

Sygn. akt: KIO 2282/13

POSTANOWIENIE
z dnia 8 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

Wobec cofnięcia w dniu 8 października 2013 r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2013 r. przez **wykonawcę Wydawnictwo C.H. Beck spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71**

przy udziale **wykonawcy Wolters Kluwer Polska Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Płocka 5a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2282/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Wydawnictwo C.H. Beck spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę oprogramowania w zakresie systemu informacji prawnej dla Jednostek Administracji Państwowej zostało wszczęte przez instytucję dokonującą zakupu w imieniu innych instytucji zamawiających – Skarb Państwa Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71 – zamawiającego ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2013r. za numerem 2013/S 153-266231.

W dniu 13 września 2013r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Wolters Kluwer Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Płocka 5a (przystępujący). Drugie miejsce w rankingu ofert zajął wykonawca Wydawnictwo C.H.Becka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 (zamawiający).

W dniu 23 września 2013r. pisemne odwołanie wniósł odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 września 2013r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS odwołującego i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 23 września 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności, następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2013r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 dalej ustawy) przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Wolters Kluwer, która została sporządzona niezgodnie z wymaganiami zamawiającego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Wolters Kluwer, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców;
- 4) z ostrożności procesowej - art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Wolters Kluwer do złożenia wyjaśnień;
- 5) inne wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji:

- a) odrzucenia oferty złożonej przez Wolters Kluwer,
- b) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej lub
- c) nakazanie zamawiającemu dokonania wezwania do złożenia wyjaśnień, jeśli Izba uzna, że przed rozstrzygnięciem postępowania konieczne jest uprzednie dokonanie tej czynności.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. W przypadku odrzucenia oferty Wolters Kluwer oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert wskazanych w siwz i dlatego uwzględnienie odwołania skutkowałoby pozyskaniem zamówienia przez odwołującego. Ponadto niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Decyzja zamawiającego o wyborze oferty Wolters Kluwer jest, według odwołującego decyzją wadliwą. Zamawiający zaniechał na etapie oceny i badania ofert respektowania wymagań, które sam określił w siwz i wyjaśnieniach do niej. Ważne jest, aby ocena ofert odbyła się w oparciu o postanowienia siwz. Zamawiający nie ma prawa oceniać ofert w oderwaniu od zasad określonych w siwz czy w oparciu o założenia niezapisane w siwz. Wobec tego, określone w siwz wymagania zamawiającego powinny determinować badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu. Także zamawiający jest nimi związany i nie może ich ignorować. Udostępnienie siwz jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz i po otwarciu ofert. Zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2007/12).

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podniósł, że zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert w postępowaniu przyjął liczbę komentarzy. Kryterium to opisał w rozdz. VIII pkt III ppkt 1.3 siwz w następujący sposób:

„Komentarze (K) - suma komentarzy dostępnych w oferowanym przez Wykonawcę SIP, 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 związku z faktem, że przedstawiona definicja komentarza mogła wywoływać wątpliwości interpretacyjne i skutkować nieporównywalnością ofert złożonych w postępowaniu,

odwołujący zadał szereg pytań w celu jej doprecyzowania. Zamawiający pismem z 29 sierpnia 2013r. udzielił na nie odpowiedzi. Istotne w tym zakresie jest pytanie 106 i 107.

Odwołujący zadał następujące pytania:

1) Czy zamawiający pod pojęciem komentarza rozumie elektroniczną wersję publikacji wydanej w formie książkowej lub publikację wydaną w wersji elektronicznej, autorstwa (lub pod redakcją) osób posiadających co najmniej stopień naukowy doktora nauk prawnych lub osób będących: sędzią sądu apelacyjnego, sędzią Sądu Najwyższego, sędzią Trybunału Konstytucyjnego, sędzią Naczelnego Sądu Administracyjnego?

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z treścią siwz przez komentarz należy rozumieć elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych (całości 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) - zamawiający nie precyzuje wymagań odnośnie osób piszących komentarze.

