

Sygn. akt: KIO 2090/17

WYROK
z dnia 20 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2017 r. przez **Wykonawcę – I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w W. przy (...) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Kancelarię Sejmu** w Warszawie, ul. Wiejska 4/6/8 (00-902 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy **A.S.K. Spółka jawna** z siedzibą w K. przy (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę I. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę I. Sp. z o.o. z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Kancelarię Sejmu, Biuro Inwestycyjno-Techniczne w Warszawie na *dostawę systemu agregowania i korelowania informacji* (nr ref.: BIT/3021-29/17/JK), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lipca 2017 r. nr 2017/S 135-276394, wobec wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez A.S.K. Sp. j., Wykonawca I. Sp. z o.o. wniósł w dniu 5 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2090/17).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców drogą mailową w dniu 25.09.2017 r., a w dniu 29.09.2017 r. odmówił Odwołującemu udostępnienia wyjaśnień złożonych przez A. w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, powołując się na klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej części wyjaśnień A. pomimo, iż nie wykazało, wbrew obowiązkowi wynikającemu z pkt X ust. 13 w rozdziale I siwz, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało naruszeniem siwz, a także art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp;
2. zaniechanie wykluczenia z postępowania A. pomimo tego, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale I ust. V pkt 2 lit. a ppkt 1 siwz, tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień dotyczących systemu bezpieczeństwa sieciowego, o wartości nie mniejszej niż 400.000 zł brutto każde, co skutkowało naruszeniem art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, ewentualnie naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania A. do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia wyjaśnień odnoszących się do wykazu dostaw i referencji;
3. zaniechanie wykluczenia z postępowania A. pomimo tego, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje, lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, tj. złożył oświadczenie z dnia 21.08.2017 r. w postaci JEDZ i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym osób, które zostaną skierowane do wykonania zamówienia, chociaż p. Karol Więsek (lp. 3 w wykazie osób) nawiązał współpracę z A. dopiero 13.09.2017 r., a zatem po dacie w której złożono oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w

postępowaniu, co skutkowało naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a co za tym idzie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;

4. zaniechanie odrzucenia oferty A. pomimo tego, że Wykonawca wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowiło naruszenie art. 90 ust. 2, 90 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie zastrzeżonej części wyjaśnień A. złożonych w trybie art. 90 ustawy, wykluczenie A. z postępowania, odrzucenie tej oferty i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert zakończonej wyborem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do odmowy udostępnienia całości wyjaśnień Wykonawcy A. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które poza pierwszą stroną miały zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa. Działanie Zamawiającego w jego ocenie było nieprawidłowe, gdyż Wykonawca nie wykazał skuteczności zastrzeżenia, na co wskazywać ma udostępniona przez Zamawiającego pierwsza strona pisma z dnia 29.08.2017 r. Nie mogło być wystarczającym samo wskazanie na charakter informacji, które odnosić się mają do sposobu kalkulacji ceny, bez wykazania, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w tej sytuacji powinien odtajnić informacje i udostępnić Odwołującemu treść wyjaśnień.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień dotyczących systemu bezpieczeństwa sieciowego o wartości nie mniejszej niż 400 000 zł brutto każde, Odwołujący odniósł się do dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 05.09.2017 r., tj. wykazu dostaw oraz referencji. W wykazie pod poz. 2 wskazana została dostawa dla Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego wykonana w okresie od 08.06.2017 r. do 27.07.2017 r., do której załączono referencję z dnia 21.08.2017 r. Analiza referencji wskazuje, iż dotyczy ona dwóch różnych zamówień, z których jedno wykonane zostało w dniu 21.06.2017 r. (wartość 315.519,81 zł brutto), a drugie w dniu 11.08.2017 r. (wartość 155.604,83 zł). Żadne z tych zamówień nie odpowiada wymaganej wartości 400 000 zł brutto, co powinno prowadzić do stwierdzenia, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i wykluczenia go z postępowania. W przypadku uznania, iż wykluczenie Wykonawcy z postępowania nie powinno mieć miejsca, zasadnym powinno być wezwanie A. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub dostarczenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu oraz referencji (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Zamawiający w rozdziale I ust. 5 pkt 2 lit. a ppkt 2 lit b siwz wymagał skierowania do realizacji zamówienia co najmniej dwuosobowego zespołu ekspertów bezpieczeństwa, który będzie uczestniczyć w implementacji systemu oraz świadczyć będzie usługę utrzymania systemu i analizy incydentów bezpieczeństwa. Osoby skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia jako członkowie tego zespołu powinny posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie oferowanych technologii, a także narzędzi i technik potrzebnych do testów penetracyjnych i ataków, potwierdzone certyfikatami. A. w JEDZ opatrzonym datą 21.08.2017 r. ogólnym oświadczeniem dotyczącym wszystkich kryteriów kwalifikacji (część IV) potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu, składając następnie dokument – wykaz osób, złożony na wezwanie Zamawiającego z dnia 05.09.2017 r. Jako członka zespołu ekspertów wskazano w wykazie p. K.W., który zarówno w dacie 21.08.2017 r. jak i 23.08.2017 r. (termin składania ofert), ani też w dniu podpisania wykazu osób, tj. 07.09.2017 r. nie współpracował z A.. Na tą okoliczność Odwołujący załączył korespondencję mailową, jaką prowadził ze wskazaną osobą w dniu 03.10.2017 r. oraz wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka w osobie p. K.W. na okoliczność, że w okresie do 12.09.2017 r. nie współpracował z A., wręcz odrzucił propozycję takiej współpracy w przedmiotowym postępowaniu w charakterze członka zespołu ekspertów.

W świetle powyższego, A. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub zataił informacje, lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a złożony dokument (wykaz osób) zawiera informacje niezgodne z rzeczywistością, co powinno prowadzić do wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zakwestionował ocenę wyjaśnień A. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym kalkulacji składowej ceny – ceny za 1 godzinę wsparcia technicznego (36,90 zł), której konsekwencją jest niski koszt wsparcia technicznego (20.664 zł). Treść wyjaśnień (poza pierwszą stroną) została utajniona i nie została udostępniona Odwołującemu, co czyni niemożliwym odniesienie się do ich treści. Odwołujący wskazał zatem na ogólne wytyczne, w tym dotyczące ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywającego na Wykonawcy A., jeżeli występuje w sprawie jako uczestnik postępowania odwoławczego oraz Zamawiającym, jeżeli Wykonawca ten nie jest uczestnikiem (art. 190 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.). Zaoferowana stawka godziny wsparcia technicznego stanowi rażąco niską cenę, uwzględniając wysokie wymagania wobec osób

skierowanych do zespołu ekspertów skierowanego do wsparcia wdrożeniowego i powdrożeniowego.

Do postępowania odwoławczego w dniu 09.10.2017 r. przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca A.S.K. Sp. j (dalej jako A.).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy przed otwarciem posiedzenia uwzględnił w części odwołanie, tj. zarzut drugi w zakresie braku wezwania A. do złożenia wyjaśnień, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z treścią wykazu zrealizowanych dostaw oraz referencji. W zakresie pozostałych zarzutów wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący zapytany na posiedzeniu nie wycofał zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego. Natomiast przystępujący po stronie Zamawiającego A. nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części odwołania.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Na podstawie art. 186 ust. 4a Ustawy Izba rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych (nie uwzględnionych przez Zamawiającego) zarzutów. Ustawodawca w przepisach art. 186 Ustawy dotyczących częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego wskazał na skutki wniesienia sprzeciwu - rozpoznanie odwołania przez Izbę (w całości) oraz sytuację, w której wykonawca nie przystąpi w terminie po stronie zamawiającego – rozpoznanie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów. Powyższe nie daje wprost odpowiedzi, w jaki sposób na uwzględnienie w części zarzutów przez zamawiającego i brak wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, wpływa brak sprzeciwu wykonawcy który przystąpił do postępowania odwoławczego w terminie po stronie zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, sytuacja ta pod względem proceduralnym powinna być traktowana w sposób analogiczny do sytuacji opisanej w ust. 4a, czyli braku przystępującego po stronie zamawiającego, co również wiąże się z brakiem sprzeciwu. Przemawia za tym wykładania celowościowa wprowadzenia przepisów dotyczących udziału w postępowaniu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Uczestnictwo tego podmiotu, zasadniczo poza samym wsparciem strony zamawiającej, może prowadzić do konieczności przyjęcia odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, jeżeli zamawiający uznaje w całości lub w części zarzuty

podniesione w odwołaniu. Brak przystąpienia wykonawcy w terminie do postępowania odwoławczego uniemożliwia na późniejszym etapie postępowania zakwestionowanie czynności zamawiającego, wykonanych zgodnie z żądaniem powiązanim z uwzględnionym zarzutem odwołania lub odwołaniem w całości. Identyczny skutek należy przypisać decyzji przystępującego o braku wniesienia sprzeciwu. W ust. 3a ustawodawca wskazał wprost na skutek braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego, który uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu przy wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego, jakim jest umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę. Lukę przepisów, które wprost nie odnoszą się do skutku braku sprzeciwu przy braku wycofania przez odwołującego pozostałych (nie uwzględnionych przez zamawiającego) zarzutów, należy zatem uzupełnić wykładnią celowościową przepisu art. 186 ust. 4a Ustawy przez przyjęcie, że Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, tj. zarzutów nie wycofanych przez odwołującego, a zarzuty uwzględnione przez zamawiającego nie są brane pod uwagę z uwagi na brak sprzeciwu wykonawcy, który w terminie przystąpił po stronie zamawiającego. Jednoznaczne oświadczenie o braku sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów oznacza, iż wykonawca godzi się ze skutkami, jakie wynikają z żądań odwołującego w tym zakresie, co oznacza, iż nie budzi dalszego sporu pomiędzy stronami i uczestnikiem, jakie czynności zamawiający powinien podjąć w postępowaniu. Nie ma zatem potrzeby rozstrzygnięcia o zarzutach uwzględnionych, a Izba będąc związana oświadczeniami stron oraz uczestnika, rozstrzyga odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Odwołujący formułował oczekiwanie, aby Izba zajęła stanowisko co do przyszłych czynności Zamawiającego, co nie ma oparcia w przepisach Ustawy. Izba będąc związana oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu w części odwołania i braku sprzeciwu w tym zakresie wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego, nie może orzekać co do zarzutu, jak i żądań z nim związanych. Dalsze czynności podlegać mogą zaskarżeniu w warunkach opisanych w Ustawie.

Odnosząc się zatem do zakresu rozstrzygnięcia podlegającego kognicji Izby, wyznaczony był on zarzutami, co do których Zamawiający nie złożył oświadczenia o ich uwzględnieniu, a Odwołujący ich nie wycofał, tj. opisanych w pkt 1, 3 i 4 odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. W świetle stanu faktycznego, w którym oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a wybraną jest oferta wykonawcy, który ma podlegać wykluczeniu (oferta podlegająca odrzuceniu), kwestionowanie czynności Zamawiającego ma na celu doprowadzenie do

prawidłowego wyniku postępowania. Odwołujący posiadał zatem, w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, których utrzymanie w mocy oznaczałoby, iż utraciłby on szansę na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty A. i jego wyjaśnień oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot niniejszego postępowania stanowi dostawa, instalacja i uruchomienie systemu agregowania i korelowania informacji, udzielenie gwarancji i zapewnienie serwisu gwarancyjnego, przeprowadzenie szkoleń oraz udzielenie wsparcia technicznego obejmującego wsparcie wdrożeniowe i powdrożeniowe, a także udzielenie (dostarczenie) niezbędnych licencji. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 900.000,00 zł.

Zamawiający w siwz wymagał wyceny całości prac w formularzu oferty, ujętej w cenie brutto oferty, dodatkowo prezentowanej w rozbiciu na składowe, tj. koszt wsparcia technicznego w wymiarze co najmniej 20 godzin wsparcia wdrożeniowego oraz 16 godzin roboczych wsparcia powdrożeniowego miesięcznie przez okres 12 miesięcy od daty podpisania protokołu przeprowadzenia szkoleń (łącznie nie mniej niż 212 godzin) oraz cenę za 1 godzinę wsparcia technicznego. Wykonawcy w formularzu oferty, w pkt 2 i 3 deklarowali ilość godzin wsparcia wdrożeniowego (nie mniejszą niż 20 i nie większą niż 80) i wsparcia powdrożeniowego (nie mniejszą niż 16 i nie większą niż 40). Zgodnie z pkt XIII siwz, liczba godzin wsparcia wdrożeniowego (Ww) oraz powdrożeniowego (Wp) stanowiła kryterium o wadze odpowiednio 3% i 6%. Zgodnie z pkt XII siwz cena oferty brutto uwzględniać miała wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i jest ceną stałą przez cały okres trwania umowy (nie podlega waloryzacji).

W postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców, z których pięć jest zbliżonych cenowo, prezentując kalkulację na poziomie: 311.444,64 zł (oferta O.I.), 349.000,00 zł (oferta A.), 396.038,00 zł (oferta I.), 498.000,00 zł (oferta M.), 499.380,00 zł (oferta D.), a dwie kolejne odbiegają znacznie od tego poziomu: 698.206,85 zł (oferta P.) i 1.045.500,00 zł (oferta T.). A. zaoferowało cenę za godzinę wsparcia technicznego w wysokości 36,90 zł brutto i zadeklarowało 80 godzin wsparcia wdrożeniowego oraz 40 godzin wsparcia powdrożeniowego. Koszty wsparcia technicznego stanowią łączny koszt 20.664 zł brutto, uwzględniony w cenie oferty brutto. Odnosząc cenę A. do średniej cen wszystkich złożonych

ofert (542.509,93 zł) odbiega ona o 64,3% i odpowiednio 60,7% w stosunku do średniej ofert z pominięciem oferty A. (574.761,58 zł). Wraz z ofertą Wykonawca ten złożył wypełniony formularz JEDZ, w którym wypełnił część α , zaznaczając odpowiedź „TAK” dotyczącą kryteriów kwalifikacji wykonawców (JEDZ nie zawiera części szczegółowej). W taki sam sposób formularz JEDZ wypełnili pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący.

Zamawiający pismem z dnia 25.08.2017 r. wezwał A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, która budziła wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wskazał na potrzebę wyjaśnienia kalkulacji składowej ceny za realizację zamówienia, tj. ceny za 1 godzinę wsparcia technicznego, której konsekwencją jest niski koszt wsparcia technicznego (20 664 zł). Zamawiający oczekiwał złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny również O.I. P. Sp. z o.o., P. Sp. z o.o. oraz Odwołującego, który złożone w dniu 31.08.2017 r. wyjaśnienia w części zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa (dowód – oferta dystrybutora).

W piśmie z dnia 29.08.2017 r. A. złożyło wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzegając w części ich niejawność powołując się na charakter informacji przekazanych w piśmie, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie wszystkich rozpoznanych zarzutów.

- I. Zarzut zaniechania odtajnienia zastrzeżonej części wyjaśnień A. pomimo, iż Wykonawca, wbrew obowiązkowi wynikającemu z pkt X ust. 13 w rozdziale I siwz, nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało naruszeniem siwz, a także art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzut ten opierał na zakwestionowaniu skuteczności zastrzeżenia informacji dotyczących kalkulacji ceny oferty z uwagi na brak wykazania przesłanek do uznania, iż mają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co wywodził z pierwszej strony wyjaśnień A. przekazanej przez Zamawiającego.

Izba oddalając odwołanie w tym zakresie uwzględniła pełną treść wyjaśnień złożonych przez A. w piśmie z dnia 29.08.2017 r. wraz z dowodami, które potwierdzały między innymi ustalone na potrzeby tego zamówienia warunki współpracy z innym podmiotem (poddostawcą sprzętu). Wykonawca w wyjaśnieniach odnosił się do kwestii organizacyjnych, dostępnych kadr, dotychczas zrealizowanych podobnych zamówień, ale również wskazał na

warunki współpracy z innymi podmiotami, co zostało poparte dowodami, w tym oświadczeniami poddostawców i ofertami sprzedaży produktów przygotowanymi na potrzeby tego zamówienia oraz kosztorysem własnym Wykonawcy. Oceniając zakres i charakter dużej części informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa Izba doszła do przekonania, iż nie zawierały one danych, których ujawnienie mogłoby naruszać interesy Wykonawcy podlegającą ochronie prawnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. Przed wszystkim, zastrzeżeniu mogły bowiem podlegać informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie cały dokument, w którego dużej części dane miały charakter ogólny (bez ujawniania konkretnych wrażliwych danych, co do zasobów dostępnych Wykonawcy), w tym również dotyczyły doświadczenia wynikającego ze zrealizowanych zamówień, co również nie jest informacją niejawną, jeżeli zamówienie to nie jest zamówieniem objętym klauzulą poufności. Z uzasadnienia zastrzeżenia treści wyjaśnień nie wynikało, aby druga strona umowy wymagała utrzymania w poufności informacji o fakcie zrealizowania danego zamówienia. Tym samym, wyjaśnienia jedynie fragmentarycznie mogły podlegać ochronie, co zasadniczo odnosiło się do złożonych dowodów i danych identyfikujących konkretne zasoby (poddostawców) i warunki współpracy pozwalające na obniżenie kosztów związanych z realizacją tego zamówienia. Mają one bowiem istotny walor poznawczy, co do zasad na jakich dany podmiot buduje swoją pozycję na rynku i z założenia stanowi informację wrażliwą. W taki sam sposób również Odwołujący prezentował wyjaśnienia, zastrzegając, jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowody dotyczące poddostawców i warunków współpracy. Pomimo, iż Zamawiający powinien był ocenić, czy wyjaśnienia w całości mogły być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnić treść dokumentu z wyłączeniem jego fragmentów, które obejmowały informacje o poddostawcach i warunkach współpracy, Izba uznała, iż zaniechanie do jakiego dopuścił się Zamawiający, nie może mieć wpływu na ocenę samych wyjaśnień, a tym samym nie wpłynie na wynik postępowania. Udostępnienie niepełnej treści wyjaśnień nie pozwalałoby poznać przede wszystkim dowodów, co do których Izba nie ma wątpliwości, iż zawierają dane handlowe o współpracy i jej warunkach, istotne z punktu widzenia budowania pozycji na rynku, których ujawnienie mogłoby zakłócać przyszłą współpracę i utrzymanie tych zasadach na jakich Wykonawca może obecnie świadczyć usługi. Tym samym Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uznała, iż odwołanie nie może być uwzględnione, przede wszystkim dlatego, że informacje, które pozwoliłyby na wzmocnienie argumentacji związanej z zarzutem rażąco niskiej ceny, nie mogłyby być udostępnione Odwołującemu. Ponadto, w świetle podniesionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, stanowisko Izby uwzględnia ocenę dowodów załączonych do wyjaśnień, które pozwalały przyjąć, iż zaoferowana cena prezentuje poziom rynkowy i nie jest rażąco niska, co dodatkowo wynika z zestawienia ofert złożonych w postępowaniu. Wprawdzie Odwołujący nie miał możliwości

zapoznania się z pełnym uzasadnieniem wystąpienia przesłanek do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (Zamawiający udostępnił tylko pierwszą stronę), to nie mogło jeszcze stanowić wystarczającej podstawy do stwierdzenia, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady jawności postępowania w takim zakresie, który uniemożliwiał zachowania przejrzystości podjętej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, których ceny były niższe od średniej cen, ocenił wyjaśnienia w oparciu o przedłożone wyjaśnienia i dowody, które nie zmieniały treści ofert. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wynikała z danych zawartych w ofercie, jawnych dla wszystkich zainteresowanych, którzy nie podnosili zarzutów wobec treści oferty, z wyjątkiem wysokości zaoferowanej ceny, do czego Izba odniosła się w dalszej części uzasadnienia. Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenia zasady jawności postępowania, samo stwierdzenie, że w części wyjaśnienia nie mogły być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania. Skuteczność zastrzeżenia, co najmniej części informacji nie powinna budzić wątpliwości Odwołującego również z tej przyczyny, iż sam w ten sposób chronił informacje dotyczące jego poddostawców, zastrzegając dowody załączone do wyjaśnień z dnia 31.08.2017 r.

II. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania A. pomimo tego, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje, lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, tj. złożył oświadczenie z dnia 21.08.2017 r. w postaci JEDZ i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym osób, które zostaną skierowane do wykonania zamówienia, chociaż p. Karol Więsek (lp. 3 w wykazie osób) nawiązał współpracę z A. dopiero 13.09.2017 r., a zatem po dacie w której złożono oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a co za tym idzie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący upatrywał podstawy zarzutu w oświadczeniu wstępnym złożonym w JEDZ w części dotyczącej kryteriów kwalifikacji wykonawców, które miało nie mieć podstaw faktycznych, gdyż osoba wskazana przez A. w wykazie osób złożonym na wezwanie Zamawiającego, w momencie złożenia oświadczenia wstępnego przez Wykonawcę, nie deklarowała takiej współpracy. Odwołujący nie kwestionował doświadczenia eksperta wskazanego w wykazie prowadząc wywód w kierunku wykazania, iż Wykonawca w momencie złożenia oświadczenia w JEDZ nie mógł potwierdzić spełnienia warunku

związanego z potencjałem osobowym, a zatem jego oświadczenie wprowadzało Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Oddalając w tym zakresie odwołania Izba miała na uwadze, iż Zamawiający nie wymagał wypełnienia formularza JEDZ w części szczegółowej, a tym samym wykonawcy nie wskazywali potencjału wymaganego do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w ofertach. Dopiero na wezwanie Zamawiającego wykonawca, którego ofertę Zamawiający ocenił najwyżej, składał dokumenty potwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wykaz osób). Powyższe miało ten skutek, że na etapie złożenia oświadczenia wstępnego, sytuacja wykonawcy nie była opisana, a jedynym źródłem wiedzy o wymaganym potencjale kadrowym była deklaracja wynikająca z zaznaczonej odpowiedzi „TAK”. Odwołujący prowadził wywód w kierunku wykazania, iż dopiero w toku postępowania o zamówienie Wykonawca A. uzyskał deklarację eksperta, który wyraził zgodę na współpracę, co czynić miało nieprawdziwym i wprowadzającym w błąd oświadczenie wstępne złożone w JEDZ. Przedłożone, jako dowód oświadczenie K.W. z dnia 13.10.2017 r., w którym wskazał, iż pierwsza rozmowa z A. dotycząca udziału w projekcie realizowanym dla Kancelarii Sejmu odbyła się w sierpniu 2017 r. nie zakończyła się przyjęciem zaproszenia do współpracy i dopiero w dniu 13.09.2017 r. taką deklarację złożył, w ocenie Izby nie odnosiła się do stanu istniejącego w momencie złożenia oświadczenia w JEDZ. Z oferty nie można było bowiem ustalić, jakim konkretnie potencjałem dysponował Wykonawca składając wstępną deklarację o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Nie można również tracić z oczu, iż wykonawcy nie musieli składając oferty gromadzić dowodów potwierdzających ich deklaracje, które podlegałyby dalszej ocenie dopiero na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie można było wykluczyć, iż składając oświadczenie Wykonawca zakładał skierowanie do realizacji zamówienia innych osób, spełniających warunki udziału w postępowaniu, niż ostatecznie ustalony skład ekspertów wskazany w wykazie osób. Zamawiający dokonując weryfikacji podmiotowej A. nie miał podstaw do stwierdzenia, że oświadczenie wstępne nie miało podstaw faktycznych, o których nie mógł mieć wiedzy. Skoro zatem złożone dokumenty potwierdziły, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i dysponuje wymaganym potencjałem osobowym, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z postępowania. Ponieważ nie można było wykluczyć, iż wstępne ustalenia Wykonawcy były inne, oświadczenie eksperta, który ostatecznie zdecydował się na współpracę w ramach tego projektu, nie stanowiły dowodu podważającego oświadczenie wstępne Wykonawcy. Na rozprawie A. złożyło, jako dowód oświadczenie p. T.N., w którym potwierdził, iż Wykonawca miał jego zgodę na wskazanie, jako osoby kierowanej do realizacji zamówienia. Odwołujący już po zamknięciu rozprawy złożył wniosek o jej otwarcie na podstawie art. 191 ust. 3 Ustawy, wskazując na nową

