

Sygn. akt KIO 843/16

WYROK
z dnia 6 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2016 r. przez Qumak S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy Polcom Sp. z o.o. w Skawinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Qumak S.A. w Warszawie w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Qumak S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zakup usługi serwisu sprzętu dla centralnych systemów: KSIP, KCIKt CSD, ERCDS, CBŚP i BSW, SIO, SYNAPS, FP, SEWN, SWOP, GAZELA, SWLP, Sieć Teleinformatyczna CBŚP, CHILD ALERT, ZSODE”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 lutego 2016 r., pod numerem 2016/S 027-043795. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 9 maja 2015 r. informacji o wyniku postępowania 19 maja 2016 r. Qumak S.A. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp przez błędną ocenę oferty Comparex Poland Sp. z o.o. w Warszawie oraz ITC S.A. w Warszawie i wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp oraz zaniechanie odrzucenia tych ofert jako zawierających rażąco niską cenę;
2. art. 8 ust 1-3 oraz art. 96 ust 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Comparex Poland Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, że podmiot ten nie wykazał, że dane tam zawarte stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa;
3. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503, ze zm., zwaną dalej „u.z.n.k”) w zw. z art. 8 ust. 2 oraz 3 Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Comparex Poland Sp. z o.o. w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty oraz w ofercie, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych tj. zasady jawności postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Cornparex Poland Sp. z o.o., odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. i ITC jako zawierającej rażąco niską cenę, udostępnienia odwołującemu wyjaśnień Comparex Poland Sp. z o.o. dotyczących elementów

oferty mających wpływ na cenę oferty, tj. pism z dnia 6 kwietnia 2016 roku oraz z dnia 6 maja 2016 r., dokonania ponownej oceny ofert oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż „wykazanie” ustawowych przesłanek ochrony informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej cenę musiało być dokonane nie później niż przy składaniu wyjaśnień. Twierdzenia w tym zakresie nie powinny być gołosłowne, lecz poparte konkretnymi dowodami, których Comparex Poland Sp. z o.o., zastrzegając tajemnicę swych wyjaśnień, nie załączył.

Odwołujący podniósł, że postanowienia wzoru umowy, którą zamawiający zamierza zawrzeć z wykonawcą, zważywszy na przepisy dotyczące autorskich praw majątkowych, oznaczają w praktyce, że do realizacji przedmiotu umowy, w takim zakresie w jakim oczekiwał tego zamawiający, niezbędne jest posiadanie wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania typu firmware, którym są odpowiednio HP oraz IBM. Konsekwencją powyższego jest konieczność wykupienia tzw. pakietów serwisowych od HP oraz IBM i uwzględnienia ich w cenie realizacji przedmiotu zamówienia. Minimalny koszt oby tych pakietów serwisowych w sposób istotny przekracza całość zaoferowanej przez Comparex Poland Sp. z o.o. (oraz ITC) ceny. To oznacza, że za cenę zaoferowaną przez Comparex Poland Sp. z o.o. (bądź ITC) nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wyjaśnił również odwołujący, że każdy wykonawca składając ofertę na realizację zamówienia powinien uwzględnić co najmniej takie grupy kosztowe jak:

1. koszty działalności call center pracującego w trybie 24/7/365 dni - minimalnie cztery pełne etaty, czyli licząc nawet po najniższym wynagrodzeniu za pracę czyli 1.850,00 zł brutto, tj. 2.231,29 zł kosztu dla pracodawcy, wynika że koszt ten wyniósłby 8.925,16 zł miesięcznie, tj. 214.203,84 zł na okres dwóch lat;
2. koszty wysokokwalifikowanej kadry bezpośrednio wykonującej naprawy oraz innej kadry pracującej przy realizacji zamówienia (np. tzw. koordynatora);
3. koszty przeglądów technicznych oraz konserwacji;
4. koszty dojazdów;
5. koszty części zamiennych (leżące całkowicie po stronie wykonawcy).

Wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca Polcom Sp. z o.o. w Skawinie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Wykonawcy zachowali

termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie odwołania i uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik (przystępujący Comparex Poland Sp. z o.o.) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

O udzielenie zamówienia w badanym postępowaniu ubiegało się czterech wykonawców, którzy złożyli oferty z cenami:

1. Polcom Sp. z o.o. w Skawinie – 4.199.994,90 zł;
2. odwołujący – 4.251.458 zł;
3. ITC S.A. – 2.500.000 zł;
4. przystępujący Comparex Poland Sp. z o.o. – 2.456.337 zł.

Zamawiający powołując się na fakt, że ceny ofert Comparex Poland Sp. z o.o. i ITC S.A. przekraczają o 30% wartość zamówienia wezwał tych wykonawców do złożenia wyjaśnień. Treść wezwania powielala treść art. 90 ust. 1-3 Pzp. Wykonawcy pismami z 6 kwietnia 2016 r. udzielili wyjaśnień, przy czym Comparex Poland Sp. z o.o. zastrzegł ich przeważającą treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający, zgodnie z regułami ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przeprowadził aukcję, w wyniku której uzyskał oferty z cenami:

1. Polcom Sp. z o.o. w Skawinie – 3.760.000 zł;
2. odwołujący – 3.695.000 zł;
3. ITC S.A. – 2 326 000 zł;
4. przystępujący Comparex Poland Sp. z o.o. – 1.279.350 zł.

Zamawiający ponownie wezwał Comparex Poland Sp. z o.o. i ITC S.A. do złożenia wyjaśnień, z uwzględnieniem obniżek cenowych oraz w świetle wcześniej złożonych pism.

Obaj wykonawcy zastrzegli treść udzielonych wyjaśnień (odpowiednio pisma z 6 i 5 maja 2016 r.) jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazane okoliczności sprawy zostały ustalone na podstawie wskazanych dokumentów i nie są sporne.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Izba nie podzieliła poglądu przystępującego Comparex Poland Sp. z o.o. i uznała, że odwołanie podlega rozpoznaniu w całości, zatem również w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę złożonych przez przystępującego.

Zarzut ten został podniesiony z zachowaniem terminu ustawowego. Jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie – odwołujący zwrócił się o udostępnienie tych pism po wyborze najkorzystniejszej oferty. Odpowiada to dyspozycji art. 96 ust. 2 i 3 Pzp, zgodnie z którymi wyjaśnienia wykonawcy dotyczące ceny jego oferty stanowią załącznik do protokołu udostępniany dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem podniesienie zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu tych dokumentów przez wadliwe przyjęcie, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, w terminie liczonym od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nastąpiło w terminie.

Wbrew twierdzeniom przystępującego podnosząc ten zarzut odwołujący wykazał przesłanki wymagane przez art. 179 ust. 1 Pzp. Dostęp do dokumentów składanych przez wykonawców konkurujących o uzyskanie zamówienia publicznego ma bezpośredni związek z możliwością kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu i uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. W indywidualnych okolicznościach danej sprawy potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp może mieć wpływ na wynik postępowania.

Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę mają za zadanie potwierdzić prawidłowe obliczenie ceny tej oferty, to że nie podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Nie może budzić wątpliwości, że znajomość tego dokumentu jest w interesie uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, który w celu uzyskania zamówienia chce doprowadzić do odrzucenia oferty konkurenta na podstawie powołanych przepisów. Tym samym zaniechanie udostępnienia wyjaśnień grozi odwołującemu poniesieniem szkody.

Nie podzielono poglądu odwołującego co do możliwości odstąpienia od rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Comparex Poland Sp. z o.o. i ITC S.A. z powodu rażąco niskiej ceny tych ofert.

Przepisy ustawy w obowiązującym brzmieniu nie dają Izbie podstaw do odstąpienia od badania jednego z zarzutów podniesionych w odwołaniu, jeśli odwołujący tego zarzutu nie wycofał. Dostrzec należy, że nawet w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni część zarzutów odwołania Izba może jedynie odstąpić od przeprowadzenia postępowania dowodowego w

tym zakresie (art. 190 ust. 5 Pzp), jednak nie może umorzyć postępowania odwoławczego co do uwzględnionego zarzutu. Ustawa nie zna bowiem instytucji umorzenia postępowania odwoławczego w części.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert Comparex Poland Sp. z o.o. i ITC S.A. z powodu rażąco niskiej ceny tych ofert został wniesiony z zachowaniem terminu ustawowego, liczonego od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zatem nie jest przedwczesny. Należy też mieć na względzie, że obowiązująca ustawa zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje odrzucenie odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, jednak nie posługuje się pojęciem „uchylenia terminu”, które dawałoby możliwość odrzucania odwołań wniesionych przedwcześnie. Co do zasady zarzut podniesiony po upływie terminu ustawowego nie podlega rozpoznaniu (*arg. a maiori ad minus* z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp), a taka sytuacja nie wystąpiła w badanym postępowaniu.

Skoro odwołujący nie wycofał zarzutu zaniechania odrzucenia Comparex Poland Sp. z o.o. i ITC z powodu rażąco niskiej ceny tych ofert, podlegał on rozpoznaniu.

Bez znaczenia dla zakresu rozpoznania odwołania pozostaje również przyznany przez zamawiającego fakt upływu terminu związania ofertą ITC S.A. Okoliczność ta może mieć znaczenie przy ponowieniu przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zaś dla ustalenia zakresu rozpoznania odwołania.

Odwołanie okazało się niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia. Przepis ten pozwala na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem i odmowę udostępnienia określonych informacji dotyczących wykonawcy w sytuacji, gdy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., który ponadto wykazał i zastrzegł w nieprzekraczalnym terminie wskazanym w art. 8 ust. 3 Pzp, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 8 ust. 3 Pzp literalnie odnosi się do informacji dotyczących oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W orzecznictwie Izby ukształtował się jednak pogląd, w myśl którego wykonawca może zastrzec również jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje składane zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Do zastrzeżenia informacji składanych zamawiającemu w piśmie zawierających wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę stosuje się *per analogiam* art. 8 ust. 3 Pzp.

Przywołany przepis stawia wykonawcy, który chce dokonać zastrzeżenia informacji wymagania o charakterze materialnym i formalnym. Ten pierwszy jest spełniony, gdy dana

informacja nie została udostępniona do wiadomości publicznej, posiada wartość gospodarczą a przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 u.z.n.k). Drugi, gdy wykonawca wywiązał się w terminie z ciążącego na nim obowiązku wykazania, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa.

Rozstrzygnięcie zarzutu odwołania sprowadza się do oceny, czy przystępujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Dochowanie terminu na dokonanie zastrzeżenia nie jest kwestionowane.

Izba zważyła, że wyjaśnienia przystępującego zawarte w pismach z 6 kwietnia i 6 maja 2016 r., pomimo lapidarności są wystarczające. Dla wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma znaczenia obszerność oświadczenia wykonawcy, lecz ich treść w powiązaniu z charakterem zastrzeżonych informacji.

Z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, poszanowanie tej tajemnicy nie pozwala na szczegółowe rozważania oparte na konkretnych sformułowaniach i wywody uzasadnienia muszą opierać się jedynie na dozwolonym odwołaniu się do zastrzeżonego dokumentu.

Przystępujący w piśmie z 6 kwietnia 2016 r. wskazał założenia, którymi kierował się przy wyliczeniu ceny oferty wskazując dane i wartości najważniejszych pozycji kosztotwórczych. Wykorzystane zostały przy tym dane znane wyłącznie odwołującemu i dla niego charakterystyczne. Izba nie miała wątpliwości, że te indywidualne informacje charakteryzujące zachowania biznesowe przystępującego mają wartość gospodarczą. Wobec zamiaru zamawiającego przeprowadzenia aukcji elektronicznej wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji przekracza ramy badanego postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uwzględniła również koniczność poszanowania informacji istotnych dla zamawiającego, o których przystępujący powziął wiedzę w związku z wykonywaniem umowy na rzecz zamawiającego.

W piśmie z 6 maja 2016 r. przystępujący wskazał źródło finansowania znaczącego obniżenia ceny w czasie aukcji elektronicznej. Wartość gospodarcza tej informacji nie budzi wątpliwości.

Comparex Poland Sp. z o. o. w obu pismach wyjaśniających elementy oferty mające wpływ na ich cenę zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, tym samym zastrzeżone informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej, a przystępujący podjął minimalne niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba zważyła również, że poziom szczegółowości wyjaśnień jest adekwatny do treści wezwania zamawiającego. Zamawiający nie wymagał bowiem szczegółowego podanie

elementów kosztotwórczych poszczególnych pozycji.

Zarzut rażącego zaniżenia cen ofert przystępującego i ITC nie znalazł potwierdzenia. Dostrzec należy przede wszystkim, że badanie ceny oferty przez zamawiającego, ma na celu rozwianie wątpliwości co do rzetelności obliczenia ceny oferty. Rzetelna cena oferty to cena, za którą z należytą starannością wykonawca może zrealizować umowę w sprawie zamówienia publicznego. Ta konstatacja prowadzi do stwierdzenia, że poprawność obliczenia ceny oferty należy badać w odniesieniu do wymagań stawianych wykonawcy wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Art. 140 ust. 1 Pzp stanowi bowiem, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Natomiast zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym nie można stawiać zarzutu rażącego zaniżenia ceny oferty w oparciu o wymagania, których zamawiający nie wyraził w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tak właśnie postąpił odwołujący.

Zarzut pominięcia w cenie ofert przystępującego i ITC S.A. kosztów wsparcia udzielanego przez firmy HP oraz IBM nie ma oparcia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba przyznała rację zamawiającemu, że postanowienia specyfikacji nie kształtują takiego obowiązku, nie nakładają również powinności utrzymania call center, którego koszty zdaniem odwołującego przystępujący i ITC S.A. pominieli.

Wobec braku w SIWZ wymagania zapewnienia wsparcia producenta oprogramowania przez cały okres wykonywania umowy również dowody powołane przez odwołującego nie mogły odnieść zamierzonego skutku. Na ich podstawie można ewentualnie wysnuć wniosek, że skoro zamawiający nie zastrzegł konieczności zawarcia umowy z producentem oprogramowania, to dopuścił możliwość wykonania umowy, albo przy stałym wsparciu producenta oprogramowania, albo przez wykupywanie pojedynczych licencji niezbędnych do wykonania serwisu danego urządzenia. Obie te sytuacje pozwalają na poszanowanie wymagań wzoru umowy dotyczących praw autorskich.

Jeśli jednak zdaniem odwołującego zakup usługi wsparcia jest niezbędny dla poprawnego wykonania umowy, winien kwestię tę wyjaśnić na wcześniejszym etapie postępowania przed upływem terminu składania ofert, kiedy to ustawa pozwala na podnoszenie braku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, do którego zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 29 ust. 1 Pzp. Obecnie Izba musi rozpoznać zarzuty odwołania opierając się na opisie przedmiotu zamówienia takim, jaki on jest.

Twierdzenia odwołującego uznano więc za spóźnione z uwagi na upływ terminu

wskazany w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp kwestionowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, gdyż jego przeprowadzenia prowadziłyby wyłącznie do przewlekłości postępowania (art. 190 ust. 6 Pzp). Skoro bowiem w oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonać umowę można dysponując pakietem serwisowym HP i IBM albo wykupując niezbędne licencje na oprogramowanie tych firm, którymi zamawiający nie dysponuje w związku zakupem sprzętu, to ustalenie, że nie jest technicznie możliwe stosowanie oprogramowania typu firmware innego niż produkcji HP i IBM w warunkach sprzętowych wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla badanego postępowania oraz że ewentualne zamienniki tego oprogramowania nie zapewniają poprawności działania innych jednostek sprzętowych, pozbawione jest jakiegokolwiek doniosłości dla rozstrzygnięcia zarzutu.

Reasumując, zamawiający wybierając ofertę przystępującego i oceniając jako drugą w kolejności ofertę ITC nie dopuścił się zarzucanych mu przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: