

**WYROK**  
**z dnia 31 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę P.I.W. Camco sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Prokuraturę Krajową,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w części dotyczącej parametru z pkt 1 ppkt 5 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – „Napięcie wejściowe” i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Anmaro sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie;
  - 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy Anmaro sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na fakt, że parametr napięcia wejściowego zaoferowanego urządzenia UPS nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego;
  - 1.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. 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**

Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń podtrzymywania zasilania UPS, wraz z akumulatorami”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 kwietnia 2018 r., pod nr 2018/S 081-180750.

16 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy P.I.W. Camco sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór oferty złożonej przez wykonawcę ANMARO sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Wykonawca A”) jako najkorzystniejszej;
2. zaniechanie należytego badania i oceny oferty złożonej przez Wykonawcę A, w tym:
  - 2.1. odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) wyjaśnień złożonych w toku Postępowania pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „Znk”), stawiając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 4 Znk;
  - 2.2. wykluczenia Wykonawcy A pomimo tego, że złożona przez niego oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), stawiając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
  - 2.3. wykluczenia Wykonawcy A pomimo tego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, stawiając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;
3. zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów i oświadczeń nieskutecznie zastrzeżonych przez Wykonawcę A;
3. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
  - 3.1. odrzucenia oferty i wykluczenia Wykonawcy A ze względu na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ;
  - 3.2. odrzucenia oferty i wykluczenia Wykonawcy AN na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp;
4. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu. W tym celu Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Przez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). W przypadku gdy Wykonawca A zostanie wykluczony z Postępowania, a jego oferta odrzucona, Odwołujący uzyska zamówienie.

Nadto, Odwołujący podał, że gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp i ujawnił (odtajnił) dokumenty i oświadczenia zastrzeżone przez Wykonawcę A jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący miałby możliwość zweryfikowania ich prawidłowości oraz prawdziwości.

#### Zarzut 2.1

Zamawiający zdecydował się na wybór oferty Wykonawcy A jako najkorzystniejszej, odmawiając Odwołującemu dostępu do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę A w toku Postępowania, dotyczących rażąco niskiej ceny, niezgodności oferty z SIWZ oraz zapewne samego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadniając to tym, że materiały te zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia ww. informacji nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji. Przez bezprawne zastrzeżenie, ww. podmiot, a następnie sam Zamawiający (o ile nie udostępni tych informacji), chcą uniemożliwić Odwołującemu sprawdzenie, czy faktycznie Wykonawca A złożył ofertę zgodną z SIWZ i w sposób rzetelny wyjaśnił przeprowadził wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej.

Odwołujący przywołał przepisy art. 8 ust. 1-3 Pzp i art. 11 ust. 4 Znk i stwierdził, że Zamawiający zobowiązany jest do samodzielnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez pryzmat przesłanek uprawniających do ograniczenia jawności. Podał, że dokumenty objęte klauzulą tajemnicy nie spełniają przesłanek zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odtajnienie niewielkiej części wyjaśnień obejmującej m.in. nazwę modelu sprzętu oferowanego przez Wykonawcę A jest niewystarczające i świadczy jedynie o nadużywaniu przez ww. wykonawcę instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę treść zastrzeżonych dokumentów należy bardzo precyzyjnie i dokładnie odnosić się do ich treści. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku, w ocenie Odwołującego, zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Odpowiednie badanie w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa winno być precyzyjne i dokładne ponieważ wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, już na etapie składania ofert, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 Znk. Konieczne jest zatem określenie rodzaju informacji oraz wykazanie, iż posiada ona dla wykonawcy wartość gospodarczą, a także wykazanie, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji.

Za wyrokiem KIO z 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15 Odwołujący stwierdził, że *de lege lata* art. 8 ust. 3 Pzp nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 Znk. Aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji nie podlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od

tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 Pzp. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 Pzp oznacza, że *de facto* wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk.

Biorąc zatem pod uwagę orzecznictwo sądów oraz definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący podniósł, że informacje zastrzeżone w dokumentach złożonych przez Wykonawcę A nie wypełniają przesłanek, o których mowa w Znk.

Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe utajnienie informacji które nie spełniają przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 Znk, ponieważ nie można traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji już jawnych.

Nie bez znaczenia jest fakt, że skoro Zamawiający wnosił o potwierdzenie zgodności oferty Wykonawcy A z SIWZ, a następnie zdecydował się na wybór jego oferty, to ww. firma w złożonych dokumentach i oświadczeniach zapewniała o zgodności oferowanego sprzętu z SIWZ. Wobec powyższego nie ma racjonalnego wytłumaczenia dla utajnienia zastrzeżonych informacji.

#### Zarzut 2.2

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ pn. „Opis Przedmiotu Zamówienia” (dalej „OPZ”) – Specyfikacja techniczna pkt 1 ppk. 5 Zamawiający ustalił, że oferowany sprzęt ma mieć zakres napięcia wejściowego w przedziale 252-488 VAC. Co więcej, w toku Postępowania, w dniu 17 maja 2018 r., Zamawiający udzielając wyjaśnień, między innymi na pytanie 17 dotyczące dopuszczalności zaoferowania zasilacza UPS charakteryzującego się nieco innym oknem napięcia wejściowego (a mianowicie 240-480 VAC) kategorycznie odrzucił możliwość zaoferowania zasilacza UPS z innym oknem napięcia wejściowego niż zostało to zapisane w SIWZ.

Natomiast zaoferowany przez Wykonawcę A zasilacz LEVELUPS 300kVA, zgodnie z kartami katalogowymi dostępnymi na stronie internetowej producenta firmy Makelsan, dla napięcia 400 VAC (obowiązującego od 2003 r.) charakteryzuje się oknem napięcia wejściowego -20% / +15%. Takie wartości procentowe przekładają się na przedział napięć 320-460 VAC, a zatem niezgodny z SIWZ.

Producent, jak to wynika z karty katalogowej zasilacza LEVELUPS 300kVA, oferuje zasilacz UPS w wykonaniu opcjonalnym z oknem napięcia wejściowego -37% /+22%, lecz wyłącznie dla niższego napięcia – 380 VDC – niestosowanego już od dawna w Polsce. Niemniej jednak, również dla tego zakresu procentowego, po przeliczeniu procentów na wartości liczbowe, okno napięcia wejściowego jest zbyt wąskie w stosunku do wymagań SIWZ, gdyż obejmuje jedynie zakres 239-464 VDC. Trzeba jednocześnie zauważyć, że Makelsan nie produkuje zasilacza LEVELUPS 300kVA z oknem napięcia wejściowego -37% / +22% dla napięcia 400 VDC.

Mając na uwadze powyższe oferta Wykonawcy A nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie napięcia wejściowego jaki powinien charakteryzować się sprzęt mający być przedmiotem dostawy w tym Postępowaniu.

Dodatkowo należy zauważyć, że dwa inne parametry wymagane przez Zamawiającego, a mianowicie współczynnik mocy równy 1 oraz programowalne styki bezpotencjałowe są elementami opcjonalnymi dla zasilacza LEVELUPS 300kVA. Wykonawca A nie wskazał w ofercie, że powyższe elementy opcjonalne zostały zawarte. Należy więc domniemywać, że został zaoferowany zasilacz w znacznie tańszej wersji podstawowej, co miało niewątpliwie wpływ na zaoferowanie ceny, którą bez wątpienia można nazwać jako rażąco niską.

Dalej należy wskazać, że z OPZ – Specyfikacja techniczna pkt 2 – „Inne wymagania Zamawiającego” wykonawca jest obowiązany do montażu urządzeń we wskazanym pomieszczeniu. W cenie oferty należy przewidzieć: niezbędne kable elektryczne o wymaganych przekątnych, końcówki, korytka, uchwyty oraz ułożenie przewodów wraz z przejściami przez ściany/stropy. Zgodnie z SIWZ szacunkowe odległości dla każdego zasilacza UPS oddzielnie: zasilanie prostownika ok. 35 metrów 3x(2xYKY1x120) + YKY1x120, bypassu statycznego ok. 45 metrów 4x(2xYKY1x120) + YKY1x120, odbiorów ok. 35 metrów 4x(2xYKY1x120) + YKY1x120 oraz odległość akumulatorowni od zasilaczy UPS ok. 65 metrów z uwzględnieniem podłączenia okablowania.

Po zapoznaniu się z instrukcją obsługi zasilacza LEVELUPS 300kVA dostępną na stronie Makelsan (str. 30) wnioskować należy, że do prawidłowego działania zasilacza UPS konieczne jest, aby kabel uziemiający był możliwie krótki a jego długość nie powinna być dłuższa niż 5m przy założeniu że stosowany jest kabel średnicy co najmniej 150mm<sup>2</sup>.

Powyższe wymagania producenta sprzętu pozostają w sprzeczności z ofertą Wykonawcy A, gdzie ww. wykonawca w sposób nieuprawniony, zdaniem Odwołującego, potwierdził możliwość pracy zasilacza ups przy zastosowaniu kabla o przekroju 120mm<sup>2</sup>

o długości 35m, czyli w opinii producenta zbyt cienkiego i zbyt długiego, aby zasilacz mógł pracować prawidłowo. Należy, podkreślić że zastosowanie zbyt cienkiego kabla znów wpłynęło na obniżenie oferowanej ceny, sprowadzając ją do poziomu rażąco niskiego o czym szerzej w dalszej części naszego pisma.

### Zarzut 2.3

Przepis art. 90 ust 3 Pzp może stanowić samodzielną podstawę odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji gdy w wyniku wezwania zostały co prawda złożone wyjaśnienia, ale ich treść jest na tyle lakoniczna, że w zasadzie uniemożliwia zamawiającemu ich merytoryczną ocenę.

Odwołujący został w sposób niezgodny z prawem pozbawiony możliwości weryfikacji złożonych przez Wykonawcę A wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jednakże opierając się na swojej znajomości rynku ma podstawy do uzasadnionych podejrzeń, że zaoferowana cena jest nierealistyczna a same wyjaśnienia nie wystarczające.

Formalne udzielenie odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia ceny przy równoczesnym nie odniesieniu się w treści wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych jakie zgodnie z żądaniem zamawiającego miały być zaprezentowane, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień. Takie działanie wykonawcy może być zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiegokolwiek wyjaśnienie oferowanych cen, czy też ceny oferty. Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, czy też złożenie lakonicznych oświadczeń o prawidłowości kalkulacji ceny może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, ale równocześnie nie musi potwierdzać oferowania realizacji usługi poniżej kosztów jej wytworzenia.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. karty katalogowej UPS oferowanego przez Wykonawcę A wraz z tłumaczeniem na język polski – dowód O1;
2. wyciągu z instrukcji użytkownika (str. 30) ww. urządzenia wraz z tłumaczeniem na język polski – dowód O2.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

### Zarzut 2.1

Zamawiający podał, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp nakłada na niego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. *A contrario* w sytuacji, w której



wykonawca zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający będzie zobowiązany do ich odtajnienia.

Następnie Zamawiający stwierdził, że uczynił zadość ciężącemu na nim obowiązкови, czego wyraz dał już w trakcie Postępowania oceniając złożone przez Wykonawcę A dokumenty przez pryzmat skuteczności dokonanego objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, jako podlegające częściowemu odtajnieniu, w zakresie wyjaśnień w przedmiocie zgodności oferty Wykonawcy A z SIWZ, o czym poinformował wykonawcę pismem z dnia 4 lipca 2018 r., czyniąc jednocześnie zarzut w tym przedmiocie bezpodstawnym.

Odnosząc się do zaniechania ujawnienia pozostałej części wyjaśnień Zamawiający przytoczył przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i wskazał, że w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnienia Wykonawcy A zostały uznane za uzasadniające zaniechanie ujawniania zawartych w nich informacji ze względu na ich klasyfikację jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na wniosek przeciwny. Swój wywód ograniczył jedynie do nie popartych żadnymi argumentami i dowodami twierdzeniach, że zastrzeżenie przez Wykonawcę A tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne oraz, że zastrzeżone tam informacje nie spełniają przesłanek uzasadniających ich objęcie tajemnicą.

Odwołujący nie wykazał lub nawet nie uprawdopodobnił, że przedmiotowe wyjaśnienia – z uwagi na brak przymiotu, o którym mowa w art. 11 ust. 4 Znk – chociażby fakt, że są publicznie dostępne, co uzasadniałoby, iż nie podjęto w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności, utraciły swój walor jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający zasygnalizował również, że uwzględnienie każdego z zarzutów odwołania, również dotyczących wadliwego, w ocenie Odwołującego, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga, na kanwie brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp, wykazania, że uwzględnienie zarzutu stawianego wobec zaniechania odtajnienia konkretnego z dokumentów, miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego Odwołujący w odwołaniu nie wykazał.

## Zarzut 2.2

Zamawiający podał, że w dniu 8 czerwca 2018 r. otrzymał od Odwołującego pismo informujące o wskazanych niezgodnościach. W związku z powyższym w dniu 13 czerwca 2018 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy A pismo z prośbą o odniesienie się do wskazanych kwestii. W otrzymanej w dniu 15 czerwca 2018 r. odpowiedzi Wykonawca A

potwierdził spełnienie wymagań Zamawiającego przez zaoferowane urządzenia, w tym odnośnie wymaganego zakresu napięcia wejściowego, wartości współczynnika mocy, wyposażenia w programowalne styki bezpotencjałowe. Dodatkowo potwierdził, że przy wyliczeniach do oferty uwzględnił wszystkie elementy niezbędne do montażu (kable, końcówki, korytka, uchwyty, itp.) oraz że wskazane w ofercie uruchomienie urządzeń z wykorzystaniem uwzględnionych w ofercie elementów wyposażenia dodatkowego zapewni prawidłowy montaż oraz pracę zaoferowanych urządzeń.

Jednocześnie, jak słusznie zauważa Odwołujący, wiele z elementów wyposażenia w urządzeniach tej klasy jest opcjonalnych. Jest to powszechna praktyka na rynku nie tylko urządzeń podtrzymania zasilania. Wynika to z faktu dopasowywania rozwiązań do specyficznych potrzeb odbiorców. Zamawiający nie zawarł w SIWZ miejsca na wpisywanie ewentualnych opcjonalnych elementów wyposażenia, a jedynie żądał potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ. Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący potwierdzili spełnianie wymagań przez zaoferowane produkty. Z samego braku potwierdzenia w publicznie dostępnej w sieci Internet specyfikacji produktu określonych parametrów technicznych nie można wywodzić niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

### Zarzut 2.3

Zamawiający stwierdził, że podnoszone przez Odwołującego argumenty są czysto hipotetyczne, gdyż nie odnoszą się do faktów i twierdzeń przedstawionych przez wykonawcę w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Odwołujący, formułując zarzut przyjął, że wyjaśnienia Wykonawcy A nie spełniają określonego w piśmie standardu, co uzasadnia konieczność przyjęcia tezy o zastosowaniu przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny oferty.

Paradoksalnie dla Odwołującego kwestionowane wyjaśnienia spełniają wymagania określone przez Odwołującego, jak również wyczerpują dyspozycję wynikającą z art. 90 ust. 1 Pzp. Załączono do nich bowiem dowody na poparcie twierdzeń tam wskazanych i dlatego też Zamawiający, po dokonaniu ich analizy uznał, że stanowią one wystarczające i wiarygodne uzasadnienie, wobec czego nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi, że zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący w żaden sposób nie starał się udowodnić, czy wykazać lub chociażby uprawdopodobnić dlaczego przyjęty przez Wykonawcę A poziom cen należy uznać za rażąco niski. Poprzestał jedynie na lakonicznym, gołosłownym stwierdzeniu, że opierając się na swojej znajomości rynku ma podstawy do uzasadnionych podejrzeń, że cena zaoferowana przez Wykonawcę A jest nierealistyczna a same wyjaśnienia nie wystarczające.

Mimo jawienia się jako profesjonalista, ze znajomością specyfiki danego rynku, Odwołujący nie przedstawił nawet kalkulacji lub innego zestawienia odnośnie cen sprzętu objętego przedmiotem zamówienia, które mógłby w jakikolwiek sposób podważać wyliczenia przedstawione przez Przystępującego. Dlatego też Zamawiający przyjął, że jedynym miarodajnym punktem odniesienia w tym zakresie jest możliwość odwołania się do prawidłowo przygotowanych przez Przystępującego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Nie można tracić z pola widzenia faktu, że Odwołujący, jako profesjonalista, powinien mieć świadomość utrwalonego w judykaturze oraz znajdującego oparcie w doktrynie poglądu, zgodnie z którym istota rozkładu ciężaru dowodu polega na tym, że niemożność wykazania określonych faktów, nawet gdyby wynikała z usprawiedliwianych przyczyn w danych okolicznościach sprawy, wywołuje negatywne skutki dla podmiotu, na którym ciężar ich udowodnienia spoczywa.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca A, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba nie dopuściła Wykonawcy A do udziału w postępowaniu odwoławczym stwierdzając, że wykonawca ten nie dopełnił wynikającego z przepisu art. 185 ust. 2 Pzp obowiązku przesłania kopii przystąpienia Odwołującemu.

Na rozprawie strony podtrzymały streszczone powyżej stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Wykonawcy A, pisma Odwołującego z 8 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami, wezwania Wykonawcy A z 13 czerwca 2018 r. do wyjaśnienia treści oferty i rażąco niskiej ceny, wyjaśnień Wykonawcy A z 15 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami, pisma Zamawiającego z 4 lipca 2018 r. w sprawie częściowego odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy A, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 6 lipca 2018 r., korespondencji poczty elektronicznej do Odwołującego z 9 lipca br. w sprawie przesłania wnioskowanych dokumentów z Postępowania wraz z pismem przewodnim z tej samej daty.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że odwołanie jest częściowo zasadne. Jednocześnie, zważywszy na fakt, że Izba nie nakazała Zamawiającemu uznania za bezzasadne zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę A z przyczyn omówionych poniżej, kwestie dotyczące treści tego dokumentu potraktowane zostały z uwzględnieniem tej okoliczności.

#### Zarzut 2.2

Zarzut potwierdził się częściowo.

Zamawiający opisał wymagania względem urządzeń UPS będących przedmiotem zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ. Zgodnie z jego treścią urządzenia miały charakteryzować się m.in. zakresem napięcia wejściowego 252-488 VAC (pkt 1 ppkt 5 OPZ), wyjściowym współczynnikiem mocy 1 (pkt 1 ppkt 14 OPZ), czy programowalnymi stykami bezpotencjałowymi (pkt 1 ppkt 15 OPZ). Ponadto, zgodnie z pkt 2 ppkt 4 OPZ, Zamawiający wymagał montażu urządzeń we wskazanym pomieszczeniu, podając szacunkowe odległości dla każdego zasilacza UPS w przedziale od ok. 35 m do ok. 65 m.

Wykonawca A zaoferował urządzenie marki Makelsan, model LEVELUPS 300 kVA oraz potwierdził w wypełnionym OPZ spełnianie przez nie wszystkich opisanych powyżej wymogów.

Pismem z 8 czerwca 2018 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o niezgodności treści oferty Wykonawcy A z SIWZ w omówionym wcześniej zakresie, załączając do korespondencji kartę katalogową urządzenia oraz wyciąg z instrukcji użytkownika (str. 1, 30, 54-55).

Powyższe stanowiło podstawę do wezwania Wykonawcy A do wyjaśnienia treści oferty, co nastąpiło pismem z 13 czerwca br. W odpowiedzi Wykonawca A potwierdził spełnianie przez zaoferowane urządzenie wymagań z pkt 1 ppkt 5, 14, 15 i pkt 2 ppkt 4 OPZ, zastrzegając jednocześnie, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i zdecydował się na wybór oferty Wykonawcy A (pismo z 6 lipca 2018 r.).

Dokonując oceny zgodności treści oferty Wykonawcy A z SIWZ skład orzekający stwierdził, że zaoferowane przez ten podmiot urządzenia UPS nie spełniają wymogu dotyczącego napięcia wejściowego (pkt 1 ppkt 5 OPZ). Ustalenie to Izba oparła na załączonej do odwołania karcie katalogowej zaoferowanego przez Wykonawcę A urządzenia (dowód O1),

z której wynika, że urządzenie LEVELUPS 300 kVA występuje w różnych wariantach wejściowego napięcia (380/400/415 VAC z tolerancją napięcia -20% +15%, opcjonalnie 220/380 VAC z tolerancją -37% +22%), jednak żaden ze wspomnianych wariantów nie spełnia wymogów Zamawiającego (252-488 VAC). W wyjaśnieniach treści oferty Wykonawca A powołał się na wartość napięcia, dla którego – zgodnie ze wspomnianą kartą katalogową – nie istnieje wskazany również w wyjaśnieniach procentowy zakres tolerancji).

Powyższe powoduje, że wynik Postępowania został przez Zamawiającego ustalony wadliwie, wobec czego konieczne było nakazanie Zamawiającemu dokonania jego korekty w zakresie wynikającym z pkt 1 sentencji wyroku.

W pozostałej części zarzut niezgodności zaoferowanego urządzenia z SIWZ nie potwierdził się.

W kwestii wyjściowego współczynnika mocy (pkt 1 ppkt 14 OPZ) załączona do odwołania karta katalogowa (dowód O1) potwierdza stanowisko Odwołującego o wariantowości tego parametru. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, jakoby różne warianty (opcje) zaoferowanego urządzenia miały różne oznaczenia modeli, deklarację Wykonawcy A o zaoferowanym urządzeniu należy poczytywać za wolę dostarczenia urządzeń w wariantcie zgodnym z wymogiem Zamawiającego. Przedstawioną argumentację wspiera okoliczność, że zawartą w ofercie deklarację Wykonawca A potwierdził na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty. W konsekwencji skład orzekający nie miał wątpliwości, że świadczenie Wykonawcy A dotyczy dostawy urządzeń o współczynniku mocy zgodnym z wymogami opisanymi w OPZ.

Podobnie Izba rozstrzygnęła sprawę programowalnych styków bezpotencjałowych. Okoliczność, że są one opcjonalnym wyposażeniem urządzenia nie tylko nie była sporna, ale wynika również z załączonego do pisma Odwołującego z 8 czerwca 2018 r. wyciągu z instrukcji użytkownika (str. 55). Także i w tym przypadku treść oferty, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej argumenty, należało uznać za zgodną z SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Wykonawcy A z wymogiem z pkt 2 ppkt 4 OPZ, związanym z przewidzianą przez Zamawiającego długością okablowania, skład orzekający uznał, że Odwołujący nie wykazał, jakoby zastosowanie kabla o długości większej niż wskazywana przez producenta (5m – patrz dowód O2) skutkowało zaprzestaniem pracy urządzenia, utratą wymaganych parametrów, bądź ich pogorszeniem poniżej poziomów wymaganych przez Zamawiającego.

Mając na względzie powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

### Zarzut 2.3

Izba ustaliła, że w sprawie nie zachodziły podstawy do obligatoryjnego wezwania Wykonawcy A do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wezwanie takie (pismo z 13 czerwca 2018 r.) stanowiło reakcję na pismo Odwołującego z 8 czerwca 2018 r., w którym Odwołujący akcentował różnicę pomiędzy ceną oferty Wykonawcy A a średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert (25,73%) i wskazywał na jej możliwe przyczyny. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca A złożył wyjaśnienia poparte dowodami, a informacje w nich zawarte objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień Wykonawcy A skład orzekający uznał, że zarzut odwołania był chybiony.

Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę, że argumentacja Odwołującego pozbawiona była konkretnych informacji uzasadniających rażąco niski charakter ceny oferty Wykonawcy A. Stwierdzenie o posiadanej przez Odwołującego znajomości rynku, czy też okoliczność, że w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny ciężar dowodu spoczywał, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 2 Pzp, na Zamawiającym nie zastępują ciężącego na Odwołującym obowiązku wskazania w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie oraz dowodów na ich poparcie (por. § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2018.1092 j.t.).

Odwołujący bezskutecznie eksponował również skutki udzielenia lakonicznych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania ich udzielenia zgodnie z adresowanym do wykonawcy wezwaniem. Skład orzekający stwierdził bowiem, że Wykonawca A nie tylko uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, ustosunkowując się do poruszonych w wezwaniu kwestii, ale również przedstawił kalkulację cenową popartą dowodami, które – niezależnie od ogólnikowych twierdzeń Odwołującego – nie pozwalają na uznanie, że zaoferowana przez Wykonawcę A cena ma charakter rażąco niski.

Reasumując, Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

### Zarzut 2.1

Skład orzekający ustalił, że – jak wspomniano – Wykonawca A objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnienia treści oferty i rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (korespondencja z 15 czerwca br.).

Pismem z 4 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę A o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach treści oferty.

Następnie, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą A z 6 lipca 2018 r., Zamawiający przesłał oczekiwane przez Odwołującego dokumenty w korespondencji poczty elektronicznej z 9 lipca 2018 r.

Zarzut nie potwierdził się w części obejmującej informacje na temat zgodności treści oferty Wykonawcy A z SIWZ. Wspomniana powyżej dokumentacja Postępowania wskazuje nie tylko na krytyczną ocenę zasadności zastrzeżenia wspomnianych informacji (pismo Zamawiającego z 4 lipca 2018 r.), ale również na poinformowanie o niej Odwołującego, z jednoczesnym przesłaniem oczekiwanych danych (zob. korespondencję poczty elektronicznej do Odwołującego w części obejmującej wykaz załączników, w tym „Pismo do A. informujące o odtajnieniu części treści pisma.pdf” i „Odpowiedź A. na pismo dot. rażąco niskiej ceny i wyjaśnienia treści oferty.pdf”).

Zarzut okazał się natomiast zasadny w części odnoszącej się do zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, tym niemniej stwierdzone przez Izbę naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik Postępowania, zatem omawiany zarzut nie stanowił podstawy do uwzględnienia odwołania (zob. art. 192 ust. 2 Pzp).

Analiza uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny musi prowadzić do wniosku, że jest ono lakoniczne i ogranicza się wyłącznie do zadeklarowania spełniania przez nieujawnione dane przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk. Tymczasem na gruncie art. 8 ust. 3 Pzp obowiązkiem wykonawcy korzystającego z wyłączenia jawności informacji jest wykazanie, że mają one charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Z ugruntowanego orzecznictwa Izby wynika niezbicie, że pod pojęciem wykazania kryje się niejednokrotnie więcej niż li tylko oświadczenie o charakterze zastrzeganych informacji (zob. przykładowo wyrok KIO z 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 637/18). *Ad casum* oceniane uzasadnienie pozbawione jest, zdaniem składu orzekającego, cech wykazania, zatem nie mogło być uznane za skuteczne. Ubocznie Izba wskazuje również na nieuprawnione objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia dla tej czynności, które z uwagi na jego szczątkowy charakter nie zawiera żadnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając jednak na względzie wspomniany brak wpływu omówionego naruszenia na wynik Postępowania (Zamawiający prawidłowo ustalił bowiem, że oferta Wykonawcy A nie zawiera rażąco niskiej ceny) Izba orzekła jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu p obierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972 j.t.).

**Przewodniczący:** .....