2) Ponieważ z doświadczenia wydawnictw prawniczych wynika, że na skutek ciągłej dynamiki prawa w Polsce, zmieniających się linii orzeczniczych, komentarze po 3-4 latach od ich wydania w zasadniczej części dezaktualizują się, to czy zamawiający uzna za komentarz publikacje tego typu wydane przed rokiem 2010 (w 2009, 2008, 2007, itd.)?

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający uzna komentarze wydane przed rokiem 2010.

3) Czy zamawiający pod pojęciem komentarza rozumie elektroniczną wersję publikacji wydanej w formie książkowej lub publikację wydaną w wersji elektronicznej, wyjaśniającą lub interpretującą całość lub część aktu prawnego, tj. co najmniej 20% jednostek redakcyjnych aktu prawnego?

Odpowiedź zamawiającego: zamawiający nie precyzuje jaki % jednostek redakcyjnych aktu prawnego ma być skomentowana.

4) Czy zgodnie z definicją komentarza podaną w Rozdziale VIII pkt. III 1.3. siwz zamawiający uznaje za uprawnione zaliczenie jako komentarz przykładowych dzieł jednego z SIP dostępnych na rynku, odnoszących się wyłącznie do pojedynczych artykułów aktów prawnych:

a) Gronowski S. Komentarz do art. 30 ustawy Prawo energetyczne i tu ilustracja przykładu za pomocą screena z programu SIP

b) Budyń - Kulik M. Komentarz do zmiany art. 190 (a) Kodeksu karnego wprowadzonej przez Dz. U. z 2011 r. Nr 72 poz. 381 i tu ilustracja przykładu za pomocą screena z programu SIP

c) Bieżuński P. Komentarz do zmiany art. 37 (b) ustawy wprowadzonej przez Dz. U. z 2009 r. Nr 26 poz. 156 i tu ilustracja przykładu za pomocą screena z programu SIP

d) Damasiewicz A. Komentarz do zmiany art. 647 (1) Kodeksu cywilnego wprowadzonej przez Dz. U. z 2003 r. Nr 49 poz. 408 i tu ilustracja przykładu za pomocą screena z programu SIP

e) Kotowski W. Komentarz do art. 95 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia i tu ilustracja przykładu za pomocą screena z programu SIP.

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający wyjaśnia, iż do wyliczenia ilości komentarzy Wykonawca może zaliczyć komentarz jednego autora odnoszący się wyłącznie do pojedynczego artykułu danego aktu prawnego. Jednakże zamawiający nie dopuszcza możliwości zaliczenia komentarzy ogółem do poszczególnych jednostek redakcyjnych tego samego aktu prawnego jako oddzielne komentarze w sytuacji jeśli dotyczy to komentarzy wielu jednostek redakcyjnych jednego autora.

5) Jeśli odpowiedź na pytanie nr 3 brzmi „NIE”, a odpowiedź na pytanie nr 4b brzmi „TAK”, to czy na potrzeby zliczania ilości komentarzy zgodnie z wymaganiami zawartym w rozdziale VIII pkt III 1.3. siwz, należy liczyć komentarze do każdej z jednostek redakcyjnych aktów prawnych, niezależnie od tego ile komentowanych jednostek redakcyjnych zawartych jest w dziele (stanowiącym utwór)? Jeśli odpowiedź na niniejsze pytanie brzmi „NIE”, to jak Zamawiający rozumie definicję części aktu prawnego, o której mowa w Rozdziale VIII pkt III 1.3. siwz (we fragmencie: „oznacza elektroniczną wersję komentarzy do aktów prawnych - całości aktów lub ich części“)?

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający wyjaśnia, iż jako „komentarz części aktów” należy rozumieć komentarz tj. omówienie lub interpretacja przepisów danego autora dotycząca min. jednej jednostki redakcyjnej danego aktu prawnego. W przypadku, jeśli komentarz danego autora zawiera przepisy kilku aktów prawnych to wykonawca może zsumować do liczby komentarzy ogółem poszczególne akty prawne (np. jedna publikacja obejmuje 4 ustawy to wykonawca może zaliczyć ją jako 4 komentarze).

Czy zamawiający, zgodnie z definicją komentarza podaną w Rozdziale VIII pkt. III 1.3. siwz, przewiduje możliwość zaliczenia jako komentarz publikacji monograficznych, artykułu z prasy fachowej lub innego omówienia nie nazwanego w produkcie jako komentarz do aktów prawnych?

Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający dopuszcza możliwość zaliczenia jako komentarz publikacji monograficznych, artykułu z prasy fachowej lub innego omówienia nie nazwanego w produkcie jako komentarz do aktów prawnych przy zachowaniu wymagań określonych w siwz z uwzględnieniem treści odpowiedzi 106.

Udzielone odpowiedzi na pytania, według odwołującego doprecyzowały rozumienie pojęcia komentarz i sposób liczenia liczby komentarzy, ocenianej w ramach kryterium oceny ofert. Co istotne, zamawiający jednoznacznie potwierdził, że nie można liczyć jako odrębnych komentarzy omówienia jednostek redakcyjnych tego samego aktu prawnego, pochodzącego

od tego samego autora. W świetle powyższego liczba komentarzy podana przez Wolters Kluwer świadczy o nierespektowaniu zasad przyjętych przez zamawiającego, czyli sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz.

Dowodem na okoliczność, że Wolters Kluwer policzył liczbę komentarzy w sposób ewidentnie sprzeczny z obowiązującymi zasadami jest chociażby porównanie wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu pod kątem wskazanych ilości komentarzy:

- a) Wolters Kluwer - 510 000;
- b) LexisNexis - 23 934;
- c) Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. - 12 919

W świetle powyższego liczba komentarzy wskazana w ofercie Wolters Kluwer jest ponad 21 razy większa niż ilość w ofercie LexisNexis i prawie 40 razy większa niż w ofercie odwołującego. Tak olbrzymia różnica nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w istniejących różnicach pomiędzy SIP poszczególnych wykonawców, które są porównywalne w tym zakresie, a już na pewno nie występują pomiędzy nimi tak diametralne różnice. Żeby uzmysłwić sobie jak dalece niedorzeczna jest ilość komentarzy podana przez Wolters Kluwer wystarczy stwierdzić, że w oparciu o podane ilości, tam gdzie dla statystycznego aktu prawnego Lexis Nexis oferuje jeden komentarz, to Wolters Kluwer ofertuje 23 komentarze. W przypadku oferty odwołującego relacja ta wynosi 40:1. Przede wszystkim jednak różnica ta nie znajduje żadnego uzasadnienia w oparciu o istniejące możliwości pozyskania przed terminem dostawy systemu nowych komentarzy. Co więcej, analiza treści oferty Wolters Kluwer prowadzi do wniosku, że liczba orzeczeń Sądów i organów administracji (851 062) jest tylko o 341 062 większa niż liczba komentarzy.

Wniosek z tego taki, że na niecałe dwa orzeczenia przypada 1 komentarz. W świetle powyższego wskazana przez Woltes Kluwer liczba komentarzy odbiega dalece od rzeczywistości.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Wolters Kluwer na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 odwołujący podniósł, że zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) - dalej jako "ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie, zdaniem odwołującego, opisane postępowanie Wolters Kluwer jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interesy innych wykonawców, jak i samego zamawiającego.

Interpretacji pojęcia "dobre obyczaje," o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k, dokonał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07: "Dobre obyczaje

to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo."

Wobec tego, według odwołującego, można stwierdzić, że dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania – podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową. Co istotne, ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 20061 ACa 1103/06).

Analiza stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu pozwala stwierdzić, że działanie Wolters Kluwer stanowiło naruszenie dobrych obyczajów, bowiem jest nakierowane na uzyskanie zamówienia poprzez podanie daleko zawyżonej liczby 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 10 pkt. Zresztą zestawienie ofert w niniejszym postępowaniu potwierdza, że kryterium to miało decydujące znaczenie dla wyboru oferty Wolters Kluwer. Odwołujący zastrzegł sobie możliwość przedstawienia na rozprawie dowodów potwierdzających, że Wolters Kluwer złożył ofertę ze znacznie zawyżoną liczbą komentarzy. Tym samym przygotował ofertę niezgodnie z zasadami określonymi przez zamawiającego, co stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji.

W dniu 24 września 2013r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 26 września 2013r. na piśmie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Wolters Kluwer Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Płocka 5a wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana i z nim zamawiający ma zamiar podpisać

umowę, a tym samym jest bezpośrednio zainteresowany w utrzymaniu zaistniałego stanu rzeczy. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 26 września 2013 r.

Wnosząc o oddalenie odwołania, przystępujący wniósł o nieuwzględnienie odwołania- jako bezprzedmiotowego i nieznajdującego uzasadnienia w przepisach ustawy, w tym w szczególności w przywołanych przez Odwołującego jako podstawa jego wniosku: art. 7 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i art. 87 ust.1 ustawy - żądania odwołującego nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, jak również, w konsekwencji, o nieuwzględnienie pozostałych żądań odwołującego, tj.: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert, odrzucenia oferty przystępującego i dokonania wyboru oferty odwołującego lub nakazania zamawiającemu dokonania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem przystępującego zarzuty podniesione przez odwołującego oraz żądania przedstawione przez niego w odwołaniu nie znajdują podstaw ani w zaistniałym stanie faktycznym, ani w obowiązujących przepisach prawnych, wskutek czego nie zasługują one na uwzględnienie. Przystępujący złożył ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego określonym w siwz oraz w odpowiedziach zamawiającego dotyczących interpretacji jej postanowień i została ona, jako najkorzystniejsza, wybrana przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy. Wobec powyższego, zdaniem przystępującego, odwołanie wniesione w powyższej sprawie- jako całkowicie niezasadne - winno zostać w całości oddalone. Jednocześnie przystępujący oświadcza, iż nie przyznaje żadnych okoliczności ani twierdzeń przywołanych w treści odwołania, chyba że wyraźnie wskazuje to w treści niniejszego pisma. Odwołujący twierdzi, a swoje twierdzenia opiera wyłącznie na własnym przekonaniu, że przystępujący sporządził ofertę niezgodnie z wymogami zamawiającego. Nadto zaś, złożenie oferty przez niego stanowiło, zdaniem odwołującego, czyn nieuczciwej konkurencji. Owo rzekomo naganne zachowanie przystępującego miałyby polegać na podaniu rażąco zawyżonej, w stosunku do posiadanej przez niego, liczby komentarzy, dowodem zaś na tę okoliczność, tj. policzenia przez przystępującego liczby komentarzy „w sposób sprzeczny z obowiązującymi zasadami”, stanowić ma, według odwołującego, porównanie liczby komentarzy zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, tj. LexisNexis Polska Sp. z o.o. i Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., znacznie niższej niż ta, która została wskazana w ofercie przystępującego. Co więcej, odwołujący chcąc przekonać Izbę do swoich twierdzeń, demonstrowa relacje między liczbą orzeczeń sądów i organów administracji a liczbą

komentarzy i wskazuje, że według jego statystycznych obliczeń „niecałe dwa orzeczenia przypadają na jeden komentarz”; taki wynik jego zdaniem wskazuje na to, iż „podana przez przystępującego liczba komentarzy dalece odbiega od rzeczywistości”. Jednocześnie, odwołujący powołuje się na treść udzielonych na jego pytania odpowiedzi, w ramach których zamawiający doprecyzowywał przyjętą przez niego dla potrzeb tego konkretnego postępowania definicję komentarzy.

Problem w tym jednak, że odwołujący nie wczytał się w treść tych odpowiedzi i nie zauważył albo nie chciał zauważyć, że zamawiający zdefiniował to pojęcie w sposób niezwykle szeroki, odbiegający od potocznego rozumienia omawianego terminu (takie zdefiniowanie leżało zresztą w sferze uprawnień zamawiającego). Definicję tę można zrekonstruować - co zresztą w pewnym zakresie czyni odwołujący w treści odwołania - zarówno na podstawie zapisów w SIWZ, jak i odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego na pytania wykonawców. I tak, z treści siwz możemy wyczytać: „Komentarze (K) - suma komentarzy dostępnych w oferowanym przez wykonawcę SIP, 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) ”.

Już tak sformułowana definicja wskazuje na intencję zamawiającego, by pojęcie komentarza było interpretowane jak najszerzej. Zamawiający, znając rynek, wyraźnie dopuszcza różne rozwiązania, zarówno co do formy komentarzy, jak i zakresu omówienia lub interpretacji przepisów („całości aktów lub ich części”). Ten sposób myślenia zamawiającego zapisany w siwz znajduje potwierdzenie w udzielonych przez niego odpowiedziach na pytania odwołującego, przytoczone zresztą w treści odwołania. Pytania te ewidentnie zmierzały ku zawężeniu terminu „komentarz”, co leżało w interesie odwołującego, a powodowałyby naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie dał się jednak znieść i konsekwentnie odrzucał w swoich odpowiedziach wszelkie próby zawężenia znaczenia terminu komentarz. Zatem już w świetle analizy tekstu pierwotnego siwz, jak i odpowiedzi zamawiającego, wszelkie tendencje zmierzające do zawężającej definicji pojęcia „komentarz” są zdecydowanie nieuprawnione. I tak:

a) na pytanie „czy zamawiający pod pojęciem komentarza rozumie elektroniczną wersję publikacji wydanej w formie książkowej lub publikację wydaną w wersji elektronicznej, autorstwa (lub pod redakcją) osób posiadających co najmniej stopień naukowy doktora nauk prawnych lub osób będących: sędzią sądu apelacyjnego, sędzią Sądu Najwyższego, sędzią Trybunału Konstytucyjnego, sędzią Naczelnego Sądu Administracyjnego?” Zamawiający odpowiada, że „nie precyzuje wymagań odnośnie osób piszących komentarze”;

- b) na pytanie „czy Zamawiający uzna za komentarz publikację tego typu wydaną przed rokiem 2010” zamawiający odpowiada pozytywnie, uznając za komentarze również publikacje sprzed 2010 r.;
- c) na pytanie „czy pod pojęciem komentarza Zamawiający rozumie elektroniczną wersję publikacji wydanej w formie książkowej lub publikację wydaną w wersji elektronicznej wyjaśniającą lub interpretującą całość lub część aktu prawnego, tj. co najmniej 20% jednostek redakcyjnych aktu prawnego?” zamawiający - konsekwentnie do przyjętego założenia - odpowiada, iż „nie precyzuje jaki % jednostek redakcyjnych aktu prawnego ma być skomentowana” by uznać daną publikację za komentarz;
- d) na pytanie „czy zgodnie z definicją komentarza (...) Zamawiający uznaje za uprawnione zaliczenie jako komentarz przykładowych dzieł jednego z SIP dostępnych na rynku, odnoszących się wyłącznie do pojedynczych artykułów aktów prawnych (...)?” zamawiający odpowiada, że „do wyliczenia ilości komentarzy wykonawca może zaliczyć komentarz jednego autora odnoszący się wyłącznie do pojedynczego artykułu danego aktu prawnego”;
- e) w odpowiedzi na kolejne pytanie odwołującego (nr 3 na str. 5 odwołania) zamawiający wyjaśnia, iż jako „komentarz części aktów” należy rozumieć komentarz, tj. omówienie lub interpretację przepisów danego autora dotyczącej minimum jednej jednostki redakcyjnej danego aktu prawnego. Nadto zaś dodaje, że „w przypadku, jeżeli komentarz danego autora zawiera przepisy kilku aktów prawnych, to wykonawca może zsumować do liczby komentarzy ogółem poszczególne akty prawne (np. jedna publikacja obejmuje 4 ustawy, to wykonawca może zaliczyć ją jako 4 komentarze)”;
- f) kolejno, na pytanie „czy Zamawiający (...) przewiduje możliwość zaliczenia jako komentarz publikacji monograficznych, artykułu z prasy fachowej lub innego omówienia nie nazwanego w produkcie jako komentarz aktów prawnych” zamawiający po raz kolejny daje wyraz szerokiej definicji komentarzy wskazując, że „dopuszcza możliwość zaliczenia jako komentarz publikacji monograficznych, artykułu z prasy fachowej lub innego omówienia nie nazwanego w produkcie jako komentarz do aktów prawnych (należy zwrócić przy tym uwagę, co odwołujący celowo pominął w treści odwołania, iż powyższe pytania, w szczególności pytania „c”, „d” i „e”, miały na celu - jak wskazał sam odwołujący w pytaniu nr 106, na str. 42 załącznika nr 2 do nin. pisma) - „wyeliminowanie sytuacji, w której dowolny podział aktu prawnego na dowolną ilość części skutkować będzie sposobem liczenia komentarzy nieodzwierciedlającym prawdopodobnej intencji zamawiającego, aby dostawca posiadający w swoich zasobach obszerniejszą bazę skomentowanych przepisów otrzymał większą ilość punktów”. Zamawiający nie zaakceptował jednak takiej intencji odwołującego, co jasno wynika z treści odpowiedzi prowadzących ku szerokiej definicji komentarza);

g) i wreszcie na koniec, na pytanie nr 10, które zadał przystępujący (str. 4 załącznika nr 2 do nin. pisma), a które miało na celu doprecyzowanie definicji komentarza, zamawiający wskazał, że „jako komentarz rozumie omówienie lub interpretacje przepisów, w których znajdują się wszelkie autorskie opracowania przepisów prawnych”.

Analiza definicji komentarzy zawartej w siwz oraz w ww. odpowiedziach zamawiającego potwierdza wskazaną na wstępie tezę przystępującego, że zamawiający w sposób bardzo szeroki zdefiniował pojęcie komentarzy, uznając nawet, że cechy tego typu publikacji wypełnia tekst nieoznaczony nazwą „komentarz”, artykuł z prasy fachowej lub inne omówienie, i to nawet tylko jednej jednostki redakcyjnej aktu prawnego. Co więcej, uznał, że nawet jedna publikacja zawierająca interpretacje albo omówienie np. 4 aktów prawnych, może być policzona przez wykonawców jako 4 komentarze.

Tak szerokie ujęcie pojęcia komentarza w sposób naturalny pozwoliło przystępującemu na dokonanie przeglądu zasobów wszystkich posiadanych przez niego publikacji (tj. omówień lub interpretacji) pod kątem tego, czy mogą być one zakwalifikowane jako komentarz w rozumieniu siwz. Taka analiza została przez przystępującego przeprowadzona. Przystępujący zaoferował więc specjalną, dedykowaną wersję produktu, uwzględniającą wymagania zamawiającego, w szczególności biorąc pod uwagę przyjęte przez zamawiającego rozumienie komentarzy. Tego typu praktyka, tj. przygotowywanie „tzw. wersji na miarę”, jest stosowana przez dostawców systemów informacji prawnej w odniesieniu do klientów strategicznych (zob. np. wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2011 r. KIO 2571/11, załącznik nr 3 do nin. pisma), a bezspornie zamawiający -wobec zakresu organizowanego przez niego przetargu - taki charakter posiada.

Mając powyższe na uwadze, należy uznać za chybione zarzuty dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji przez przystępującego i wskazać jednocześnie, że odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich tez, podczas gdy powszechnie przyjęte jest w orzecznictwie, iż „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony oraz uzasadniony, w tym także przez przytoczenie konkretnego przepisu u.z.n.k, który został naruszony. ” (wyrok KIO 1603/12 z dnia 13.08.2012 r.). Dowodem takim z całą pewnością nie jest porównanie liczby komentarzy zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli swoje oferty, nie wiemy bowiem czy LexisNexis Polska Sp. z o.o. albo odwołujący dysponują tak wielkimi bazami publikacji, które zgodnie z przyjętą wyżej definicją mogłyby zostać zakwalifikowane jako komentarz.

Na marginesie zwracamy uwagę, że w sposób oczywisty twierdzenie odwołującego, iż dany przedsiębiorca nie może mieć większej liczby towaru (tutaj komentarzy) niż inny, niczego nie dowodzi i jest chybione, bo taka sytuacja może w sposób oczywisty mieć miejsce (i w tym

przypadku ma). Nadto zaś, statystyczna liczba orzeczeń przypadająca na dany komentarz podana przez Odwołującego, stanowi jedynie zabieg erystyczny i w żaden sposób nie można z uzyskanego wyniku tych działań wnioskować o sprzecznej z rzeczywistością liczbie komentarzy i o tym, czy przystępujący mógł mieć taką czy inną ich liczbę. Można choćby wskazać wiele aktów prawnych, do których napisano komentarze, a które nie były przywoływane w orzecznictwie ani sądów administracyjnych ani sądów powszechnych, ani wreszcie organów administracji publicznej.

Niezależnie od powyższego, odwołujący „zastrzegł sobie możliwość przedstawienia na rozprawie dowodów” na poparcie wskazanych przez niego tez, nie sądzimy jednak by odwołujący miał dostęp do produktu, który zaoferowaliśmy zamawiającemu. Tym samym nie jest, naszym zdaniem, możliwe przeprowadzenie przez odwołującego skutecznego dowodu na potwierdzenie okoliczności, które odwołujący, w sposób nieuprawniony i bezpodstawny, zarzuca przystępującemu.

Przystępujący podsumowując zatem podniósł, że odwołujący opiera swoje przekonanie co do tego, że przystępujący złożył ofertę, która została sporządzona niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, wyłącznie na własnych przekonaniach, budowanych na chybionych podstawach, zachowujących pozór logicznego myślenia. Nie można tylko w oparciu o własne przekonanie rzetelnie ocenić zasobów innego przedsiębiorcy i prawdziwości złożonej przez niego oferty. Zamawiający wskazał, iż za komentarz uznany może być nawet tekst nieoznaczony nazwą „komentarz”, artykuł z prasy fachowej lub inne omówienie, nawet jednej tylko jednostki redakcyjnej aktu prawnego. Uznał nadto, że nawet jedna publikacja zawierająca interpretację albo omówienie np. 4 aktów prawnych, może być policzona przez wykonawców jako 4 komentarze. Tym samym zamawiający przyjął bardzo szeroką definicję komentarzy. Przystępujący dokonał przeglądu posiadanych przez siebie zasobów publikacji i wybrane z nich zakwalifikował, w oparciu o ww. definicję, jako komentarze, co zostało odzwierciedlone w złożonej przez przystępującego ofercie, obejmującej produkt dedykowany dla zamawiającego. Jednocześnie przystępujący oświadcza, że jest gotowy na dostarczenie zaoferowanego produktu i że produkt ten będzie zawierał podaną przez niego w ofercie liczbę komentarzy, a zamawiający będzie mógł zweryfikować ww. dane pod rygorem skutków prawnych przewidzianych w projekcie umowy.

W dniu 8 października 2013r. przed otwarciem rozprawy do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie odwołującego o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane tak jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki wynikające z art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w rankingu ofert, a jego odwołanie zmierza do wyeliminowania wykonawcy wybranego przez zamawiającego, zatem uwzględnienie odwołania powodowałoby uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: