

Sygn. akt KIO 586/14

**WYROK**  
**z dnia 10 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. COMP Spółka Akcyjna, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, 2. Royal Software Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Erazma Ciołka 10, 01-402 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Comarch Polska Spółka Akcyjna, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. COMP Spółka Akcyjna, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, 2. Royal Software Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Erazma Ciołka 10, 01-402 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców, tytułem wpisu.

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

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Royal Software Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, czynności i zaniechania zamawiającego - Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii w Warszawie - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi utrzymania infrastruktury Geoportal”, (znak sprawy: ZP/BO-4-2500-49/IZ-PG2/5049-12/2013). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 231-401366.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego w skrócie „Comarch Polska”, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch Polska, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;  
ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch Polska, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązań zgodnych z SIWZ za cenę przedstawioną w ofercie;
- 3) art. 90 ust. 2 przez uznanie, że oferta Comarch Polska nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia tej oferty;
- 4) art. 8 ust. 1, 2 i 3 przez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie Comarch Polska - wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, wykazu osób, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy oraz wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Comarch Polska;
- 5) art. 91 ust. 1 przez dokonanie oceny oferty odwołującego w sposób niezgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, co doprowadziło do zaniżenia oceny punktowej tej oferty w zakresie kryterium Koncepcja (waga 40% - 40 punktów), a w konsekwencji do

bezzasadnego zaniżenia łącznej oceny punktowej oferty odwołującego;

- 6) art. 7 ust. 1 i 3 przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także innymi przepisami wskazanymi lub wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów nieprawidłowej oceny punktowej oferty odwołującego;
- 3) odtajnienia zastrzeżonych w ofercie Comarch Polska - wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, wykazu osób, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy oraz wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Comarch Polska;
- 4) odrzucenia oferty Comarch Polska;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie przesłanki wniesienia odwołania - interes i szkoda.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowych czynności zamawiającego, oferta złożona przez Comarch Polska zostałaby odrzucona, ofercie odwołującego zostałaby przyznana wyższa ilość punktów w kryterium Koncepcja, a w efekcie oferta odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, że w ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska zamówienia.

Uzasadnienie zarzutów odwołania.

I. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Comarch Polska. Różnice pomiędzy ceną zaoferowaną przez Comarch Polska, a szacunkową wartością zamówienia oraz cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców wskazują, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest ceną rażąco niską. Zdaniem odwołującego, nie jest możliwe zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zamawiającego za

cenę zawartą w ofercie Comarch Polska. Ponadto, utajnienie przez Comarch Polska wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykazu osób, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy oraz wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Comarch Polska, stanowi nadużycie prawa ze strony tego wykonawcy. Z kolei zaniechanie odtajnienia tych informacji przez zamawiającego, stanowi naruszenie przepisów Pzp.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty Comarch Polska ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny.

1. Szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego wynosi 8 108 350,34 zł, w tym opcja 3 243 159,33 zł oraz wartość przewidzianych zamówień uzupełniających ustalona na kwotę 1 621 730,34 zł. Podana bezpośrednio przed otwarciem ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wraz z opcją) została określona na 7 978 542,60 zł brutto. Cena oferty Comarch Polska wnosi 4 777 905,48 zł brutto, co jak wskazał zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowi 59,88% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z załączonego do protokołu postępowania „Oszacowania kosztów zamówienia na usługi utrzymania infrastruktury Geoportal 2” wynika, że zamawiający dokonał kalkulacji szacunkowej wartości zamówienia na podstawie cen rynkowych. Porównanie cen ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu również nie pozostawia wątpliwości, co do występowania istotnych dysproporcji. Cena zaferowana przez odwołującego, która jest najbardziej zbliżona do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 7 084 800,00 zł brutto, a tym samym cena zaferowana przez Comarch Polska stanowi jedynie ok. 67% ceny oferty odwołującego. Cena kolejnej z ofert - złożonej przez Asseco Poland S.A. wynosi 12 066 300,00 zł brutto. Rodzi to istotne podejrzenia, że Comarch Polska nie będzie w stanie wykonać zamówienia za zaferowaną cenę, gdyż nawet będąc w stanie dokonać oszczędności kosztów dla pojedynczych elementów oferty - całościowa kwota, którą zamierza uzyskać jest niższa niż realny poziom kosztów (wraz z uwzględnieniem zysku) za realizację zamówienia.

2. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

3. O zaferowaniu ceny rażąco niskiej świadczy nie tylko porównanie ceny z wartością szacunkową zamówienia przewidzianą w budżecie zamawiającego. Istotne znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru ceny należy przypisać porównaniu ceny z cenami za

usługi i dostawy porównywalne do przedmiotu zamówienia, występujące na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1377/12, KIO 1337/12).

4. Powyższe zarzuty potwierdza również okoliczność wezwania Comarch Polska przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Nieuprawnione zastrzeżenie przez Comarch Polska wyjaśnień w tym zakresie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwala na odniesienie się do przedstawionych wyjaśnień.

5. Charakter przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje, że nie jest możliwe świadczenie usług odpowiadających potrzebom zamówienia za tak niską cenę. Tym samym, jeśli nie potwierdzi się zarzut rażąco niskiej ceny oferty Comarch Polska, implikuje to zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W związku ze wskazanymi okolicznościami, z ostrożności procesowej, odwołujący podniósł zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Comarch Polska, pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ.

### III. Czyn nieuczciwej konkurencji.

1. W świetle przedstawionych uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Comarch Polska, odwołujący podkreślił, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaoferowanie przez Comarch Polska rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 wskazanej ustawy.

2. Stanowisko odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).” W opinii tej UOKiK podał m.in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uzkn. Za takie będą

więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

3. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.:

a) wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07: „Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej”;

b) wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0- 3740/05.

IV. Bezpodstawne zastrzeżenie wyjaśnień Comarch Polska dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

1. Zamawiający wezwał Comarch Polska do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 87 ust. 1 w związku z art. 90 Pzp.

W stanie faktycznym sprawy zastrzeżenie całości wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi niedopuszczalne ograniczenie jawności postępowania.

2. Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie stanowisko potwierdza również jedno z ostatnich orzeczeń KIO - wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 297/13, 300/13).

V. Zaniechanie odrzucenia oferty Comarch Polska na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

1. W związku z nieujawnieniem przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Comarch Polska, odwołujący z ostrożności procesowej podniósł, że wyjaśnienia są niewystarczające, nie zawierają dowodów potwierdzających, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

2. Znacząca rozbieżność między ceną zaoferowaną przez Comarch Polska, a rynkową wartością przedmiotu zamówienia budzi poważne wątpliwości, co do rzetelności przeprowadzonej kalkulacji. W celu ich wyjaśnienia zamawiający zażądał od wykonawcy szczegółowego wyjaśnienia powodów zaproponowania tak niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ Comarch Polska nie zakwestionowała treści wezwania miała obowiązek zastosować się do wezwania i przedstawić żądane informacje i dowody.

3. W związku z powyższym, odwołujący wniósł o zweryfikowanie przez KIO, czy udzielona przez Comarch Polska odpowiedź zawiera szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i dowody oraz, czy przedstawione informacje potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jeżeli Comarch Polska nie udzielił wyjaśnień w wymaganym przez zamawiającego zakresie, należy uznać, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 3 Pzp, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce, jeżeli przedstawione informacje i dowody potwierdzają, że oferta Comarch Polska zawiera rażąco niską cenę.

VI. Zaniechanie odtajnienia wykazu usług i osób, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

1. Prawo do zastrzeżenia w treści oferty informacji stanowiących, w opinii wykonawcy, tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest nigdy prawem bezwzględnym, chociażby dlatego, że wykonawca nie może zastrzec elementów, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Przedsiębiorca utajniający określone informacje w swojej ofercie czy wniosku musi w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości wykazać, że zgodnie z dyspozycją normy wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje zastrzeżone przez wykonawcę mają wartość gospodarczą (stanowią informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa), jako zbiór informacji nie były nigdzie wcześniej prezentowane i nie są one dostępne dla osób postronnych. Zatem wyłączenie jawności nie może być dokonywane przez wykonawcę swobodnie, bez wypełnienia powyższych przesłanek, jak również nie może być bezkrytycznie przyjmowane przez zamawiającego.

2. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy przez utajnienie swoich dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiają weryfikację swojej zdolności

do wykonania zamówienia, co narusza w sposób rażąco zasadę jawności postępowania.

3. Powyższą argumentację potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

a) wyrok z dnia 2010-06-07, KIO/UZP 938/10, KIO/UZP 997/10, KIO/UZP 1035/10; b) wyrok z 9 lipca 2009 r., KIO/UZP 797/09; c) wyrok z dnia 1 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 745/08.

4. Ponadto, zgodnie z orzecznictwem, wykazy usług składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co do zasady, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (m.in. wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10); również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 października 2007 r., UZP/ZO/0-1281/07.

5. Analogicznie, w odniesieniu do wykazu osób, odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców.

6. W szczególności, nieuprawnione jest zastrzeżenie całych dokumentów - bez dokonania podziału na te informacje w nich zawarte, które w istocie mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa oraz te, które w żadnym razie nie spełniają przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W zakresie wykazu osób, do informacji niepodlegających zastrzeżeniu mogą należeć w szczególności informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób (wymóg zawarty w specyfikacji), zajmowanych przez nich stanowisk i ilości „zaoferowanych” osób na poszczególne stanowiska. Każdorazowo badaniu powinna też podlegać zasadność zastrzeżenia imion i nazwisk, jak również podstaw dysponowania daną osobą, bowiem mogą występować okoliczności, w których fakt dysponowania daną osobą przez wykonawcę został ujawniony do publicznej wiadomości (a zatem nie spełnia ustawowych przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa), np. w sytuacji wskazania wykazu osób w jawnych umowach o zamówienie publiczne zawartych przez danego wykonawcę.

7. Za nieuprawnione odwołujący uznał również zastrzeżenie w ofercie Comarch Polska, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Wskazał, jako reprezentatywny w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/UZP 255/08.

VII. Ocena koncepcji odwołującego.

1. Zamawiający wbrew ustalonemu kryterium oceny ofert zaniżył punktację przedstawionej przez odwołującego Koncepcji, a zatem dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

2. W końcowej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że załączona do oferty odwołującego Koncepcja została skutecznie zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec tego argumentację merytoryczną odnoszącą się do zarzutu zaniżonej punktacji w toku oceny oferty, odwołujący przedstawił w załączniku nr 1 do odwołania i zastrzegł, że



nie podlega ona udostępnianiu innym podmiotom.

VIII. Podsumowując odwołujący wskazał, że przedstawiona w uzasadnieniu argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Wykonawca - Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie - spełniając ustawowe warunki skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem tego postępowania, zwanym w skrócie „przystępującym”. W zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

I. Odwołujący spełnia przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, złożył ważną ofertę, która uzyskała drugą lokatę w rankingu ofert z zastosowaniem kryteriów oceny ofert: cena - 60% i koncepcja przedstawiona przez wykonawcę - 40%. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, odwołujący mógłby ponieść szkodę, o jakiej stanowi wskazany przepis.

II. Po rozpoznaniu odwołania w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), z uwzględnieniem obowiązku wykazania przez odwołującego przesłanki, o której stanowi przepis art. 192 ust. 2 Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia), Izba oddaliła odwołanie, uznając, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

III. Zarzuty przedstawione w odwołaniu tworzą 3 grupy naruszeń przepisów Pzp dotyczących następujących zakresów.

1. Zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia:

- na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w związku z ust. 2 tego przepisu - w wyniku niewłaściwej oceny wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie

- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z powodu niemożliwości zaoferowania rozwiązań zgodnych z SIWZ za cenę przedstawioną w ofercie.

2. Zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie przystępującego:

- wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie;
- informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy;
- wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty przystępującego;

odwołujący cofnął na rozprawie zarzut zaniechania odtajnienia wykazu osób przedstawionego w ofercie przystępującego.

3. Ocena oferty odwołującego przez zaniżenie oceny punktowej w kryterium Koncepcja, i w konsekwencji zaniżenie łącznej oceny punktowej oferty,

a także w efekcie powyższych naruszeń, odwołujący wskazał ich skutek w postaci naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - niezapewnienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Ad 1. Zamawiający ustalił wartość zamówienia, w rozumieniu art. 32 ust. 1 Pzp (całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością), w kwocie 8 108 350,34 zł, wraz z wartością opcji i zamówień uzupełniających. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (podstawowego wraz z opcją) - 7 978 542,60 zł.

Podana bezpośrednio przed otwarciem ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest sumą wartości zamówienia i kwoty podatku VAT, wynikającej z obowiązującej stawki tego podatku i stanowi z reguły granicę finansowania zamówienia. Przyjmuje się, że stanowi też kwotę, do której porównuje się ceny ofert w związku z przepisami art. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje, że w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13, Sąd Okręgowy w Poznaniu orzekł, że (...) „kwota wartości szacunkowej zamówienia, a nie kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, jest determinantą oceny oferty pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej. Kwota wartości szacunkowej, o której mowa w art. 33 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 Pzp, to różne kwoty, a zamawiający ma prawo przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę wyższą niż kwota wartości szacunkowej zamówienia.”

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty z cenami, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 1 Pzp:

- przystępujący - 4 777 905,48 zł
- odwołujący - 7 084 800,00 zł
- Asseco Poland S.A. - 12 066 300,00 zł.

Zamawiający zwrócił się do przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - pismo z dnia 13.01.2014 r., w którym wskazał obie ceny - kwotę podaną bezpośrednio przed otwarciem ofert i cenę oferty przystępującego, stwierdzając, że cena oferty stanowi 59,88% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec tego zwrócił się do przystępującego o szczegółowe przedstawienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący złożył obszerne 9. stronicowe wyjaśnienia wraz z dwoma załącznikami (pismo z dnia 21.01.2014 r.) z zastrzeżeniem, że całość pisma wraz z załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z tym nie może być udostępniana podmiotom trzecim na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako niepotwierdzające, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji oceniając ofertę przystępującego z zastosowaniem jeszcze drugiego kryterium oceny ofert - Koncepcja, wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą.

W przypadku uznania, jak w rozpoznawanej sprawie, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę nie potwierdza rażąco niskiej ceny oferty i wobec tego nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty, wykonawca kwestionujący ocenę zamawiającego, zobowiązany jest udowodnić, że kwestionowana cena oferty jest rażąco niska. Ciężar dowodu w aktualnym stanie prawnym, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp (odpowiednio art. 6 Kc), obciąża strony i uczestników postępowania odwoławczego, którzy z przedstawianych faktów wywodzą skutki prawne.

Odwołujący, poza wskazaniem w uzasadnieniu odwołania różnicy ceny oferty wybranej w stosunku do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz podaniem cen dwóch pozostałych ofert, w tym swojej najbardziej zbliżonej do kwoty podanej przez zamawiającego, nie przedstawił żadnego dowodu, nawet uprawdopodobnienia wskazującego niezbędne koszty stanowiące minimalny poziom, jaki powinien być wykazany w celu zabezpieczenia realizacji zamówienia.

Oceniając zarzuty, których podstawę stanowi cena oferty przystępującego, Izba wskazuje. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi uprawnienie zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z treścią przepisu prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zakres i treść wezwania, stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (wskazany wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13).

Zamawiający ocenia złożone przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia z zastosowaniem kryteriów określonych w art. 90 ust. 2 Pzp - otwartym katalogu przesłanek. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, jeżeli:

- wykonawca nie złożył wyjaśnień,
- ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jeżeli ocena wyjaśnień nie potwierdza rażąco niskiej ceny, brak jest podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, a więc odrzucenia oferty na podstawie tej normy, jak również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W razie wątpliwości, co do złożonych wyjaśnień, w szczególności, gdy nie wyjaśniają one oczekiwanego przez zamawiającego zakresu, zamawiający jest zobowiązany do uzyskania dalszych wyjaśnień wykonawcy, by było możliwe dokonanie oceny, czy cena zawarta w ofercie jest rzeczywiście ceną rażąco niską.

Ze wskazanego przepisu Pzp i z orzecznictwa wynika brak podstaw do odrzucenia oferty w przypadku, gdy wyjaśnienia nie potwierdzają rażąco niskiej ceny. W szczególności w orzecznictwie podkreślono zobowiązanie zamawiającego do ponownego zwrócenia się do wykonawcy w celu uzyskania wyczerpujących wyjaśnień, co do ceny oferty.

W tym kierunku orzekł Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10, wskazując na brak przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną oferty. Również wskazany wyrok z dnia 8 stycznia 2014 r. Sądu Okręgowego w Poznaniu potwierdza obowiązek zamawiającego skutecznego wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy.

Zbieżne stanowisko zostało przedstawione w opinii zamieszczonej w Informatorze UZP nr 11/2013 pt. „Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Z przedstawionych stanowisk - sądowego i administracyjnego wynika, że obowiązujący przepis art. 90 Pzp odnoszący się do rażąco niskiej ceny ma swoje źródło w art. 55 dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE - dyrektywy klasycznej.

Z dyrektywy wynika zasadność wielokrotnego wzywania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Norma wynikająca z art. 55 ust. 2 dyrektywy wskazuje, że użyty w niej zwrot „konsultacje” oznacza, iż czynności zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają, w ocenie zamawiającego, dalszego usuwania powstałych wątpliwości.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zobowiązujący zamawiającego do odrzucenia oferty w przypadku, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, może być zastosowany wyłącznie po uprzednim żądaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp).

Zatem, z powyższego wynika, że nawet w sytuacji złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie rozwiewają wątpliwości zamawiającego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie zarówno art. 90 ust. 3, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, bez dalszych czynności zamawiającego zmierzających do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy.

Oceniając czynność zamawiającego polegającą na ocenie wyjaśnień przystępującego złożonych w dniu 21.01.2014 r., Izba uznała, że nie sposób przypisać zamawiającemu naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wyjaśnienia wykonawcy, zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wskazują obiektywne czynniki wykonania zamówienia, w szczególności metoda i sposób kalkulacji kosztów zamówienia, wykorzystanie wysokiego poziomu posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający nie miał podstaw, by uwzględniając treść wezwania do złożenia wyjaśnień, uznać, że złożone wyjaśnienia z załącznikami są wątpliwe lub ich ocena potwierdza, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena oferty przystępującego jest niższa od wartości zamówienia i od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, niższa jest też od ceny oferty odwołującego, drugiego w kolejności wykonawcy i również ceny oferty trzeciego wykonawcy. Różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego i trzeciego wykonawcy jest dwukrotnie wyższa w stosunku do różnicy cen ofert przystępującego i odwołującego.

Różnica ceny oferty przystępującego w stosunku do cen pozostałych ofert oraz w stosunku do wartości zamówienia i kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w realiach rynku usług IT, w szczególności ze względu na charakter przedmiotu zamówienia, a mianowicie usługę, której istotę stanowi praca osób, a więc możliwość zastosowania różnego wynagrodzenia oraz innych kosztów pracy osób i różnych poziomów marży - jak podkreślił na rozprawie zamawiający - nie jest zaskoczeniem. Jednak, by nawet znacznie niższa cena oferty w stosunku do cen innych ofert w postępowaniu została uznana za cenę rażąco niską, okoliczności te muszą być wykazane ponad wszelką wątpliwość.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny w sądownictwie wskazano:

w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł: „Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”.

W wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu orzekł: (...) „przepisy Pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena”. (...) W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. (...) Zatem, charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”.

Odwołujący nie udowodnił tezy postawionej w odwołaniu, że cena oferty przystępującego jest ceną niewiarygodną i nierealną, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów usługi. Wykazywał zarzut wyłącznie przez porównanie cen w tym postępowaniu, znacznie zróżnicowanych ze względu na przedmiot zamówienia.

Zarzut odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską

cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowił podstawę dalszych dwóch zarzutów - czynu nieuczciwej konkurencji i niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazany w odwołaniu przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej w skrócie „uznk”, na potwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Na potwierdzenie zarzutu odwołujący podał w uzasadnieniu odwołania, że „Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż zaoferowanie przez Comarch Polska rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycje przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W orzecznictwie sądowym przedstawiono m.in. następujące poglądy w tym przedmiocie, akceptowane przez skład orzekający Izby, jako adekwatne do okoliczności faktycznych przypisanych zarzutowi.

1. Aby przyjąć popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest kumulatywne spełnienie przesłanek: związku działania podlegającego ocenie z działalnością gospodarczą, sprzeczności czynu z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrożenia tym działaniem interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 253/07).
2. Z kolei dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07).
3. Przy ocenie działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami dającymi podstawy do kwalifikacji danego zachowania, jako uczciwej lub nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk) istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt V ACa 328/07);
4. Utrudnianie dostępu do rynku to nic innego, jak stawienie barier, przeszkód, które nie wynikają ani z rodzaju działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę oferującego

nabywcom swoje towary albo usługi (strona podaży), ani też z uwarunkowań kształtujących zapotrzebowanie na dany towar albo usługi (strefa popytu), lecz są efektem nieuczciwych działań podejmowanych przez innych przedsiębiorców, które przykładowo zostały wymienione w kolejnych punktach art. 15 ust. 1 uoznk (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt I ACa 359/12);

5. Delikt ujęty w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zasadniczo dookreślony jest przez dwa elementy, są nimi: utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku oraz nieuczciwy charakter takiego utrudnienia (sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami). Te dwa elementy mają zasadnicze znaczenie dla konstruowania omawianego czynu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09).

Izba uznała, że zarzut nie został udowodniony. Wskazanie ceny, która nie znajduje potwierdzenia jako rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia - nie stanowi potwierdzenia zarzutu, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażający lub naruszający interes odwołującego, mający na celu eliminację innych wykonawców, w szczególności odwołującego.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że przywołane okoliczności stanowią efekt konkurencji wykonawców o uzyskanie zamówienia i sposób rywalizacji nie przekracza jej granic, w szczególności wobec wykazanego przez przystępującego faktu wynikającego z porównania cen ofert w obecnym i poprzednim postępowaniu (w 2012 r.) w tym samym przedmiocie zamówienia w zakresie usługi utrzymania infrastruktury GEOPORTAL 2 i w zakresie asysty powdrożeniowej. W poprzednim postępowaniu za usługę utrzymania infrastruktury, wykonawca tworzący obecne konsorcjum odwołujące zaoferował wynagrodzenie miesięczne w kwocie 128 841,87 zł, obecnie oferuje 289 818,75 zł. Natomiast cena przystępującego w obecnym postępowaniu wynosi 176 657,52 zł. W poprzednim postępowaniu oferta wykonawcy tworzącego obecne konsorcjum odwołujące z ceną 128 841,87 zł została wybrana jako najkorzystniejsza. Przystępujący oferuje obecnie za tę samą usługę cenę o 50 tys. zł wyższą (z uwzględnieniem rozszerzonego dodatkowego zakresu w stosunku do poprzedniego postępowania - załącznik nr 1 do specyfikacji - OPZ, pkt 9.1, 9.1.1 i 9.4). Z porównania cen w zakresie asysty powdrożeniowej (wynagrodzenie godzinowe) wynika, że w poprzednim postępowaniu wykonawca tworzący obecne konsorcjum odwołujące zaoferował wynagrodzenie za godzinę 120,00 zł, w obecnym postępowaniu ten sam wykonawca (odwołujący) oferuje 30,00 zł, natomiast przystępujący oferuje obecnie 125,00 zł. Cena zaoferowana wówczas przez wykonawcę tworzącego obecne konsorcjum odwołujące, mimo zarzutu nie została uznana za cenę rażąco niską.



Izba podnosi, że w zacytowanej w uzasadnieniu odwołania opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. wskazano, że „Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznanających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

Analizując wskazaną ocenę Urzędu, należy uznać na zasadzie *a'contrario*, że utrudnienie dostępu do rynku nie występuje, gdy działania wykonawcy wynikają z istoty konkurencji, a nie są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznanających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji.

Trudno jest uznać, w ocenie Izby, że wykonawca konkurujący na rynku zamówień odpowiadających przedmiotowo ocenianemu zamówieniu, ubiegając się o udzielenie zamówienia, nie ma na celu uzyskania zamówienia, a wyłącznie utrudnienie dostępu do rynku innemu wykonawcy. Tym bardziej, że przed otwarciem ofert nie byli znani wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jak również oferowane przez nich ceny.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego, że dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest przedstawienie faktu, iż czynności przystępującego są niekonkurencyjne, zmierzające do eliminacji wykonawcy z rynku w sposób naruszający prawo, a więc należałoby udowodnić oferowanie przez przystępującego usługi poniżej kosztów wytworzenia, co przy uwzględnieniu przedstawionego zestawienia cenowego, należało uznać za zarzut nieuzasadniony.

Postawiony z ostrożności zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, nie został sformułowany. Wskazanie przepisu ustawy nie wyczerpuje pojęcia zarzutu w postępowaniu odwoławczym. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza niezgodność merytoryczna zobowiązania wykonawcy przedstawionego w ofercie z wymaganiami zamawiającego wynikającymi z SIWZ.

Odwołujący nie przedstawił takiej niezgodności. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ z powodu niewykazanej niemożliwości zaferowania rozwiązań zgodnych z SIWZ za cenę

przedstawioną w ofercie przystępującego, skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie wskazanego przepisu Pzp, nie została wykazana.

Ad 2. Zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie przystępującego:

- wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie;
- informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy;
- wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty przystępującego.

Przystępujący złożył w formularzu ofertowym w pkt IV, 6, str. 3 oferty oświadczenie, że powierzy podwykonawcom części zamówienia wskazane w tym punkcie. Składając ofertę zastrzegł, że część zawierająca dokumenty i informacje zamieszczone na stronach 27-89 oferty, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz wykonanych usług - str. 27-29 oferty, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług - str. 30-44 oferty oraz informacja z banku - str. 66 oferty, zgodnie z oświadczeniem przystępującego złożonym w toku rozprawy, są to zasoby innego podmiotu udostępnione przystępującemu w trybie określonym w Pzp. Informacje te znajdują potwierdzenie w treści złożonej oferty.

Korzystając z udostępnionych zasobów innego podmiotu - uczestnika w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, który zastrzegł, że udostępnione zasoby stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa chronioną na podstawie art. 11 ust. 4 uznk - przystępujący już z samego faktu korzystania z udostępnionych zasobów innego podmiotu w takich okolicznościach, został zobowiązany do zachowania poufności, co do informacji i dokumentów zawartych w udostępnionych zasobach. Zastrzegając nie udostępnianie dokumentów i informacji innym podmiotom, przystępujący dokonał wtórnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, niezależnie od faktu, że treść zawarta we wskazanych dokumentach i informacjach uzasadnia uznanie jej za tajemnicę chronioną w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 uznk.

Na analogicznej zasadzie przystępujący dokonał zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych w dniu 21.01.2014 r. na wezwanie zamawiającego.

Na uwagę zasługuje fakt, że odwołujący zarzucając zaniechanie odtajnienia wskazanych dokumentów i informacji, dotyczących potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych udziału przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zarzucił niespełnianie któregośkolwiek warunku.

Jedynie odnośnie ceny oferty przystępującego odwołujący wskazał przesłanki odrzucenia tej oferty.

Zarzut zaniechania odtajnienia uzasadnił następująco: odnośnie wykazu wykonanych usług i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz informacji banku wskazał, że następstwem utajnienia jest niemożliwa przez innych wykonawców weryfikacja zdolności przystępującego do wykonania zamówienia oraz, że co do zasady, usługi wykazane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informacja banku służąca temu samemu celowi, nie stanowią informacji chronionej w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Podobnie wyjaśnienia dotyczące ceny oferty. Podnosił również niezasadność zastrzeżenia całych dokumentów uznając, że możliwe jest wyodrębnienie w ich treści tylko informacji podlegających ochronie. Poddawał w wątpliwość ocenę zasadności zastrzeżenia dokonaną przez zamawiającego, wobec nie żądania od przystępującego wyjaśnień na temat zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Oceniając powyższe Izba uznała, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Zatem, pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Również zastrzeżeniu mogą podlegać informacje składane zamawiającemu w toku postępowania, o ile można im przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Każdy wykonawca ma możliwość podjęcia czynności w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w swojej ofercie. W każdym z tych przypadków ocena zasadności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i w odniesieniu do konkretnych danych w sprawie (m.in. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10).

W uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 Sąd Najwyższy stwierdził, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być też informacje lub dokumenty wymagane na podstawie przepisów w sprawie rodzaju dokumentów

potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 Pzp, i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania).

Na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia weryfikacji skuteczności zastrzeżenia. Procedura dokonania weryfikacji oraz czas, sposób i ocena skuteczności zastrzeżenia zostały pozostawione zamawiającemu.

W ocenie Izby, wyłączone znaczenie w sprawie ma poprawne zakwalifikowanie wyjaśnień przystępującego w kontekście spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk. Zgodnie z tym przepisem „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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 poufności”. „Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą, to w szczególności informacje handlowe. Jej istotą jest też poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.” (...). Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca” (wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11). W wyroku z dnia 5 września 2001 r. sygn. akt I CKN 1159/00 Sąd Najwyższy orzekł, że przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (OSNC 2002 nr 5, poz. 67). O zachowaniu poufności informacji wypowiedział się Sąd Najwyższy też w wyroku z dnia 7 marca 2003 r., sygn. akt I CKN 89/01, wskazując na obowiązek przedsiębiorcy podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji (Lex nr 583717). Zatem, by informacje mogły uzyskać walor tajemnicy przedsiębiorstwa decydujące jest łączne ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba podzieliła pogląd przedstawiony w wyroku z dnia 31 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1151/13 i KIO 1164/13, dotyczący oceny zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę,

o następującej treści: (...) „mimo, że w obszarze zamówień publicznych po podjęciu przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) ukształtowała się praktyka, zgodnie z którą zamawiający jest zobowiązany do zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy, to jednak przepisy ustawy nie statuują takiego obowiązku. Zamawiający może zatem dokonując oceny zastrzeżenia oprzeć się na kwalifikacji własnej lub zwrócić się do wykonawcy z wykorzystaniem odpowiednio, w zależności od rodzaju zastrzeżonej informacji, z art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 Pzp.

Dostrzec trzeba jednak, że przywołane przepisy konstytuują uprawnienie, nie zaś obowiązek zamawiającego. Stąd zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.”

Zamawiający przedstawił stanowisko w zakresie nieodtajnienia dokumentów i informacji w ofercie przystępującego, podobnie jak w innych ofertach, oświadczając, że zweryfikował zasadność zastrzeżenia. Uznał, że w sytuacji, gdy przystępujący wykazywał spełnianie warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, na podstawie zasobów udostępnionych przez inny podmiot, który udostępniając zasoby zastrzegł zachowanie poufności dokumentów i informacji, należało uznać zastrzeżenie przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne. Wskazał, że jest to zastrzeżenie wtórne, akceptowane m.in. w wyroku Izby z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt KIO 1955/12, 1956/12, 1961/12. W zakresie informacji banku - dokumentu wystawionego wyłącznie przez tę instytucję - dotyczącej sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy - stwierdził, że poza faktem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, informacja ma dużą wartość gospodarczą, ponieważ wskazuje pozycję finansową firmy w szerszym aspekcie niż tylko dla potrzeb udziału w postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnił, że odwołujący również zastosował w swojej ofercie taki sam mechanizm zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzegł mianowicie zasoby udostępnione przez inne podmioty, a także wykonane usługi na rzecz podmiotów prywatnych, tj. w postępowaniach prowadzonych bez stosowania ustawy Pzp.

W przedmiocie zaniechania odtajnienia części oferty, zamawiający przyznał, że w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, weryfikuje zasadność zastrzeżenia, jednakże nie zgodził się ze stwierdzeniem, że każdorazowo ma obowiązek wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia. Zamawiający wyjaśnił, że elementy oferty wskazane w wyjaśnieniach przystępującego dotyczące ceny oferty, wymagają ochrony ze

względu na podane w nich treści i uznał, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego zasługują na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ad 3. Ocena oferty odwołującego przez zaniżenie oceny punktowej w kryterium Koncepcja (waga 40% - 40 punktów), a w konsekwencji zaniżenie łącznej oceny punktowej oferty.

Odwołujący utajnił część odwołania dotyczącą zarzutu zaniżenia punktacji w kryterium Koncepcja. Rozprawa w tym zakresie została przeprowadzona z wyłączeniem jawności.

Ujawnioną przez odwołującego informacją jest liczba punktów, której zaniżenie odwołujący wskazał w odwołaniu.

W dokumencie pt. „Omówienie oceny ofert i wybór wykonawcy” zamawiający przedstawił ocenę punktową ofert w kryterium cena i koncepcja. W zestawieniu podano punktację wszystkich trzech ofert. Dla postępowania odwoławczego znaczenie ma punktacja ofert odwołującego i przystępującego.

Ofercie odwołującego przyznano 34,74 pkt za koncepcję i 40,46 pkt za cenę oferty, łącznie 75,20 pkt. Ofercie przystępującego przyznano 17,89 pkt za koncepcję i 60,00 pkt za cenę, łącznie 77,89 pkt. Taka treść została zamieszczona w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Do omawianego dokumentu załączono tzw. „Załącznik do notatki”, w którym przedstawiono szczegółową ocenę koncepcji z zastosowaniem podkryteriów. Załącznik do notatki jest jawnym dokumentem udostępnionym wykonawcom.

W toku rozprawy przystępujący zgłosił omyłkę w dokumentach zamawiającego polegającą na przyznaniu koncepcji przystępującego w podkryterium 4a - 1 pkt i nie uwzględnieniu tego punktu w sumowaniu podkryteriów. Omyłka została potwierdzona przez zamawiającego. Zamawiający sporządził zestawienie punktacji (składając je do akt sprawy) w następujący sposób: punktacja - „aktualny” (z błędem w podsumowaniu), - „po usunięciu błędu arytmetycznego” oraz - „symulacja uwzględnienie +1,5 COMP”, tj. z doliczeniem ilości punktów wskazanych przez odwołującego, jako ilości, o którą została zaniżona punktacja jego koncepcji.

W ocenie Izby, omyłka jest oczywista, polegająca na pominięciu w wykazie punktów w podkryterium 4, jednego (1) punktu przyznanego koncepcji przystępującego w podkryterium 4a.

Ocena oferty odwołującego z uwzględnieniem 1,5 pkt wyniosłaby 37,89 pkt za koncepcję, 40,46 pkt za cenę, łącznie 78,35 pkt. Ocena oferty przystępującego wynosi w rzeczywistości 20,00 pkt za koncepcję, 60,00 pkt za cenę, łącznie 80,00 pkt.

Zestawienie punktacji wskazuje, że nawet w sytuacji uwzględnienia tego zarzutu odwołania, oferta przystępującego byłaby ofertą korzystniejszą, co oznacza, że w myśl przepisu art. 192 ust. 2 Pzp, Izba nie mogłaby uwzględnić odwołania. Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł w wyroku z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli w wyniku powtórzonych czynności zostałaby wybrana oferta innego wykonawcy.

Niezależnie od powyższego Izba oceniła zarzut w postępowaniu dowodowym z wyłączeniem jawności rozprawy, uznając, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu.

W załączniku nr 9 do SIWZ zamawiający opisał cechy i sposób przygotowania oraz oceny koncepcji. Wymagał, by koncepcja będąca tworem autorskim wykonawcy i odpowiadała pod względem opisu wymaganiom określonym w SIWZ. Potwierdzenie, że opis odwołującego nie odpowiadał w pełni wymaganiom koncepcji wynika z utajnionej części odwołania, w szczególności zawierającej elementy kwestionowania postanowień SIWZ, dopiero na tym etapie.

Koncepcja odwołującego, podobnie jak trzeciego wykonawcy, została oceniona bardzo wysoko, na 40 możliwych punktów przyznano wykonawcom po 34,74 pkt.

Izba uznała, że zarzut nie został wykazany w sposób powodujący jego uwzględnienie.

Skutkiem nieuwzględnienia zarzutów ocenionych w części III pkt 1-3 uzasadnienia Izby, jest uznanie, że nie zostały naruszone zasady postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zatem Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w zakresie wnioskowanym przez odwołującego: na okoliczność oceny koncepcji odwołującego, przyznanej punktacji koncepcji przystępującego, weryfikacji wyjaśnień przystępującego w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby, wskazane okoliczności zostały stwierdzone innymi dowodami przedstawionymi przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt X Ga 380/09 uznał, że przepisy Pzp przyznają KIO jedynie uprawnienie a nie obowiązek powoływania biegłego, bowiem KIO może dokonać oceny materiału dowodowego i na tej podstawie ustalić stan faktyczny sprawy w wyniku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**