

Sygn. akt: KIO 1031/16

WYROK
z dnia 4 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **EIP sp. z o.o., ul. Inflancka 5/57, 00-189 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Dimension Data Polska sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EIP sp. z o.o., ul. Inflancka 5/57, 00-189 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EIP sp. z o.o., ul. Inflancka 5/57, 00-189 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **EIP sp. z o.o., ul. Inflancka 5/57, 00-189 Warszawa** na rzecz **Resortowego Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa** kwotę 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*dostawa wideotelefonów IP oraz systemu VTC wraz z serwisem gwarancyjnym*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2016 r. pod numerem 2016/s 040-064908.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 1. – dostawa wideotelefonów IP, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Dimension Data Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Dimension Data” lub „Przystępujący” z postępowania mimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez podanie w ofercie oraz w wyjaśnieniach z dnia 13 maja 2016 r. niezgodnego ze stanem rzeczywistym oświadczenia, dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Dimension Data do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 5.2 ppkt 2 SIWZ (dla części 1. zamówienia) mimo, iż przedłożone wraz z ofertą dokumenty oraz udzielone wyjaśnienia nie potwierdzają spełniania przez tego Wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8, 10 i 11 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej „rozporządzenie”, poprzez zaniechanie wezwania Dimension Data do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia mimo, iż Wykonawca ten nie złożył dla A.T. zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego, właściwego dla miejsca zamieszkania, w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp albo - jeśli w kraju miejsca zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 - oświadczenia przed właściwym

organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego;

- 4) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „u.z.n.k.”, poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Dimension Data mimo, iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 5) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Dimension Data mimo, iż oferta tego Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Dimension Data nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dimension Data mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
- 7) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu - w ramach części 1. zamówienia:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
 3. ujawnienia złożonych przez Dimension Data wyjaśnień dotyczących ceny oferty;
 4. wykluczenia Dimension Data z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty;
- ewentualnie,
5. w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie oferty Dimension Data - nakazanie wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu wykonanych dostaw/usług oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
 6. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł następujące okoliczności:
Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji i niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania

warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazanym w pkt 5.2 ppkt 1 SIWZ dla części 1. „wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaze, że wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na dostawie wideotelefonów VoIP w ilości nie mniejszej niż 1500 (słownie: jeden tysiąc pięćset) sztuk w ramach jednego zadania o wartości co najmniej 2.500.000 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych)”. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany był złożyć wraz z ofertą Wykaz dostaw/usług wraz z załączeniem dowodów, że usługi były wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący podał, że do oferty Dimesnion Data został dołączony Wykaz dostaw/usług, w którym dla części 1. Wykonawca ten wskazał dostawę sprzętu sieciowego, zrealizowaną na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia.

Jak wyjaśnił Odwołujący, Zamawiający w dniu 10 maja 2016 r. wezwał Dimension Data, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, czy wykonane zamówienie obejmowało dostawę wideotelefonów VoIP, zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu oraz podania dokładnej, konkretnej wartości dostawy wideotelefonów.

Dalej Odwołujący podał, że w odpowiedzi na ww. wezwanie Dimension Data wskazał, że „zamówienie zrealizowane na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia obejmowało dostawę wideotelefonów VoIP zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu” oraz oświadczył, że przedmiotowe zamówienie obejmowało dostawę 2500 urządzeń o wartości 7.627.230,00 złotych brutto, w tym:

- a) Wideotelefon typ 1 - z wbudowaną kamerką - o wartości 3.321.370,00 zł brutto;
- b) Wideotelefon typ 2 - z zewnętrzną kamerką - o wartości 4.405.860,00 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że wedle najlepszej jego wiedzy, wykonanie zamówienia zrealizowanego na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia jest niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący ponownie wskazał, że w warunku udziału w postępowaniu, postawionym w pkt 5.2 ppkt 1 SIWZ, Zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie wideotelefonów w ilości co najmniej 1500 sztuk. Odwołujący stoi na stanowisku, że wbrew zapewnieniom Dimension Data wskazane przez niego zamówienie nie obejmowało 1500 sztuk wideotelefonów. Odwołujący podał, że z informacji jemu dostępnych wynika, że dostawa wskazana w Wykazie dostaw/usług obejmowała wyłącznie 1000 sztuk wideotelefonów IP oraz 1500 telefonów IP.

Odwołujący podkreślił, że telefon IP nie jest urządzeniem tym samym, co wideotelefon IP. Wideotelefon to urządzenie pozwalające prowadzić rozmowę telefoniczną i oglądać podczas jej trwania obraz pochodzący z kamery zainstalowanej w aparacie

rozmówcy. Innymi słowy, w opinii Odwołującego, wideotelefon to aparat telefoniczny wyposażony w monitor ekranowy i kamerę (a nie zewnętrznie, oddzielnie podłączaną kamerę lub monitor), umożliwiające użytkownikom „widzenie się” w trakcie rozmowy. Zdaniem Odwołującego, oświadczenie złożone przez Dimension Data, iż zamówienie dla Inspektoratu Uzbrojenia obejmowało dostawę 1500 wideotelefonów IP jest zatem niezgodne ze stanem rzeczywistym.

W ocenie Odwołującego, złożenie nieprawdziwych informacji należy uznać w okolicznościach stanu faktycznego za działanie celowe, o czym świadczy treść odpowiedzi Dimension Data z dnia 13 maja 2016 r. na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że Dimension Data stwierdził, iż urządzenie z zewnętrzną kamerą to wideotelefon podczas, gdy w ramach dostawy na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia był to - wedle wiedzy Odwołującego - telefon IP. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że zarówno kamera w dostawie zrealizowanej na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia, jak i wideotelefon zostały wyspecyfikowane jako oddzielne od telefonu IP urządzenia. Zdaniem Odwołującego, odrębne klasyfikowanie wideotelefonu IP i telefonu IP w ramach postępowania, którego referencją Dimension Data posługuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału wiedzy i doświadczenia potwierdza stanowisko Odwołującego, iż są to urządzenia różne, a ich utożsamianie przez Dimension Data na potrzeby niniejszego postępowania nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Wykonawca, który złożył w ofercie nieprawdziwe informacje podlega wykluczeniu z postępowania. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy Zamawiający poweźmie wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji. Nieprawdziwe informacje, to jakiegokolwiek informacje o faktach, które są niezgodne z rzeczywistością. Tak Izba w wyroku KIO z dnia 11 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2032/12, sygn. akt: KIO 2042/12: *„Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością (innymi słowy - obiektywnie nieprawdziwe)”*.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający ma obowiązek weryfikować oświadczenia składane przez wykonawców w toku postępowania. W przypadku stwierdzenia złożenia oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winien wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania, a ewentualne wezwanie do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) jest tyleż zbędne, co niedopuszczalne.

Odwołujący podniósł, że aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- b) informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- c) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania;
- d) złożenie nieprawdziwych informacji musi być intencjonalne lub wynikać z rażącego niedbalstwa (wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1425/15).

Zdaniem Odwołującego, w postępowaniu zaistniały wszystkie ww. przesłanki, skutkujące koniecznością wykluczenia z postępowania Dimension Data na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, podane informacje w zakresie dostarczenia wideotelefonów w ilości co najmniej 1500 sztuk są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością i zostały podane w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, złożonym w Wykazie doświadczenia, a następnie powielone w odpowiedzi z dnia 13 maja 2016 r. na wezwanie Zamawiającego. Dalej, w ocenie Odwołującego, podane informacje miały wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający, działając w zaufaniu do oświadczeń składanych przez wykonawcę Dimension Data, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zwrócił również uwagę, że nawet przyjmując interpretację skrajnie korzystną dla Dimension Data, iż znajdujące się w ofercie oświadczenie o spełnieniu warunku nie było złożone świadomie, to doświadczenie życiowe wskazuje, iż pismo z dnia 13 maja 2016 r. (złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) taką cechę posiada. Odwołujący dostrzegł, że wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wymuszają na wykonawcach dokonanie analizy swych wcześniejszych czynności, choćby ze względu na sankcję w postaci utraty wadium (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp). W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, działanie Dimension Data jest świadomym działaniem podjętym w celu uzyskania zamówienia.

Podsumowując, Odwołujący podniósł, że Dimension Data podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i jednocześnie nie jest możliwe wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zastępujących dokumenty, zawierające informacje nieprawdziwe. W orzecznictwie podkreśla się, że złożenie *„nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, że ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”* (wyrok KIO z dnia 5 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 99/09).

Z ostrożności, w przypadku braku podzielenia przedstawionej argumentacji i nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji, Odwołujący

podniósł, że Dimension Data powinien zostać wezwany, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Nie ulega bowiem wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że zamówienie zrealizowane przez tego wykonawcę na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia nie obejmowało dostawy 1500 wideotelefonów IP, w związku z czym Dimension Data nie legitymuje się wymagany w niniejszym postępowaniu doświadczeniem.

Zarzut zaniechania wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący podał, że na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, na str. 39 i 40 oferty Dimension Data został załączony wraz z tłumaczeniem Biuletyn nr 2 Rejestru Karnego Wielkiego Księstwa Luksemburga dla A.T. będącej, zgodnie z załączonym wydrukiem z rejestru przedsiębiorców KRS, członkiem organu uprawnionego do reprezentacji Dimension Data.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowy dokument jest nieprawidłowy, w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych, w związku z czym należy uznać, że Dimension Data nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Odwołujący podał, że w treści Biuletynu nr 2 Rejestru Karnego Wielkiego Księstwa Luksemburga zostało wprost wskazane, że dokument ten *„zawiera wpisy wprowadzone do rejestru karnego dotyczące wyroków odnoszących się do tej samej osoby fizycznej lub prawnej, z wyjątkiem wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności wydanych w zawieszeniu na okres krótszy niż sześć miesięcy, wraz z zawieszeniem w wykonaniu lub bez takiego zawieszenia. Jeżeli w rejestrze karnym nie występuje wpis dotyczący decyzji uwzględnianych w biuletynie nr 2, na dokumencie widnieje zapis „brak wpisów”*. Odwołujący podniósł, że z treści dokumentu wynika zatem wprost, że nie wszystkie ze skazań są widoczne w Biuletynie nr 2, a informacja o braku wpisów nie dotyczy wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności wydanych w zawieszeniu na okres krótszy niż sześć miesięcy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp. Stosownie zaś do § 4 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio

kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

Zdaniem Odwołującego, nie może budzić wątpliwości, że z treści załączonego do oferty Dimension Data Biuletynu nr 2, mającego potwierdzać brak skazań dla członka zarządu spółki - A.T. wynika, że rejestr nie obejmuje wszystkich skazań - okoliczność ta została wyraźnie zaznaczona w treści dokumentu. Możliwa jest sytuacja, w której ww. osoba jest skazana na karę 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, a w Biuletynie nr 2 nadal widnieje wzmianka „*brak wpisów*”. Omawiany dokument nie obejmuje zatem, w ocenie Odwołującego, skazania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp. W takim przypadku Dimension Data, zdaniem Odwołującego, powinien był przedłożyć stosowne oświadczenie, zgodnie z powyżej przytoczonym § 4 ust. 3 rozporządzenia.

Odwołujący podniósł, że w zaistniałym stanie faktycznym, złożenie dokumentów niepotwierdzających braku podstaw do wykluczenia powoduje, iż konieczne jest wezwanie Dimension Data do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stosownych dokumentów w przedmiotowym zakresie.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że w dniu 6 czerwca 2016 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania z załącznikami, w tym korespondencją prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami. Z dokumentów wynika, że Dimension Data był wzywany do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 28 kwietnia 2016 r.). W udostępnionych Odwołującemu dokumentach brak jest, jak podał Odwołujący, odpowiedzi Dimension Data na ww. wezwanie. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający *de facto* odmówił Odwołującemu wglądu do odpowiedzi na wezwanie w sprawie ceny. Odmowa ujawnienia jakiegokolwiek części złożonych przez Dimension Data wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowi, w ocenie Odwołującego, naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca chcący zastrzec jawność zawartych w ofercie informacji, stanowiących dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest wskazać, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem, jak podniósł

Odwołujący, nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie nieprzekonującego uzasadnienia skutkować musi udostępnieniem przedmiotowych informacji. Analogiczne zasady mają zastosowanie, w opinii Odwołującego, wobec zastrzegania przez wykonawców informacji dotyczących kalkulowania ceny oferty - wraz ze złożeniem przedmiotowych wyjaśnień wykonawca powinien wykazać zasadność objęcia ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający obowiązany jest do rzetelnego zweryfikowania, czy zastrzeżone przez wykonawcę wyjaśnienia rzeczywiście spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05).

Odwołujący podniósł, że nie można zaakceptować sytuacji, w której Zamawiający niejako w sposób bezrefleksyjny akceptuje zasadność zastrzeżenia wskazanych przez wykonawcę informacji, w tym również informacji dotyczących elementów kosztotwórczych. Odwołujący podał, że w myśl art. 11 ust. 4 u.z.n.k. 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 ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem Odwołującego, nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, w ocenie Odwołującego, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż dana informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest konkretne wykazanie tego, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę. Za reprezentatywny w powyższym zakresie, zdaniem Odwołującego, należy uznać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13: *„W ocenie Izby, tak wyartykułowane uzasadnienie utajnienia informacji, a przede wszystkim zawartość informacyjna pisma z dnia 21 stycznia 2013 r. nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji.”*

W ocenie Odwołującego, jako szczególny przypadek takiego działania, zmierzającego przede wszystkim do utrudnienia innym wykonawcom skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego, jest utajnienie samego uzasadnienia czy też wyjaśnień złożonych w celu wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, mimo iż one same nie zawierają lub zawierają w stopniu znikomym, jakiejkolwiek informacje, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, zważywszy, iż takie uzasadnienie dotyczące informacji zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu zupełnie lub też w znikomym stopniu ujawnia jakiejkolwiek informacje ujawnione w zastrzeżonej części dokumentacji, nie sposób

uznać za zasadne zaniechania ich ujawnienia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w sytuacji, w której wykonawca zastrzega jawność całej treści przedmiotowego uzasadnienia, konieczne jest również wykazanie, iż cała ich treść również spełnia wszystkie z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W ocenie Odwołującego, nie jest dopuszczalne całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści potencjalnie mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy, mogą podlegać utajnieniu. Zastrzeżeniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, złożonych przez Dimension Data. Przy czym, brak dołączenia do wyjaśnień jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa lub też dołączenie uzasadnienia niewykazującego zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., zdaniem Odwołującego, powinien skutkować ujawnieniem przedmiotowych informacji, ze względu na niedopełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jak również - wobec zaniechania podjęcia przez przedsiębiorcę koniecznych kroków w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

Odwołujący podniósł, że na ochronę nie zasługują te informacje, które są publicznie dostępne lub powszechnie znane, jak również - nie stanowią o przewadze konkurencyjnej Dimension Data, ani nie przedstawiają wartości gospodarczej. Nie jest zatem zasadne, zdaniem Odwołującego, podtrzymywanie utajnienia tych informacji, zawartych w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, które dotyczą ogólnych czynników cenotwórczych, czy też okoliczności wspólnych dla wszystkich wykonawców. To samo dotyczy wskazanych w ewentualnej kalkulacji opisów pozycji kosztowych, wynikających wprost z opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności tych kategorii kosztów, które powinny zostać skalkulowane przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego) lub oczywistych dla każdego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu (np. zysk, koszty pracy itp.).

Odwołujący podkreślił, że nie jest zasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa ogólnie całości dokumentu, jedynie ze względu na fakt, iż niektóre zawarte w nim informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie konieczne jest w odniesieniu do każdej z pojedynczych informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie.

Zrzut rażąco niskiej ceny i zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że aktualne brzmienie art. 90 ustawy Pzp, wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy, wezwanego do wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień. Odwołujący zwrócił uwagę, że Dimension Data, który został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego Wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zniżenie ceny oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści wezwania do wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z dnia 28 kwietnia 2016 r., Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a także przedstawienia stosownej kalkulacji. Wykonawca powinien był zatem przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była, zdaniem Odwołującego, prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości.

Odwołujący podniósł, że złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie powinny być wspólne dla pozostałych wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę, że niewystarczające przy tym jest jedynie ogólne stwierdzenie, iż dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej wskazanie, w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo KIO, jak i sądów okręgowych, rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie, sygn. akt: I Ca 117/12; wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga, sygn. akt: IV Ca 1299/09; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt: XIX 179/13).

Odwołujący zwrócił uwagę, że nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień

wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami - zwłaszcza, że Zamawiający w wezwaniu wprost wskazał, że oczekuje przedstawienia dowodów. Ponadto, zdaniem Odwołującego, Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące go okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty aż do poziomu wskazanego w ofercie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał skuteczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości złożonych przez Dimension Data wyjaśnień, chociaż nie jest możliwe, aby cały dokument zawierał w swojej treści tylko i wyłącznie informacje kluczowe dla przedsiębiorstwa tego wykonawcy, które spełniałyby wszystkie przesłanki wymagane dla skutecznego wyłączenia zasady jawności postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że wobec zastrzeżenia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie ma możliwości odniesienia się bezpośrednio do treści złożonego dokumentu.

Zdaniem Odwołującego, należy jednak wskazać, że różnica pomiędzy zaoferowaną przez Dimension Data ceną oferty a wartością zamówienia (kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia) wynosi ok. 36%, a zatem, powoływane przez Dimension Data w wyjaśnieniach czynniki powinny obiektywnie wyróżniać wykonawcę i być na tyle istotne, aby umożliwić zaoferowanie ceny odbiegającej od rynkowego poziomu cen za realizację zamówienia. W szczególności, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia powinny wskazywać na następujące pozycje kosztowe:

- a) koszty zakupu urządzeń;
- b) koszty opracowania dokumentacji zgodnie z postanowieniami umowy;
- c) koszty transportu z uwzględnieniem zachowania zasad bezpieczeństwa;
- d) koszty pracy (na etapie dostawy urządzenia i serwisu gwarancyjnego);
- e) koszt serwisu gwarancyjnego;

Odwołujący zwrócił uwagę, że konieczność poniesienia ww. kosztów wynika wprost z opisu przedmiotu zamówienia, zatem nieuwzględnienie lub nienależyte uwzględnienie przez Dimension Data wskazanych elementów kosztowych uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę za odpowiadające wymogom przepisu art. 90 ustawy Pzp i wykazujące rzetelność zaoferowanej ceny.

Odwołujący podniósł, że złożenie przez Dimension Data oferty, zawierającej cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., 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 odsprzedaż

poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, w ocenie Odwoływającego, iż samo zaferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (również w przypadku cen jednostkowych za świadczenie poszczególnych usług w ramach zamówienia), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwoływający podał, że przedstawione powyżej stanowisko Odwoływającego 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). Odwoływający zwrócił uwagę, że w opinii tej UOKiK napisał 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 uznk. 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. Utрудnianie 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 nieznaających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”*.

Odwoływający wskazał, że złożenie oferty, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W tej kwestii Odwoływający powołał się na 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. ”*

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wskazując argumenty i dowody

przeczące twierdzeniom Odwołującego i w konsekwencji żądając oddalenia odwołania.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 27 czerwca 2016r. przedstawiając argumentację i dowody stojąc w opozycji do stanowiska Odwołującego, wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji i niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W rozdziale 5. pkt 5.2 ppkt 1 SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, stanowiąc w odniesieniu do części 1. zamówienia, że: *„Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaze, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na dostawie wideotelefonów VoIP w ilości nie mniejszej niż 1500 (słownie: jeden tysiąc pięćset) sztuk w ramach jednego zadania o wartości co najmniej 2.500.000 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych)”*.

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą *Wykaz wykonanych dostaw/usług*, w którym wskazał zrealizowane na kwotę 13.260.896,91 zł brutto zamówienie wykonane w dniu 14 grudnia 2015 r. na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia. Referencyjne zamówienie opisał w następujący sposób: *„Dostawa sprzętu sieciowego do modernizacji sieci teleinformatycznych resortu obrony narodowej, w tym dostawa wideotelefonów VoIP w ilości ponad 1500 sztuk w ramach jednego zadania o wartości co najmniej 2 500 000,00 zł brutto”*.

Pismem z dnia 10 maja 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień odnośnie przedmiotowego *Wykazu wykonanych dostaw/usług*, wskazując, że: *„W w/w wykazie w kolumnie „Przedmiot dostawy/usługi” wskazaliście Państwo „dostawę sprzętu sieciowego do modernizacji sieci teleinformatycznych resortu obrony narodowej, w tym dostawa wideotelefonów VoIP w ilości ponad 1500 sztuk w ramach jednego zadania o wartości co najmniej 2 500 000,00 zł brutto” na potwierdzenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę. W kolumnie „Wartość” wskazana kwota jest wartością zamówienia dla całości zrealizowanej dostawy, co potwierdza dołączone poświadczenie należytego wykonania wystawione przez Inspektorat Uzbrojenia.*

Prosimy o jednoznaczne wskazanie, iż wykonane zamówienie obejmowało dostawę wideotelefonów VoIP zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu oraz podanie dokładnej, konkretnej wartości dostawy wideotelefonów”.

Pismem z dnia 13 maja 2016 r. Przystępujący udzielił, następującej odpowiedzi: „Wykonawca oświadcza, że zamówienie zrealizowane na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia obejmowało dostawę wideotelefonów VoIP zgodnie z postawionym warunkiem udziału w Postępowaniu. Zamówienie obejmowało łącznie dostawę 2500 urządzeń o wartości 7.627.230,00 złotych brutto, w tym:

- Wideotelefon typ 1 - z wbudowaną kamerką - o wartości 3.221.370,00 złotych brutto;
- Wideotelefon typ 2 - z zewnętrzną kamerką - o wartości 4.405.860,00 złotych brutto”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z umowy nr IU/94/B/V-53/ZO/PO/AE/DOS/SS/2013/353 z dnia 21 września 2015 r. zawartej pomiędzy Inspektoratem Uzbrojenia a Konsorcjum: Demention Data Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ustalając, iż przedmiotem referencyjnego zamówienia były w szczególności następujące urządzenia (str. 7 – 8 Załącznika nr 1 do powołanej umowy):

3.1. TELEFON IP Z ZASILACZEM		
		Ilość zestawów
		1500
Zawartość kompletu		
<i>Numer produktu</i>	<i>Opis</i>	<i>Ilość</i>
CP-7975G=	Cisco Unified IP Phone 7975, Gig Ethernet, Color, spare	1
CP-PWR-CUBE-3=	IP Phone power transformer for the 7900 phone series	1
CP-PWR-CORD-CE=	7900 Series Transformer Power Cord, Central Europe	1
3.2. KAMERA DO TELEFONU IP		
		Ilość zestawów
		1500
Zawartość kompletu		
<i>Numer produktu</i>	<i>Opis</i>	<i>Ilość</i>
SPVAC-C7416-S=	Logitech Webcam C920-C - Smoke - Global (Except Japan)	1
3.3. WIDEOTELEFON IP Z ZASILACZEM		
		Ilość zestawów
		1000
Zawartość kompletu		
<i>Numer produktu</i>	<i>Opis</i>	<i>Ilość</i>
CP-9971-CL-CAM-K9=	Cisco Unified IP Phone 9971, Charcoal, Slim Handset with Camera	1
CP~PWR-CUBE-4=	IP Phone power transformer for the 89/9900 phone series	1
CP-PWR-CORD-CE=	7900 Series Transformer Power Cord, Central Europe	1

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z Protokołu przekazania/przyjęcia z dnia 30 listopada 2015 r., stanowiący potwierdzenie wykonania wyżej powołanej umowy, w którym wskazano, że przedmiotem dostawy były (pkt 2 rzeczonoego protokołu):

Nazwa Sprzętu/Oprogramowania	Ilość	Cena jednostkowa (brutto), %	Uwagi
Telefon IP z zasilaczem	1500	2 275,50	
Kamera cło telefonu IP	1500	661,74	
Wideotelefon IP z zasilaczem	1000	3 221,37	
Zestaw wideokonferencyjny HD	20	61095,33	
Mostek wideokonferencyjny	3	343 693,98	
Rozbudowa licencji istniejącego Cisco TMS	1	27 668,85	
Projektor HD	20	16510,29	
Ekran	20	2 003,67	

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z oświadczenia Cisco Systems Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 19 listopada 2015 r., w którym ww. firma potwierdziła, że Demention Data wykupiła wsparcie techniczne na okres 3 lat następujących urządzeń:

Typ urządzenia	Kod urządzenia	Oferowany serwis producenta	Czas trwania serwisu [miesiące]
Telefon IP z zasilaczem	Cp-7975G=	CON-SNT-CP7975	36
Wideotelefon IP z zasilaczem	CP-9971-CL-CAM-K9=	CON-SNT-9971CSLM	36
Zestaw wideokonferencyjny HD	CTS-MX300-K9	CON-ECDN-CTSMX300	36
Przenośny terminal VTC	AVZ-TAC	AVZ-TAC-ACS3	36
Mostek wideokonferencyjny	CTI-5320-MCU-K9 CTI-5300-CAB2MCU L-5300-4PL	CON-ECDN-CTI5320M CON-ECDN-CTI53CAB CON-ECMU-LIC5304P	36
Rozbudowa licencji istniejącego Cisco TMS	L-TMS-SW-PAK L-TMS-25	CON-ECMU-LTMSWPAK CON-ECMU-LTMS25	36

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z zrzutu ze strony internetowej <http://www.komputerswiat.pl/senior/programy/skype-wideotelefon.aspx>, gdzie zawarto

informację, że program Skype pozwala na przeprowadzanie rozmów telefonicznych, jeśli zaś korzystamy z kamer internetowych, to można przeprowadzać wideo rozmowy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z korespondencji e-mail pomiędzy pracownikami odwołującego a pracownikami firmy Azlan i ABC Data, które realizują wsparcie techniczne CISCO, z których wynika, że nie można przeprowadzić rozmowy wideo za pomocą telefonu IP model 7975G. W celu realizacji połączenia wideo wymagane jest posiadanie zestawu składającego się z: telefonu IP 7975, zewnętrznej kamery, komputera PC i oprogramowania Cisco Unified Video Advantage.

Izba dopuściła dowód z oględzin powołanej strony internetowej <https://youtube.com/watch?v=m4P1p2kgGxw>, ustalając, że wyświetla się na tej stronie wideodomofon 2N Helios IP oraz telefon IP 7975G, a osoba uwidoczniiona na ekranie po wywołaniu połączenia z telefonem uzyskuje obraz na ekranie telefonu.

Izba nie dopuściła dowodu z zrzutów ze strony internetowej <https://supportforums.cisco.com/discussion/12567346/how-configure-7975g-ip-phone-show-video-signal-2n-helios-ip-force> uznając, że wymiana uwag i informacji pomiędzy użytkownikami telefonów Cisco nie jest źródłem wiarygodnych informacji.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu w postaci pisma Zamawiającego do Inspektoratu Uzbrojenia z dnia 23 czerwca 2016 r. i odpowiedzi Inspektoratu z dnia 23 czerwca 2016. Na wniosek Zamawiającego o następującej treści: *„W związku ze złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wideotelefonów IP poświadczenia należytego wykonania umowy dla Wykonawcy - Dimension Data Polska Sp. z o.o. wystawionego przez Inspektorat Uzbrojenia w dniu 14.03.2016 r. do umowy IU/94/BA/-53/ZO/PO/AE/DOS/SS/2013/353 z dnia 21 września 2015 roku, uprzejmie proszę o przesłanie potwierdzenia, że dostarczone w ramach tej umowy 1500 szt. telefonów IP z zasilaczem i 1500 kamer do telefonu IP zostały zakupione jako funkcjonalne zestawy wideotelefoniczne IP”*, Inspektorat Uzbrojenia udzielił następującej odpowiedzi: *„W odpowiedzi na pismo nr SZP-3871/16 z dnia 23 czerwca 2016 r. Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie ul. Królewska 1/7 potwierdza, że konsorcjum firm:*

- 1) *DIMENSION DATA Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa,*
- 2) *INTERTRADING Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa*

dostarczyło w ramach umowy IU/94/B/V-53/ZO/PO/AE/DOS/SS/2013/353 z dnia 21 września 2015 r. funkcjonalne zestawy wideotelefoniczne IP - 1500 szt. telefonów IP z zasilaczem i 1500 kamer IP”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu Zaświadczenie, wydanego w dniu 24 czerwca 2016 r. przez Inspektorat Systemów Informacyjnych, w którym podano: „W odpowiedzi na pismo RCZSiUT nr 3924 z dnia 23.06.2016r w sprawie wydania zaświadczenia dla Krajowej Izby Odwoławczej uprzejmie informuje, iż intencją Inspektoratu Systemów Informacyjnych (jako organizatora SI VoIP/VTC) podczas wszelkich zamówień jest traktowanie telefonu Cisco 7975 wraz z kamerą jako nierozłącznego zestawu wideotelefonicznego. Ponadto informuję, iż telefon Cisco 7975 wraz z kamerą jest zawsze konfigurowany i dołączany do systemu jako funkcjonalna całość stanowiąca wideotelefon”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Cisco Systems Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdzie na pytanie Zamawiającego (pismo z dnia 24 czerwca 2016 r.): „W związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę wideotelefonów IP oraz systemu VTC wraz z serwisem gwarancyjnym”, zwracamy się uprzejmie do Państwa z prośbą o potwierdzenie, czy telefon Cisco CP-7975 z dołączoną kamerą wideo Cisco Video Advantage może być traktowany jako wideotelefon VoIP?”, producent udzielił następującej odpowiedzi: „W odpowiedzi na Państwa pytanie z dnia 24 czerwca 2016 uprzejmie informujemy, że w ramach systemu komunikacyjnego Cisco Unified Communication Manager wszystkie telefony serii CP-79xx w tym model CP-7975 wraz z kamerą wideo USB (w szczególności z kamera Cisco Video Advantage) są traktowane jako wideotelefon VoIP. Szczegółową instrukcję dołączenia i konfiguracji wideotelefonów VoIP min. serii CP-79xx z kamerą wideo USB w ramach systemu komunikacyjnego Cisco znajdziecie Państwo na stronie: http://www.cisco.com/c/en/us/td/docs/voice_ip_comm/jabber/11_5/CJAB_BK_D00D8CBD_00_deployment-installation-guide-cisco-jabber115/CJAB_BK_D00D8CBD_00_deployment-installation-guide-cisco-jabber115_chapter_0111.html#JABW_CN_DC54C37B_00” (pismo z dnia 27 czerwca 2016 r.).

Opinię z dnia 26 czerwca 2016 r., sporządzoną przez dr hab. inż. Andrzeja Zalewskiego oraz Opinię z dnia 23 czerwca 2016 r., sporządzoną przez mgr inż. Łukasza Skibniewskiego, przedłożone przez Odwołującego na okoliczność sposobu rozumienia pojęcia wideotelefon IP, Izba potraktowała jako stanowisko strony w sprawie. Analogicznie, Izba uznała za stanowisko Przystępującego w postępowaniu twierdzenia zawarte w prywatnej Opinii z dnia 27 czerwca 2016 r., sporządzonej przez prof. nzw. dr hab. inż.

Krzysztofa Szczypiorskiego w przedmiocie sposobu rozumienia pojęcia wideotelefon IP.

Zarzut zaniechania wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył dla Ann Thonon, Biuletyn nr 2 Rejestru Karnego Wielkiego Księstwa Luksemburg, w którym odnotowano: „brak wpisów”. Jednocześnie w rzeczonym dokumencie znajduje się następująca informacja: *„Biuletyn nr 2 zawiera wpisy wprowadzane do rejestru karnego dotyczące wyroków odnoszących się do tej samej osoby fizycznej lub prawnej, z wyjątkiem wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności wydanych w zawieszeniu na okres krótszy niż sześć miesięcy, wraz z zawieszeniem w wykonaniu lub bez takiego zawieszenia. Jeżeli w rejestrze karnym nie występuje wpis dotyczący decyzji uwzględnianych w biuletylinie nr 2, na dokumencie widnieje zapis „brak wpisów”.*

A.T. jest członkiem zarządu Demension Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 29 marca 2013 r. o organizacji rejestru karnego i wymianie informacji pochodzących z rejestru karnego pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej (Dziennik ustaw Wielkiego Księstwa Luksemburg Zbiór Legislacji A – nr 85 z dnia 6 maja 2013 r.) do rejestru karnego wpisuje się:

- 1) prawomocne orzeczenia skazujące za zbrodnie i występki;
- 2) prawomocne orzeczenia skazujące za wykroczenia, z wyłączeniem wykroczeń trzeciej i czwartej klasy;
- 3) prawomocne orzeczenia skazujące za naruszenia przepisów o ruchu drogowym na drogach publicznych, z wyłączeniem wykroczeń dotyczących parkowania pojazdów;
- 4) prawomocne orzeczenia skazujące za zbrodnie i występki wydane zgodnie z kodeksem karnym wojskowym;
- 5) orzeczenia sądowe o przymusowym umieszczeniu w zakładzie psychiatrycznym zgodnie z artykułem 71 kodeksu karnego.

Biuletyn nr 1 jest wyciągiem skazań i orzeczeń wpisanych do rejestru karnego z tytułu artykułu 1 (art. 5 powołanej ustawy). Biuletyn nr 1 wydaje się na wniosek:

- 1) organów władz sądowniczych Luksemburga w ramach postępowania karnego;
- 2) luksemburskich członków Eurojustu w ramach postępowania karnego;
- 3) właściwych organów władz centralnych państw członkowskich Unii Europejskiej, gdy wniosek o udzielenie informacji z rejestru karnego dotyczącej osoby fizycznej mającej obywatelstwo luksemburskie lub osoby prawnej mającej swoją rzeczywistą siedzibę w Luksemburgu służy celom w ramach postępowania karnego;
- 4) właściwych organów władz państwa trzeciego zgodnie z obowiązującymi konwencjami międzynarodowymi.

Jeżeli w rejestrze karnym nie odnotowano wpisów, w biuletynie nr 1 wpisuje się „nie figuruje” (art. 6 powołanej ustawy).

W biuletynie nr 2 umieszcza się informacje z rejestru karnego dotyczące skazań tej samej osoby fizycznej lub prawnej, z wyłączeniem skazań na karę pozbawienia wolności wraz z możliwością zawieszenia o okresie krótszym niż sześć miesięcy z okresem próby lub bez.

Jeżeli w rejestrze karnym nie odnotowano wpisów dotyczących orzeczeń, które należy umieścić w biuletynie 2, wpisuje się w nim „nie figuruje” (art. 7 powołanej ustawy).

Biuletyn nr 2 z rejestru karnego wydaje się na wniosek:

- 1) osoby fizycznej lub prawnej, której dotyczy zapytanie;
- 2) właściwych organów władz państwa trzeciego zgodnie z obowiązującymi konwencjami międzynarodowymi;
- 3) ministra, któremu przedstawiono propozycję otrzymania odznaczeń honorowych (art. 8 powołanej ustawy).

Nadto, zauważyć należy, że w systemie e-Certis jako wyciąg z rejestru karnego Wielkiego Księstwa Luksemburga wskazano biuletyn nr 2 (zrzut ze strony internetowej Komisji Europejskiej w języku francuskim z tłumaczeniem na język polski).

Jednocześnie zgodnie z oświadczeniem adwokata A.S. z dnia 20 czerwca 2016 r. jedynym urzędowym dokumentem wydawanym w Wielkim Księstwie Luksemburga, potwierdzającym niekaralność osób fizycznych, jest biuletyn nr 2 Rejestr Karny Wielkiego Księstwa Luksemburg.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa

Pismem z dnia 28 kwietnia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z wnioskiem „o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia czy przedstawiona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w powyższym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny oferty Państwa oferty, Zamawiający stwierdził, że cena oferty w części 1 jest niższa o 36,40 % od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, tj. od kwoty 7 650 000,00 zł.

Udzielone wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wymagają złożenia dowodów o których mowa w art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy PZP, np. w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych.

Wykonawca ma możliwość zastrzeżenia przedstawionych dowodów i tym samym jest zobligowany do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 26.06.2003 r. (Dz. U. 2003 nr 153 poz. 1503). W przeciwnym razie Zamawiający może uznać zastrzeżenie tajemnicy za nieskuteczne i informacje te ujawnić publicznie.

Wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację cenową wraz z jej uzasadnieniem, odnosić się np. do wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, postanowień umowy czy innych okoliczności związanych z jej wykonaniem.

Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 5 maja 2016 r.) Przystępujący złożył wyjaśnienia, zastrzegając ich poufność ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący przedstawił również uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia, które również zostało objęte klauzulą poufności.

Zarzut rażąco niskiej ceny i zarzut nieuczciwej konkurencji

Izba zapoznała się z wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 5 maja 2016 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jednakże ze względu na walor tajemnicy przedsiębiorstwa rzeczonych wyjaśnień Izba odstąpiła od prezentacji ustaleń w tym przedmiocie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji i niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem Izby, dla oceny przedmiotowego zarzutu niezbędne jest rozstrzygnięcie, w jaki sposób, w świetle postawionego przez Zamawiającego, warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, należy definiować pojęcie „wideotelefon”. Odwołujący stoi na stanowisku, że jest to aparat telefoniczny wyposażony w monitor i kamerę i na tej podstawie formułuje wniosek o złożeniu przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, ewentualnie o niespełnianiu przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu. Twierdzenia Przystępującego pozostają zaś w opozycji do tych wyrażanych przez Odwołującego i wskazują, że pojęcie to wymaga szerszego definiowania.

W ocenie Izby, kierując się doświadczeniem życiowym i uwzględniając postęp techniki w dziedzinie telekomunikacji nie sposób pojęcia „wideotelefon” zawężać jedynie, tak jak chciałby tego Odwołujący, do rozwiązań hardwarowych. Oznaczałoby to, postrzeganie „wideotelefonu” w oderwaniu od rozwiązań, które oferuje rynek i które funkcję wideotelefonu

realizują, co nie znajduje uzasadnienia, biorąc pod uwagę, że skoro technika się rozwija i obserwowany jest w tej dziedzinie ogromny postęp, to pojęcia w ślad za tym również muszą podlegać pewnej ewolucji.

Nadto, nie sposób pominąć, że najwięksi na świecie producenci rozwiązań komunikacyjnych (Microsoft i Cisco Systems) oferują wideotelefon, który stanowi zestaw połączonych ze sobą komponentów tworzących jeden integralny system, pozwalający na realizację połączeń audio, wzbogaconych o kanał transmisji wideo. Wskazuje to, że obecnie określone rozwiązanie, które realizuje funkcję przesyłania obrazu i dźwięku może być utożsamiane z wideotelefonem.

Warto w tym miejscu wskazać, że producent oprogramowania Skype, firma Microsoft, przedstawia swój produkt jako wideotelefon, zachęcając tym masowego użytkownika do korzystania z usługi połączeń wideo w sieci Internet. Jest przy tym oczywiste, że samo oprogramowanie wymaga zainstalowania na infrastrukturze użytkownika (np. komputerze PC), co nie zmienia faktu, iż to oprogramowanie jest samodzielnie określane jako wideotelefon. Konkurencyjne do Skype rozwiązanie firmy Cisco Systems, pozwala na stworzenie wideotelefonu, z telefonu IP oraz kamery internetowej, który w systemie Cisco Unified Communications Manager (będącym centralą telefoniczną IP firmy Cisco Systems) widziany jest jako jedno urządzenie posiadające funkcje obsługi połączeń wideo i połączeń audio.

Wreszcie, nie sposób nie dostrzec, że telefon IP z zasilaczem (Cisco Unified IP Phone 7975) oraz kamera do telefonu IP (Logitech Webcam C920-C), zgodnie ze specyfikacją firmy Cisco Systems, znajdującą się pod adresem internetowym: http://www.cisco.com/c/en/us/products/unified-communications/uc_endpoints_accessories.html, współpracują ze sobą i stanowią wideotelefon w systemie Cisco Unified Communications Manager.

W ocenie Izby, dla prawidłowego zdefiniowania pojęcia „wideotelefon” na gruncie przedmiotowego postępowania niezbędne jest odnotowanie, że producent Cisco wprost na pytanie Zamawiającego potwierdził, że w ramach systemu komunikacyjnego Cisco Unified Communication Manager wszystkie telefony serii CP-79xx, w tym model CP-7975 wraz z kamerą wideo USB (w szczególności z kamera Cisco Video Advantage) są traktowane jako wideotelefon VoIP.

Warto także zauważyć, że Zamawiający, który był odbiorcą referencyjnego zamówienia potwierdził, iż dostarczone telefony i kamery stanowią zestawy wideotelefoniczne IP. Co więcej, podkreślono, że telefon Cisco 7975 wraz z kamerą jest zawsze konfigurowany i dołączany do systemu jako funkcjonalna całość stanowiąca wideotelefon.

Zdaniem Izby, nie sposób również pominąć, że w branży pojęcie „wideotelefonu” nie ma jednolitego, ugruntowanego znaczenia. Zaś, na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający również nie zdefiniował spornego pojęcia. Jednocześnie, w ocenie Izby, odkodowywanie przedmiotowego pojęcia przez pryzmat opisu przedmiotu niniejszego zamówienia jest o tyle nieuzasadnione, że ugruntowany jest pogląd w orzecznictwie, iż warunku udziału w postępowaniu nie należy utożsamiać z przedmiotem zamówienia. Wskazuje się, że warunek udziału w postępowaniu ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia a nie tożsamy.

