

Sygn. akt: KIO/1857/10

WYROK
z dnia 10 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Marek Szafraniec

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2010 r. przez **Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Sejmu, ul. Wiejska 4/6/8, 00-902 Warszawa, w imieniu której działa Kancelaria Sejmu Biuro ds. Inwestycji i Zamówień, ul. Piękna 3a, 00-539 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31 A, 01-377 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Kancelaria Sejmu w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usługi informatycznej dla 460 podstawowych biur poselskich i dodatkowego stanowiska w Kancelarii Sejmu”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2010 r., pod nr: 2010/S 122-186600.

W postępowaniu tym wykonawca Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 sierpnia 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W dniu 2 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Betacom”) złożył zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego w tym samym dniu. Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zostało temu wykonawcy przekazane w dniu 30 sierpnia 2010 r.

Biorąc pod uwagę treść pism kierowanych w sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Podstawą złożonego przez Odwołującego odwołania była czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Betacom. Informację o tej czynności Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą faksową w dniu 18 sierpnia 2010 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

Po pierwsze:

- 1) zaniechanie uznania oferty Betacom jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Betacom,
- 2) nie podjęcie przez Zamawiającego żadnych czynności mających na celu ustalenie, czy oferta złożona przez Betacom jest rażąco niska, pomimo tego, że Zamawiający powinien posiadać co najmniej wątpliwości co do tego faktu,

Po drugie:

- 1) nieuzasadnione utajnienie oferty Betacom (w tym w szczególności dokumentów stanowiących część oferty potwierdzających spełnienie przez Betacom warunków postępowania),
- 2) nie podjęcie przez Zamawiającego żadnych czynności mających na celu ustalenie czy dokumenty oraz informacje zastrzeżone jako niejawne przez Betacom (w tym w szczególności dokumentów stanowiących część oferty potwierdzających spełnienie przez Betacom warunków postępowania) uzasadniają utajnienie tych dokumentów w postępowaniu, pomimo tego, że Zamawiający powinien posiadać co najmniej wątpliwości co do tego faktu,

Po trzecie:

- 1) zaniechanie uznania oferty Betacom za nieodpowiadającą warunkom SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Betacom,
- 2) zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności mających na celu weryfikację, czy oferta złożona przez Betacom (w tym dokumentów stanowiących część oferty potwierdzających spełnienie przez Betacom warunków postępowania) została przygotowana zgodnie SIWZ,

Po czwarte:

- 1) zaniechanie przesyłania Odwołującemu powiadomień i informacji wymaganych lub dopuszczalnych Ustawą, w tym w szczególności zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 2) zaniechanie publikacji na swojej stronie internetowej dokumentacji Przetargu, w tym w szczególności informacji o prowadzonym postępowaniu i informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Po piąte:

- 1) zaniechanie przesyłania Odwołującemu powiadomień i informacji wymaganych lub dopuszczalnych Ustawą, w tym w szczególności zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 2) zaniechanie publikacji na swojej stronie internetowej dokumentacji Przetargu, w tym w szczególności informacji o prowadzonym postępowaniu i informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzuciła w tym zakresie Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 2 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2), art. 24 ust. 2 pkt 3) w związku z art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 4, art. 82 ust 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) - 5) oraz art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
- 2) art. 11 ust. 4, art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu do odwołania.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania,
- 2) unieważnienie wyboru oferty Betacom jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- 3) wykluczenie Betacom z udziału w postępowaniu i odrzucenie jej oferty,
- 4) ponowne dokonanie oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność potwierdzenia, że cena oferty Betacom jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ostrożności procesowej, w razie nieuwzględnienia powyższych wniosków, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 6) unieważnienie wyboru oferty Betacom jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania ofert co najmniej w zakresie rażąco niskiej ceny i zasadności utajnienia części oferty Betacom, a następnie ponowne dokonanie oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu albo
- 7) unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że Zamawiający w postępowaniu nie dokonał należytej oceny oferty Betacom pod kątem rażąco niskiej ceny ww. oferty. Wskazała na wartość przedmiotowego zamówienia, która została ustalona przez Zamawiającego na podstawie cen rynkowych na kwotę: 19.836.065,57 zł. Tymczasem oferta złożona przez Betacom opiewa na 6.444.200,00 zł, więc stanowi jedynie 65% wartości zamówienia. Ponadto znacząco odbiega od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, jak i średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Z tych też względów Odwołujący wywodził, że całkowicie uzasadnione są twierdzenia, iż cena oferty Betacom jest niewiarygodna, a jako taka powinna być odrzucona.

Odwołujący wskazał na podstawie orzecznictwa KIO, ZA oraz opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, jaką ofertę przyjmuje się za ofertę z rażąco niską ceną, tj. ofertę z

ceną niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych. Podkreślił też, że w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, należy ją odnieść do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług, dostaw czy robót budowlanych, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością.

Wskazał, że cena oferty Betacom jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 35%. Oceniając zaś powyższe, nie sposób uznać, iż nie jest to cena odbiegająca od cen rynkowych i że nie zapewni należytego poziomu realizacji przedmiotowego zamówienia. Jest to cena nierealna, a co za tym idzie należy ją uznać za rażąco niską.

Odwołujący wskazuje także, iż zgodnie z powszechnym stanowiskiem, przyjmowanym w orzecznictwie, drugim (nie mniej ważnym niż wartość szacunkowa zamówienia) odnośnikiem, według którego należy oceniać, czy cena jest rażąco niska, jest stosunek ceny badanej oferty do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Z tych też względów oczywistym jest – wedle Odwołującego, iż oferta Betacom zawiera rażąco niską cenę, podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający zaniechał w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że gdyby jednak przyjąć odrębne stanowisko to i tak znaczna różnica w stosunku do wartości zamówienia opracowanej przez Zamawiającego oraz wartości pozostałych ofert obligowała Zamawiającego do żądania wyjaśnień dotyczących elementów oferty Betacom mających wpływ na wysokość ceny i weryfikacji kwestii rażąco niskiej ceny tej oferty, stosownie do przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Działanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie jest uprawnieniem, a obowiązkiem Zamawiającego, który jeśli tylko podejmie wątpliwość odnośnie ceny oferty wykonawcy, zobligowany jest do jej wyjaśnienia. W tym zakresie wskazał również na orzecznictwo KIO i ZA.

Odwołujący podnosi także, iż zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia stosownych czynności wyjaśniających i w ich następstwie odrzucenia oferty Betacom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi także naruszenie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w związku z 8 art. 3 ustawy Pzp. Podkreślił, wskazując na orzecznictwo KIO, że przyjęcie rażąco niskiej ceny jako najkorzystniejszej stanowi czyn mający doprowadzić do eliminacji innych wykonawców, a więc czyn nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od powyższego. Odwołujący podniósł, iż z racji wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, ewentualna umowa w sprawie zamówienia, jaką zawarłby Zamawiający podlegałaby unieważnieniu zgodnie z przepisem art. 146 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający w nieuzasadniony sposób utajnił część dokumentów składających się na ofertę Betacom, w tym w szczególności część dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunków postępowania i uzasadniających dodatkowe przyznane punkty w kryteriach oceny ofert nie dotyczących ceny. Przywołał art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie którego oferty złożone w postępowaniu, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o których mowa w art. 38 ust. 3 Pzp, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu. Przywołał też art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym protokół wraz z załącznikami jest jawny, a załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym "że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie terminu ich składania. Odwołujący przywołał też treść art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp Co do możliwości utajnienia części oferty wskazał, że powyższe wymaga jednak uzyskania przez Zamawiającego stosownych wyjaśnień w ww. zakresie, co ponownie jest obowiązkiem Zamawiającego, wykonania którego zaniechał w postępowaniu. Podniósł, że ciężar dowiedzenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bezsprzecznie spoczywa na Betacom.

Odwołujący przywołał też definicję tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) i określoną w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00), zgodnie z którą przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Podkreślił, że Zamawiający niesłusznie nie odtajnił informacji zastrzeżonych przez Betacom jedynie w celu utrudnienia pozostałym wykonawcom możliwości weryfikacji poprawności jego oferty oraz zasadności przyznanej punktacji i oceny jego oferty.

Odwołujący wskazał również na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia z dnia 21 października 2005 r. (sygnaturze akt III CZP 74/05), wywodząc, że

- Zamawiający winien ujawnić treść dokumentów potwierdzających spełnianie przez Betacom warunków Przetargu już od chwili otwarcia ofert
- zastrzeżenia nieujawniania informacji stanowią absolutny wyjątek od jawności postępowania i winny być traktowane oraz weryfikowane bardzo rygorystycznie i drobiazgowo przez Zamawiającego, a nadto w ocenie Odwołującego nie można skutecznie zastrzec nieujawniania dokumentów i informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z SIWZ - w tym w szczególności dokumentów i informacji wymienionych w rozporządzeniu *Prezesa Rady Ministrów w sprawie*

rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - gdyż jako potwierdzenie spełniania warunków postępowania stanowią one integralną część oferty.

Odwołujący podniósł także, że nieuzasadnione utajnienie przez Betacom dokumentów stanowiących część oferty powoduje konieczność uznania takiej oferty za przygotowaną niezgodnie z SIWZ ponadto uzasadnia uznanie takiego działania za czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji powoduje konieczność wykluczenia Betacom z udziału w Przetargu lub odrzucenia oferty Betacom. Pokreślił, że przekroczenie uprawnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnia warunki czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż chodzi tu o działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami zagrażającymi interesom pozostałych oferentów (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Ponadto podniósł, że oferent zastrzegający rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa zasługuje na dyskwalifikację także w oparciu o argumentum a fortiori z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skoro przepis ten wymusza na Zamawiającym wykluczenie z ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wprawdzie przepis ten dotyczy zazwyczaj nieco innych przypadków niż bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy, jednak hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy pokrywają się częściowo, choć ten drugi przepis ma pierwszeństwo zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*.

Ponadto wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepi również – w jego ocenie – wskazuje na odrzucenie oferty, której towarzyszy zastrzeżenie rzekomej tajemnicy, co stanowi rozwiązanie bezpieczniejsze, ponieważ za bezpodstawne ujawnienie cudzej tajemnicy przedsiębiorstwa grozi kara pozbawienia wolności do lat dwóch

Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał przesyłania Odwołującemu powiadomień i informacji wymaganych lub dopuszczalnych ustawą Pzp, a powyższe dotyczy w szczególności zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, o którym to fakcie Odwołujący nie został zawiadomiony przez Zamawiającego. O samym fakcie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu Odwołujący wskazała, że dowiedział się przypadkowo i nie od Zamawiającego, a miało to miejsce już po zawiadomieniu innych wykonawców. Podkreślił też, że Zamawiający nie publikuje na swojej stronie internetowej nie tylko dokumentacji przetargowej, lecz również informacji o prowadzonym postępowaniu czy wybranym wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 40 ust. 1 ustawy Pzp.

Dopuszczając się wskazanych naruszeń, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i jawności postępowania poprzez dopuszczenie do uprzywilejowanego potraktowania oferty Betacom w stosunku do

pozostałych ofert (w szczególności nie ujawniając części oferty pozostałym wykonawcom) oraz przeprowadzenie postępowania (w szczególności czynności oceny ofert) w sposób faktycznie niejawnym, a co najmniej nieprzejrzysty lub niejasny poprzez nieujawnienie sposobu oceny ofert w zakresie kryterium dotyczącym ceny i nieprzeprowadzenie opinii biegłego na tą okoliczność lub co najmniej nieujawnienie tej opinii Odwołującemu.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w związku z tym, że Betacom, jest wykonawcą tożsamej usługi na rzecz tego samego Zamawiającego, które faktycznie jest nadal wykonywana w konsekwencji:

- a) Betacom może mieć faktycznie uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu - choć możliwe iż nieoficjalnie - pracując czy definiując przedmiot zamówienia oraz SIWZ - co stanowi naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp,
- b) Betacom jako obecny dostawca tej usługi ma już podpisane w swoim imieniu umowy łączące komunikacyjnego dla wszystkich stanowisk. W konsekwencji każdy wykonawca poza Betacom musi w ramach oferty kalkulować koszty podłączenia instalacji i aktywacji oraz zawarcia umowy z dostawcą. Tylko Betacom posiada je we własnym imieniu i nie jest zobowiązany do cesji praw z tych umów. W związku z powyższym powstaje poważna różnica w wysokości ofert między wykonawcami na korzyść Betacom, która wg szacunków Odwołującego wynosi nie mniej niż kilkaset tysięcy złotych. Tym samym dopuszczenie (lub odmowa wykluczenia) oferty Betacom do Przetargu nie tylko stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wobec Odwołującego i pozostałych wykonawców, lecz również wskazuje na nieuzasadnione zaniechanie podjęcia tej czynności przez Zamawiającego
- c) wartość przedmiotu postępowania została określona na podstawie cen i warunków ustalonych z Betacom w poprzednim postępowaniu, zakończonym 4 lata temu. Powyższa okoliczność powoduje, iż skoro Zamawiający formułował wartość przedmiotu przetargu na podstawie wcześniejszego wynagrodzenia Betacom, to cena oferty Betacom w postępowaniu, stanowiąca jedynie 65% założeń Zamawiającego, w sposób niewątpliwy jest rażąco niska.

Podniósł, iż - jak wskazano powyżej - Zamawiający winien był wzywać do wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 - 2 czy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego bezpodstawnie zaniechał.

II. Stanowisko Przystępującego Betacom

W ocenie Przystępującego zarzut zaniechania uznania jego oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest całkowicie bezpodstawny. Wskazał on na brak definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny” – tak w prawie

krajowym, jak i wspólnotowym oraz na brak wiążącego wyznacznika, którym byłby zobligowany kierować się Zamawiający przy ustalaniu, czy cena oferty jest rażąco niska.

W treści uzasadnienia odwołania nie pojawia się ani jeden argument/dowód mogący wskazywać na rażąco niską cenę oferty Przystępującego. Podkreślił też, że ustawa Pzp nie precyzuje w jakich - konkretnie - okolicznościach Zamawiający powinien wszcząć procedurę wyjaśniającą w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości odnośnie ceny oferty. W niniejszej sprawie okoliczności takie nie znajdują uzasadnienia, zdaniem Betacom. Wskazał na tę okoliczność, że poszczególne oferty złożone przez wykonawców, np. ZETO Rzeszów, jest na poziomie oferty Przystępującego, tak więc to indywidualna i staranna analiza kosztów realizacji danego projektu przez poszczególnych wykonawców, wskazuje na realne i racjonalne koszty wytworzenia z zachowaniem uczciwej konkurencji. Przystępujący wskazał na orzecznictwo KIO.

Na marginesie podkreślił też, że obecnie realizowana usługa kosztowała Zamawiającego brutto 9 026 780,00 PLN, oferta ta (złożona przez Betacom) była składana przy średniej cenie za jedno łącze DSL o parametrach 1 Mbits na poziomie 170,00 PLN, w dniu dzisiejszym średni koszt łącza o parametrach 2 Mbits to tylko 80,00 PLN i z prostego wyliczenia wynika, że przy świadczeniu usługi dla 461 postów przez okres 48 m-cy Betacom może uzyskać oszczędności na poziomie 1 991 520,00 PLN, zaś różnica do obecnie złożonej oferty to tylko 1 164 856,00 PLN. Tak więc obecna oferta zawiera znacznie wyższy koszt świadczenia pozostałych usług będących przedmiotem zamówienia.

W opinii Przystępującego również zarzuty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są nieuzasadnione. Podniósł, że Betacom zastrzegł w ofercie:

- Wykaz osób,
- Opis sposobu zdalnego zarządzania usługą pod względem technicznym i organizacyjnym,
- Opis warunków świadczenia usług i serwisu,
- Wsparcie techniczne oraz serwis.

Odwołujący nie precyzuje, czy kwestionuje zasadność zastrzeżenia wszystkich utajnionych części oferty, Przystępujący jednak przedstawił w tym zakresie swoje stanowisko odnośnie zasadności utajnienia każdej z w/w części oferty.

Co do wykazu osób podniósł, że kwestia ta zwłaszcza w przypadku wykonawców branży informatycznej - niejednokrotnie była przedmiotem postępowań protestacyjnych i odwoławczych. Wykonawca - Betacom S.A. jest firmą informatyczną, która ze względu na swój profil działalności oraz wysokie tempo rozwoju usług informatycznych ponosi wysokie koszty związane z rozwojem kompetencji swoich pracowników. Z tego powodu informacje dotyczące kompetencji takich osób mają wysoką wartość gospodarczą wykonawcy, który w

konsekwencji podejmuje starania, aby były one chronione, zwłaszcza przed konkurencją i naturalną rzeczą jest nieudostępnianie tego typu informacji do wiadomości publicznej, a ich poufność gwarantują również stosowne zapisy w umowach o pracę. Powołał się przy tym na orzecznictwo KIO.

Pozostałe trzy - utajnione części oferty Betacom (Opis sposobu zdalnego zarządzania usługą pod względem technicznym i organizacyjnym, Opis warunków świadczenia usług i serwisu, Wsparcie techniczne oraz serwis) również zawierają informacje, które - zdaniem Przystępującego - stanowią „tajemnicę przedsiębiorstwa” w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co jest zawarte w ofercie. Zastrzeżone przez Przystępującego w/w części oferty zawierają informacje, które spełniają jednocześnie wszystkie warunki stawiane informacjom, które mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

- Nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Informacje zawarte w częściach oferty zatytułowanych jako „Opis sposobu zdalnego zarządzania usługą pod względem technicznym i organizacyjnym”, „Opis warunków świadczenia usług i serwisu”, „Wsparcie techniczne oraz serwis” zostały opracowane przez Betacom na potrzeby przedmiotowego postępowania i nie były wcześniej wykorzystywane, ani tym bardziej ujawniane do wiadomości publicznej.

- Posiadają wartość gospodarczą

Powszechnie przyjmuje się, że informacje techniczne i technologiczne dotyczące metod działania stanowią dla przedsiębiorstwa wysoka wartość gospodarcza. Takie właśnie informacje zawarte są w/w częściach oferty Betacom: zawierają one opis sposobu w jaki Betacom proponuje Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia, spełniając przy tym jednocześnie warunki zawarte w SIWZ. Jest to stworzona jednostkowo, indywidualna koncepcja realizacji zamówienia, która zawiera informacje posiadające bardzo istotną wartość gospodarczą. Ich odtajnienie z pewnością powoduje możliwość zdobycia przez pozostałych uczestników postępowania wiedzy, jaka może wpłynąć w sposób istotny na ich pozycje konkurencyjną np. w przypadku gdyby postępowanie zostało unieważnione, a następnie zaistniałaby konieczność jego powtórzenia. Wskazane części oferty Przystępującego zawierają także informacje organizacyjne stanowiące dla niego wartość gospodarczą, które również mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