okoliczność istotna dla rozstrzygnięcia odwołania, tj. utratę ważności certyfikatu CEH p. T.N.. Izba wydała orzeczenie w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony do czasu zamknięcia rozprawy, gdyż okoliczność dotycząca przygotowania zawodowego p. T.N. wykraczał poza podstawę faktyczną zarzutu. Jedynym oświadczeniem, do jakiego mogła odnieść się Izba było oświadczenie wstępne Wykonawcy, w którym potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Osoba p. T.N. nie pojawiała się w toku postępowania i nie była objęta treścią oferty, stąd również Zamawiający nie weryfikował oświadczenia Wykonawcy pod tym kątem. Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba kierowała się motywami wskazanymi powyżej i nie oceniała doświadczenia i wiedzy dodatkowej osoby powołanej na rozprawie przez A..

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty A. pomimo tego, że Wykonawca wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowiło naruszenie art. 90 ust. 2, 90 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż wyjaśnienia złożone przez A. wraz z dowodami potwierdzały, że wysokość ceny brutto stanowiącej zryczałtowane wynagrodzenie miała charakter rynkowy. Wprawdzie oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem elementu kosztowego, jaki stanowił koszt wsparcia technicznego w łącznej kwocie 20.664 zł brutto, uwzględnionej w cenie oferty brutto - 349.000,00 zł., to nie stanowiło ono najważniejszego czynnika decydującego o rynkowym poziomie ceny oferty brutto. Samo stwierdzenie, iż cena oferty A. odbiegała o ponad 30% od średniej cen złożonych ofert, nie stanowiła dostatecznego dowodu przeciwko treści wyjaśnień wraz z dowodami, ocenionych przez Zamawiającego i przyjętych jako wiarygodne i przekonujące. Okoliczność ta stanowiła wyłącznie podstawę do stwierdzenia zasadności skierowania wezwania o wyjaśnienie wysokości ceny i dopiero wyjaśnienia wraz z dowodami decydowały o kierunku czynności Zamawiającego. Ponieważ zasadnicza treść wyjaśnień poparta dowodem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Izba w sposób ogólny wskazuje, że Wykonawca mógł przyjąć niższą wycenę godziny wsparcia technicznego i dokonana na tej podstawie wycena kosztu nie wpływa na ustalenie, że cena oferty brutto nie odbiega od cen rynkowych, a Wykonawca nie będzie w stanie pokryć kosztów zamówienia z wynagrodzenia uzyskanego od Zamawiającego. Złożone w postępowaniu oferty były w większości zbliżone, a jedynie dwie oferty znacząco odbiegały w górę od pozostałych pięciu ofert. Ponadto, oferta A. nie była ofertą najtańszą co potwierdza już samo porównanie złożonych w postępowaniu ofert, których Zamawiający nie odrzucił. Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy ciężar dowodu, że

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie dowodami, jakie Izba uwzględniła były wyjaśnienia wraz z załącznikami złożone Zamawiającemu, które uwiarygodniały rzetelność kalkulacji ceny oferty brutto. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, na podstawie których możliwe byłoby podważenie okoliczności wynikających z zestawienia złożonych ofert, jak i właściwych A. warunków, na jakich zakłada wykonanie zamówienia. Powyższe prowadziło do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie odbiega w sposób znaczący od cen rynkowych, jest ceną realną i umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie w zakresie podlegających rozpoznaniu zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: