryteria oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w tym w szczególności definicję pojęcia „komentarz” (ustaloną w ramach przedmiotowego postępowania) Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzo, gdyż jest on zarzutem wynikowym, jak również Odwołujący nie wykazał w jaki sposób mogłoby dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności eliminacji Odwołującego z rynku. Nieuzyskanie zamówienia w ramach jednego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie może być utożsamiane z czynem polegającym na utrudnianiu dostępu do rynku, czy wręcz eliminacji wykonawcy z udziału w nim.

III. W zakresie zarzutów odnoszących się do kwestii rażąco niskiej ceny Izba uznała, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05].

Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.”*. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Analogicznie różnice procentowe, na które wskazywał Odwołujący, nie przesądzają o prawidłowości skonstruowania wynagrodzenia przez poszczególnych wykonawców. Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej.

Odnosząc się do *meritum* sporu w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przedmiot zamówienia obejmuje *de facto* dostawę licencji uprawniających do korzystania z gotowego oprogramowania, które jedynie w niewielkim zakresie zostanie dopasowane do indywidualnych wymagań i potrzeb Zamawiającego (funkcjonalność Active Directory).

Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. dostawami miękkimi, tj. dostawami wartości intelektualnych obejmujących określone prawo do korzystania z gotowego wytworu (produktu), co do zasady powtarzalnego, będącego jedynie przedmiotem usług utrzymaniowych, znajdującego się w ciągłym rozwoju – co nie zmienia faktu, że jest to produkt powtarzalny. Takie też przesłanki należy wziąć pod uwagę poddając analizie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba poddając analizie wyjaśnienia Przystępującego oparte o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uznała, że są one spójne, konsekwentne, szczegółowe i oparte na wiarygodnych danych i założeniach mikroekonomicznych. Wykonawcy składając wyjaśnienia założyli uzyskanie zysku na poziomie 29%. Dodatkowo w ich treści odniesiono się do innych postępowań, w ramach których podobny był okres dostępu do systemu informacji prawnej, jak również sposób dostępu (rodzaje licencji). Przystępujący na str. 8 wyjaśnień z dnia 16.07.2018 r. wskazał ponadto, że oferowany przez niego system informacji prawnej dysponuje zautomatyzowanymi funkcjami „importera aktów prawnych” oraz narzędzi do tzw. „xml-izacji”, które działają w pełni automatycznie, co daje im przewagę nad tradycyjnymi narzędziami służącymi do migracji danych zmniejszając pracochłonność do absolutnego minimum. Wyjaśnienia te Izba uznała za spójne i wiarygodne uznając, że oferowany od wielu lat, ciągle rozwijany i w zasadzie gotowy produkt (analogicznie jak produkt Odwołującego) pozwala na dość swobodną politykę cenową, w szczególności gdy przedmiotem dostawy nie jest pojedyncza licencja, lecz znaczny ich zbiór.

Mając na uwadze charakter świadczenia (licencje uprawniającego do dostępu do aplikacji) obsługa przedmiotu dostawy sprowadza się zasadniczo do konieczności ponoszenia kosztów utrzymania aktualności oferowanych produktów, który jest dla wykonawcy kosztem stałym, niezależnym od skali działalności oraz z kosztami zmiennymi (vide str. 9 wyjaśnień z dnia 16.07.2018 r.).

Z treści złożonych przez Przystępującego wyjaśnień daje się również wywieść kolejny element jego przewagi ekonomicznej obejmujący efekt skali, który ma charakter bezwzględny i pozwala na redukcję kosztów prowadzenia działalności. Przystępujący wskazał, że Edytor Aktów Prawnych XML Legislador wraz z aplikacją SWIP/BAW jest obecny w ponad 90% urzędów jednostek samorządu terytorialnego i szeregu innych instytucji (łącznie 2950 instytucji). Mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia okoliczność ta ma ścisły związek ze sposobem kalkulacji ceny.

Dodatkowo, mając na uwadze czynności wezwania przez Zamawiającego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jak również ich ocenę Izba uwzględniła argument Przystępującego, że wartość szacunkowa wyliczona przez Zamawiającego została dokonana na podstawie analogicznej dostawy świadczonej w okresie poprzedzającym wszczęcie przedmiotowego postępowania. Przystępujący wskazał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że w okresie

poprzedzającym to ten ostatni podmiot realizował analogiczne zamówienie dla Zamawiającego, stąd też wartość ta została wyliczona w oparciu o tę ofertę. W ramach tego argumentu Izba uwzględniła również okoliczność, że rynek tego typu produktów jest bardzo ograniczony – a zatem brak jest na nim szerokiej konkurencji i w zasadzie produkty dwóch podmiotów dominują na tym rynku. Rozbieżność cen obu tych produktów winna być oceniana inaczej ze względu na ograniczoność podaży mającą wpływ na ustalenie średnich kosztów zakupu licencji.

Mając na uwadze okoliczności związane z rynkiem właściwym, treść wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Przystępującego, poparcie tych wyjaśnień dowodami (w tym przedstawienia kalkulacji szczegółowej wraz z wynikami finansowymi obu członków Konsorcjum) Izba uznała, że nie możemy w tym wypadku mówić o złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym też kontekście Izba oceniła zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – jako zarzut wynikowy, uznając że zarzut ten nie potwierdził się.

IV. W kontekście zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 2, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i wskazanych łącznie z nim przepisów aktów wykonawczych Izba wskazuje, iż Zamawiający w wyniku wniesienia odwołania uwzględnił podniesione zarzuty oraz udostępnił Odwołującemu żądane dokumenty, czyniąc to na dzień przed rozpoznaniem odwołania. Izba na mocy art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Jednakże Izba poddając ocenie ww. zarzutu ma na uwadze okoliczność, że żądane przez Odwołującego dokumenty pozostają w ścisłym związku z innymi zarzutami odwołania, które Izba poddała ocenie uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie. Jak wynika z treści art. 180 ustawy Pzp przedmiotem oceny w ramach środków ochrony prawnej są czynności podmiotu zamawiającego przedsięwzięte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś w związku z rozkładem ciężaru dowodu w ramach badania zarzutów związanych z rażąco niską ceną Izba uwzględnia jedynie dowody złożone przez wykonawcę Zamawiającemu. Stąd też w kontekście tych zarzutów Izba poddała ocenie dokumentację postępowania weryfikując poprawność działań Zamawiającego. Izba uznała, że działania Zamawiającego były nieprawidłowe, gdyż winien on udostępnić Odwołującemu objęte żądaniem dokumenty.

Tym samym nawet uwzględnienie zarzutów związanych z udostępnieniem dokumentacji postępowania, w kontekście normy prawnej ujętej w treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, jako nie mających wpływu na wynik przedmiotowego postępowania, nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania.

V. W zakresie zarzutów z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 w zw. z art. 5 pkt 5 ustawy Pzp, zarzuty te jako wynikowe, dzielą los zarzutów szczegółowych, związanych z oceną czynności skutkujących wyborem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby nie sposób doszukać się w działaniach Zamawiającego naruszeń skutkujących nieprawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej, w tym w szczególności zaniechaniem jej odrzucenia ze względu na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Choć ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwiera otwarty katalog takich czynów nie sposób przyjąć, że podmiot, który formułuje zarzuty oparte o przepisy tej ustawy, nie jest zobligowany do wskazania charakteru takiego czynu oraz jego następstw, w tym w szczególności wskazania w jaki sposób dochodzi do naruszenia jego prawem chronionych interesów. Jeżeli Odwołujący referuje do okoliczności związanych z eliminacją konkurencji z rynku, utrudniania dostępu do niego winien sprecyzować i wykazać na czym zasadzają się te działania w określonych realiach przy uwzględnieniu jego sytuacji podmiotowej.

Odwołujący nie uczynił powyższego, zaś rolą Izby w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej nie jest poszukiwanie znamion czynów określonych w przywołanych w odwołaniu przepisach, w szczególności w przypadku, gdy dochodzi do oddalenia zasadniczych zarzutów zawartych w odwołaniu. Nawet bowiem w przypadku ich uwzględnienia brak konkretyzacji sposobu popełnienia czynów związanych z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji stałby na przeszkodzie stwierdzenia wystąpienia takiego czynu, gdyż sposób naruszenia konkurencji materializuje się każdorazowo w odmienny sposób, przy uwzględnieniu realów rynkowych, zdefiniowaniu dla danej branży rynku właściwego, sposobu popełnienia czynu w uwzględnieniu, w szczególności, jego skutków mających bezpośrednio lub pośrednio przełożenie na sytuację podmiotową przedsiębiorcy dotkniętego takim czynem. Brak wykazania tych wszystkich przesłanek powoduje, że tak sformułowany zarzut należy uznać za blankietowy.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