- Zostały w stosunku do nich podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zarzut, iż Zamawiający nie podjął żadnych czynności mających na celu ustalenie, czy dokumenty oraz informacje zastrzeżone jako niejawnie jest całkowicie bezpodstawny. Ustawa nie precyzuje, w jaki sposób Zamawiający powinien badać oferty pod kątem

zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ani też w żadnym miejscu nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w tej sprawie, jednak brak takich wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie wskazuje, że powyższe zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlegały analizie przez Zamawiającego. Zarzut ten nie ma żadnych podstaw, ani nie jest poparty żadnymi dowodami. Sam Odwołujący większość spośród analogicznych informacji w swojej ofercie również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa

Przedstawione zarzuty zaniechania uznania oferty Betacom za nieodpowiadającą warunkom SIWZ i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Betacom oraz zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności mających na celu weryfikację, czy oferta złożona przez Betacom została przygotowana zgodnie z SIWZ, uznać należy -zdaniem Przystępującego - za całkowicie bezpodstawne. Zwłaszcza, że na ich prawdziwość Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów.

Odwołujący nie tylko nie przedstawił dowodów na jego poparcie, ale nie wskazał też, która z utajnionych części oferty Przystępującego zawiera jego zdaniem informacje nieprawdziwe. Powołując się na orzecznictwo KIO poniósł, że nawet gdyby uznano, że zawiera bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę zawartych w niej informacji, nie podlega odrzuceniu na podstawie obowiązujących przepisów, co sugerował Odwołujący

Przystępujący nie odnosił się do zarzutu zaniechania przesyłania Odwołującemu powiadomień i informacji związanych z postępowaniem, gdyż nie posiada wiedzy na ten temat.

Co do okoliczności, że Betacom realizuje obecnie podobne zamówienie u Zamawiającego, Odwołujący z samego tego faktu, nie przedstawiając na poparcie tego stwierdzenia żadnego dowodu, wywodzi, że Betacom może mieć faktycznie uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu. Zarzut ten zdaniem Przystępującego bezpodstawnie formułowany przez Odwołującego narusza dobre obyczaje kupieckie podkreślił, że prawo, orzecznictwo jak i dotychczasowa praktyka nie przewiduje takich sankcji i wykluczenia wykonawcy z możliwości uzyskania zamówienia w opisanej sytuacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej, wobec czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim: treść SIWZ, pismo z dnia 18 sierpnia 2010 r. o wynikach postępowania, protokół postępowania (druk ZP-1 wraz z załącznikami), ofertę Betacom, jak również pismo Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2010 r. kierowane w toku postępowania odwoławczego do Izby. Izba uwzględniła również we wskazanym zakresie wnioskowane przez Odwołującego w toku rozprawy dowody z cennika usług dostępu do internetu DSL TP S.A. i regulamin promocji usługi DSL SPRINTER TP S.A. oraz opinię rzeczoznawcy PTI sporządzoną przez Piotra Falca. Izba także wzięła pod rozważenie stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w sprawie na piśmie i ustnie do protokołu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego w sprawie powołania biegłego z informatyki, na okoliczność rażąco niskiej ceny w ofercie Betacom na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp. Izba uznała, że przeprowadzenie tego dowodu skutkowałoby jedynie przedłużeniem postępowania odwoławczego, zaś biegły z dziedziny informatyki nie byłby miarodajnym specjalistą dla ustalenia okoliczności na potwierdzenie rażąco niskiej ceny. Ocena w tym zakresie ma charakter oceny porównawczej co do cen rynkowych określonych usług informatycznych pod kątem obowiązujących przepisów prawa dotyczących ceny rażąco niskiej. W zgłoszonym przez Odwołującego wniosku dowodowym nie chodzi więc o podjęcie ustaleń co do specjalistycznej wiedzy informatycznej, a tylko o ocenę konkretnego stanu faktycznego – oferty cenowej firmy Betacom – w kontekście regulacji ustawy Pzp, odnoszących się do ceny rażąco niskiej. W tym zakresie – w ocenie Izby – opinia biegłego z zakresu informatyki nie byłaby adekwatna co do ustalenia okoliczności, będących podstawą zgłoszonego wniosku dowodowego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że żaden z zarzutów podnoszonych w odwołaniu nie potwierdził się. Podstawą takiego rozstrzygnięcia podjętego

przez Izbę była przede wszystkim okoliczność braku udowodnienia przez Odwołującego okoliczności, które stały się podstawą podnoszonych zarzutów i zgłoszonych żądań.

Co do pierwszego z podnoszonych zrzutów dotyczącego ceny rażąco niskiej w ofercie Betacom i zaniechaniu podjęcia czynności wyjaśniających co do tej ceny przez Zamawiającego Izba uznała, że zarzut ten nie był w żaden sposób udowodniony, a nawet uprawdopodobniony ze strony Odwołującego. W tym zakresie Izba uznała, że ciężar dowodowy – wykazania okoliczności ceny rażąco niskiej w ofercie Betacom, z której to okoliczności Odwołujący wywodzi określone skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia tej oferty, stosownie do art. 6 Kc – spoczywa na Odwołującym.

Odwołujący podnosił jedynie okoliczność, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia w mniejszym postępowaniu została ustalona w wysokości 9 836 065, 57 zł, zaś oferta złożona przez Betacom opiewała na kwotę 6 444 200,00 zł. Okoliczności te Izba potwierdziła w dokumentacji postępowania (pkt 2 części ogólnej protokołu postępowania ZP-1, oraz druk ZP-12), z tym zastrzeżeniem, że są to wartości netto, zaś oferta brutto Betacom opiewała na kwotę: 7 861 924,00 zł. Izba ustaliła w tym zakresie także, że w postępowaniu złożono 8 ofert, z czego 7 ofert (w tym też oferta Betacom i Odwołującego) mieściło się w kwotach netto poniżej kwoty stanowiącej wartość szacunkową przedmiotu zamówienia, a także poniżej tej wartości powiększonej o wartość VAT przy przyjęciu dla porównania cen ofertowych brutto. Biorąc pod uwagę tę okoliczność porównanie cen ofertowych pod kątem ceny rażąco niskiej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia może wskazywać na ustalenie tej wartości przez Zamawiającego na dość wysokim poziomie, biorąc pod uwagę wysokość cen rynkowych usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Tym samym zatem porównanie ceny ofertowej Betacom w kontekście ceny rażąco niskiej, czy też jej uprawdopodobnienia wyłącznie do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT wydaje się być nieadekwatne. Z tych też względów konieczne było uwzględnienie innego z elementów, które mają znaczenie dla podjęcia wiążących ustaleń w kwestii ceny rażąco niskiej. Na ten element wskazywał również w treści złożonego odwołania Odwołujący. Mianowicie jest to porównanie danej ceny do cen innych wykonawców. Porównanie tychże cen nie wskazuje w żaden sposób na to, że Betacom zaoferował cenę odbiegającą od realnych cen rynkowych. Odwołujący nie udowodnił też, a nawet nie przedstawił w tym zakresie żadnych argumentów w odwołaniu, jak i w toku rozprawy, że za wskazaną cenę wykonanie zamówienia nie jest możliwe bez osiągnięcia strat po stronie Betacom. Odwołujący opierał się wyłącznie na jednym elemencie cenowym przedmiotu zamówienia, tj. cenie usług dostępu do Internetu, wskazując - na podstawie przedłożonego cennika usług jednego z operatorów dostępnych na rynku tego rodzaju usług, tj. TP S.A. oraz regulaminu świadczenia usługi promocyjnej - że tylko stawki obowiązujące w podstawowym cenniku tej firmy (opłata podstawowa 299,00 zł netto, zaś brutto 364,78 zł) są

obiektywnie możliwe do pozyskania dla wykonawców. Izba nie dała wiary przedstawionym dowodom, uznając, że na uwolnionym rynku tego typu usług również inne podmioty oprócz TP S.A. mogą świadczyć usługi dostępu do Internetu. Także TP S.A. jako firma konkurencyjna oprócz stałych cenników usług obiektywnie może przygotować różnego rodzaju oferty dla klientów indywidualnych, w szczególności biorąc pod uwagę zakres zamówienia, jego charakter, jak i okres świadczenia usługi. Przedłożony zatem cennik przez Odwołującego nie może stanowić jedynie wiążącej podstawy do wyceny usług dostępu do Internetu wobec konkurencji, panującej także w odniesieniu do tego typu usług. Przy czym Izba uznając, iż usługa dostępu do Internetu jest istotnym czynnikiem cenotwórczym w zakresie przedmiotu zamówienia, zauważyła także, że Odwołujący nie odniósł się do innych elementów przedmiotu zamówienia mających znaczenie dla wysokości ceny ofertowej. Przy ocenie, czy cena ofertowa ma charakter ceny rażąco niskiej należy bowiem brać pod uwagę całość ceny ofertowej, a nie jej poszczególne elementy. Izba zwróciła także uwagę, że sam Odwołujący w treści odwołania wskazywał, że cena ofertowa Odwołującego mogła być ustalona na niższym poziomie, biorąc pod uwagę okoliczność, że wykonawca ten świadczy identyczną usługę na rzecz Zamawiającego aktualnie. Powyższe, w ocenie Izby, stanowić może jedynie o okoliczności, o której mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy. Warunki takie w przepisach ustawy Pzp są dopuszczone w kontekście możliwości ustalenia ceny na niższym poziomie niż pozostali wykonawcy. To, że Betacom aktualnie świadczy analogiczną usługę u Zamawiającego faktycznie może umożliwiać temu wykonawcy wycenę niektórych usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia na niższym poziomie. Możliwość taka ma charakter obiektywny i nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, stanowi ona korzyść wykonawcy pozyskaną w wyniku normalnej działalności przedsiębiorstwa na rynku i zdobywania w tym zakresie doświadczenia, które jako pewne wartości o charakterze know-how przedsiębiorca może wykorzystywać w sposób obiektywny i zapewniający mu konkurencyjność na rynku.

Odnosząc się do dowodu przedłożonego w toku rozprawy - opinii rzeczoznawcy Polskiego Towarzystwa Informatycznego – Pana Piotra F. z dnia 7 września 2010 r. Izba w pierwszym rzędzie stwierdziła, że owa opinia ma charakter jedynie dokumentu prywatnego i jako taka była poddana ocenie przez Izbę. Dokonując oceny tego dokumentu Izba stwierdziła, iż przyjęte tam założenia, jak i wycena poszczególnych usług i sprzętu, nie może być wiążąca dla konkretnego wykonawcy w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęto tam *ad hoc* określone stawki za urządzenia i usługi, nie wskazując z czego wynikają te ustalenia, poza ogólnymi jedynie wskazaniem źródła informacji, czy też przy wycenie sprzętu gdzie wskazano, że ceny zostały tam wyliczone na podstawie cennika firmy ABCData – dla parametrów sprzętu oferty Betacom, bez

uszczegółowienia tej wyceny co do standardu sprzętu. Jednocześnie też wnioski końcowe tej opinii wskazują na możliwość innych kosztów wyceny oferty Betacom niż ustalono w tym dokumencie (7 630 467,65 zł), w sytuacji uwzględniania dodatkowych rabatów do dostawców sprzętu i oprogramowania, wynegocjowania odrębnych umów licencyjnych na oprogramowanie, czy też wynegocjowanie korzystniejszych stawek na usługi telekomunikacyjne. Tym samym zatem przedstawiona opinia nie mogła być w żaden sposób miarodajna dla oceny oferty Betacom pod kątem rażąco niskiej ceny w postępowaniu.

Co do drugiego zarzutu, związanego z zaniechaniem ze strony Zamawiającego odtajnienia i podjęcia czynności wyjaśniających w odniesieniu do dokumentów w ofercie Betacom zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba uznała, że zarzut ten nie został wykazany przez Odwołującego. Zgodzić należy się z Odwołującym, że w tym zakresie wobec braku dostępu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez Odwołującego ciężar wykazania, że owe dokumenty tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią spoczywa na Zamawiającym i ewentualnie Przystępującym, którego owo zastrzeżenie dotyczy. W ramach podnoszenia zarzutów w odwołaniu Odwołujący jednak powinien co najmniej, określając zarzuty w tym przedmiocie, uprawdopodobnić, że określone informacje nie mogłyby stanowić w ogóle tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe nie zostało wykazane przez Odwołującego, który w treści odwołania cytuje jedynie obowiązujące w tej mierze przepisy ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również orzecznictwo, nie odnosząc tego konkretnie do zastrzeżonych informacji w ofercie Przystępującego. Izba ustaliła, że z treści oferty Betacom wynika wprost, jakie dokumenty zostały w tej ofercie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. Wykaz osób, Opis sposobu zdalnego zarządzania usługą pod względem technicznym i organizacyjnym, Opis warunków świadczenia usług i serwisu, Wsparcie techniczne oraz serwis (spis treści oferty Betacom). Zgodnie z oświadczeniem zawartym na stronie 51 oferty informacje te zostały skutecznie zastrzeżone przez Betacom, także techniczne poprzez wyodrębnienie i zabezpieczenie techniczne tych dokumentów. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do zastrzeżonych dokumentów merytorycznie, dlaczego generalnie nie mogłyby one podlegać ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd też Izba uznała, za miarodajne w tym zakresie uzasadnienie udzielone przez samego wykonawcę, tj. firmę Betacom, iż:

- co do wykazu osób, że informacje dotyczące kompetencji takich osób mają wysoką wartość gospodarczą wykonawcy, który w konsekwencji podejmuje starania, aby były one chronione, zwłaszcza przed konkurencją, w tym co do gwarancji poufności poprzez stosowne zapisy w umowach o pracę; w tym zakresie Izba w toku rozprawy ustaliła także, że zastrzeżenie dokonane w tym dokumencie sprowadzało się do kwalifikacji i doświadczenia osób wykazywanych w tym dokumencie;

- co do pozostałych dokumentów (Opis sposobu zdalnego zarządzania usługą pod względem technicznym i organizacyjnym, Opis warunków świadczenia usług i serwisu, Wsparcie techniczne oraz serwis), które odnosiły się do sposobu realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia i zostały opracowane przez Betacom na potrzeby przedmiotowego postępowania i nie były wcześniej wykorzystywane, ani tym bardziej ujawniane do wiadomości publicznej, a posiadają wartość gospodarczą jako jednostkowo stworzona, indywidualna koncepcja realizacji zamówienia, jak też informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, co do których zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba uznała powyższe wyjaśnienia za wystarczające wobec braku podania przez Odwołującego jakichkolwiek informacji, które mogłyby podważyć możliwość zastrzeżenia w ogóle takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie uwzględniła również argumentacji Odwołującego o tym, że zastrzeżone informacje mogły mieć wpływ na ocenę oferty Betacom w drugim obok ceny kryterium oceny ofert. Ustalono, że Betacom w tym kryterium otrzymała 12 pkt. Liczba ogólna przyznanych tej firmie punktów to 97 (cena – 85, drugie kryterium 12), zaś Odwołujący uzyskał w tym zakresie łącznie 83,64 pkt (cena – 68,64, drugie kryterium – 15, tj. maksymalna ilość punktów w tym kryterium). Tym samym nawet przyjęcie, że Przystępujący uzyskałby 0 pkt w drugim obok ceny kryterium i tak jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym brak możliwości wglądu w objętych zastrzeżeniem elementów przedmiotowych oferty nie miał wpływu na ilość przyznanych punktów przez Zamawiającego, co próbował wskazywać Odwołujący.

Co do zaniechania podjęcia przez Zamawiającego określonych działań mających na celu wyjaśnienie treści oferty w celu ustalenia prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, że obowiązujące przepisy prawa nie nakazują Zamawiającemu w ramach badania i oceny ofert obowiązkowej procedury podjęcia wyjaśnienia treści oferty poprzez skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy odpowiedniego pisma. Jeśli Zamawiający poprzez analizę zastrzeżonych informacji – a taka ocena była przeprowadzana przez Zamawiającego, co poświadczył on do protokołu z rozprawy, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący – dochodzi do przekonania, że faktycznie mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa, jest to wystarczające w ramach procedury badania i oceny ofert również w kontekście weryfikacji oferty pod kątem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła też podstaw do uznania, aby zastrzeżenie informacji w treści oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie można było traktować w kategoriach naruszenia czynu nieuczciwej konkurencji, czy też podania nieprawdziwych informacji w postępowaniu, co podnosił Odwołujący.

Co do zarzutu nie przekazywania przez Zamawiającemu informacji o wynikach postępowania oraz nie zamieszczania tych informacji na stronie internetowej, Izba uznała zarzuty te za niezasadne. Z dokumentów podłożonych przez Zamawiającego w ramach dokumentacji z postępowania, jak też z pisma z dnia 30 sierpnia 2010 r., skierowanego do Izby i jego załączników wprost wynika, że na numer faksu Odwołującego wskazany w raporcie wysyłki korespondencji faksowej, w dniu 18 sierpnia 2010 r. godz. 15.13 przesłano 2 strony informacji o wynikach postępowania. Zamawiający przedłożył także dowód wysłania w dniu 19 sierpnia 2010 r. przesyłki z tą informacją na adres Odwołującego. Przedłożone przez Zamawiającego wydruki ze strony internetowej Kancelarii Sejmu z dnia 18 sierpnia 2010 r. potwierdzają także, że w tej dacie informacje co do tego postępowania, w tym również co do informacji o wynikach postępowania były zamieszczane na stronie internetowej, zgodnie z wymogami ustawy Pzp.

Co do zarzutu uprzywilejowania Betacom w postępowaniu Izba nie stwierdziła w tym zakresie również naruszeń. Żadne dowody w tym przedmiocie nie zostały przedłożone przez Odwołującego, zaś przedstawiona przez niego argumentacja w żaden sposób nie potwierdza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jak wskazano powyżej, okoliczność, iż Betacom jest wykonawcą podobnej usługi w chwili obecnej na rzecz Zamawiającego nie może świadczyć o naruszeniu zasad udzielania zamówienia publicznego. Jeśli opis przedmiotu zamówienia, bądź inne warunki SIWZ prowadziłyby do uprzywilejowanej sytuacji jakiegoś wykonawcy należało te okoliczności podnosić na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (odwołania na postanowienia SIWZ). Natomiast na obecnym etapie powyższe należałoby rozwiązać w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych osób nie utrudni uczciwej konkurencji. Przywoływany przez Odwołującego wyrok ETS w sprawie Fabricon dotyczył właśnie takiej sytuacji. Wskazane okoliczności nie były w żaden sposób wykazywane, a nawet podniesione przez Odwołującego, tym samym Izba uznała zarzut za bezpodstawny.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....