Podsumowując stwierdzić należy, że w ocenie Izby, definiowanie pojęcia „wideotelefonu” nie może być ograniczone wyłącznie do rozwiązań hardwarowych i to określonego typu, a więc, że jest to aparat telefoniczny wyposażony w monitor ekranowy i kamerę, ale raczej winno uwzględniać występujące na rynku rozwiązania, które realizują funkcję wideotelefonu. Przyjęcie bowiem definicji proponowanej przez Odwołującego powoduje, że poza tym pojęciem pozostają rozwiązania, które w istocie stanowią wideotelefon, co jest o tyle nieuzasadnione, że nie uwzględnia realiów rynkowych i oferowanego wachlarza rozwiązań. Izba stoi na stanowisku, że wobec powyższego, zakreślony przez Odwołującego podział pomiędzy telefonem i wideotelefonem jest sztuczny i nieadekwatny, przy uwzględnieniu postępu w branży telekomunikacyjnej i z tych względów nie do zaakceptowania.

Zdaniem Izby, okoliczność, że na gruncie referencyjnego zamówienia rozróżniano, a raczej posługiwano się pojęciem telefon i wideotelefon, nie oznacza, że w niniejszym postępowaniu należy przyjąć tożsamą nomenklaturę i referencyjne zamówienie traktować w taki sam sposób, jak ówczesny Zamawiający tym bardziej, że właśnie ówczesny Zamawiający, jak i Inspektorat Systemów Informacyjnych potwierdzili, że dostarczone w ramach powoływanej umowy telefony IP z zasilaczem oraz kamery są wykorzystywane jako zestawy wideotelefoniczne.

W ocenie Izby, w dobie tak ogromnego postępu technicznego uzależnianie pojęcia „wideotelefonu” od tego, czy telefon ma wbudowaną kamerę i ekran jest absolutnie nieuzasadnione i niecelowe, skoro dzisiaj rynek oferuje rozwiązania multifunkcjonalne, które stanowią konglomerat sfery hardwarowej i softwarowej i taki jest trend. Postrzeganie na tym tle wideotelefonu jako określonego rozwiązania hardwarowego wydaje się więc być archaiczne.

Ostatecznie więc, w ocenie Izby, Przystępujący prawidłowo sklasyfikował sporne zadanie referencyjne, bowiem telefon IP z kamerą, przy dostarczeniu odpowiedniej infrastruktury, realizuje funkcję wideotelefonu. Okoliczność, choć nieobjęta treścią zarzutu, a podniesiona dopiero na rozprawie, że w ramach referencyjnego zamówienia nie dostarczono rzeczonyj infrastruktury, zdaniem Izby (choć na marginesie), pozostaje bez wpływu na

przedmiotową ocenę. Sugerowana przez Odwołującego konieczność dostarczenia całej infrastruktury niezbędnej do realizacji funkcji wideotelefonu jest nieuzasadniona, bowiem wykonawca nie ma wpływu na określenie zakresu przedmiotu zamówienia. Okoliczność, że do realizacji tej funkcji Zamawiający będzie wykorzystywał infrastrukturę, którą już posiada, np. komputery nie może stać na przeszkodzie, w ocenie Izby, uznaniu, że dostawy wideotelefonów nie zrealizowano.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest oczywiście chybiony i to nie tylko ze względu na fakt, iż zdaniem Izby, Przystępujący wskazał referencyjne zamówienie, które wpisuje się w treść warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale również i z tego powodu, że Przystępujący nie ukrywał, że przedmiotem referencyjnej dostawy było urządzenie, które nie posiadało wbudowanej kamery.

Biorąc zaś pod uwagę, że referencyjne zadanie, w ocenie Izby, potwierdza spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie może być mowy, a w konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za chybiony, bowiem nie zaktualizowała się podstawa do wezwania Przystępującego do uzupełnienia Wykazu dostaw.

Zarzut zaniechania wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z powodów, o których mowa wyżej, winien on przedłożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (§ 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5 - 8, 10 i 11 ustawy Pzp, mają miejsce

zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5 - 8, 10 i 11 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem (§ 3 ust. 3 powołanego rozporządzenia).

Powołane przepisy wskazują, że jeśli w kraju, w którym urzędujący członek organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania nie wydaje się zaświadczeń w zakresie określonym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wówczas winien on przedstawić oświadczenie złożone przed właściwym organem.

Na tle niniejszej sprawy wyłania się problem, czy zaświadczenie urzędowe potwierdzające niekaralność A.T., w którym nie są odnotowywane wyroki skazujące na „karę pozbawienia wolności wydane w zawieszeniu na okres krótszy niż sześć miesięcy, wraz z zawieszeniem w wykonaniu lub bez takiego zawieszenia” jest właściwe, w świetle powołanych przepisów.

Zdaniem Izby, zagadnienie dotyczy pewnej odpowiedniości (adekwatności) dokumentów zagranicznych w świetle powołanych przepisów. Oczywistym jest, że przy ocenie powyższego należy uwzględnić różnice systemów prawnych i możliwość odmiennego kształtowania odpowiedzialności karnej i systemu kar, a także różnice wynikające ze sposobu organizacji i prowadzenia rejestrów karnych w poszczególnych państwach.

Stąd też na próżno oczekiwać i brak podstaw do wymagania zaświadczenia o niekaralności w takim zakresie, w jakim przewiduje to prawo polskie. To oznaczałoby bowiem, że rzeczonych różnic w systemach karnych się nie dostrzega, a wręcz ignoruje.

Nietrudno sobie bowiem wyobrazić, że rejestr karny jest w inny sposób zorganizowany w różnych państwach i przedmiotowa sprawa to pokazuje. Po pierwsze, w biuletynie nr 1 ujawniane są skazania za wszystkie przestępstwa, o których mowa w art. 1 ustawy o organizacji rejestru karnego i wymianie informacji pochodzących z rejestru karnego pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, obowiązującej w Księstwie Luksemburga, jednakże rzeczony biuletyn nie jest dostępny dla osób fizycznych. Te mogą bowiem uzyskać biuletyn nr 2, w którym ujawniane są tożsame skazania, z wyjątkiem sytuacji skazania na karę pozbawienia wolności wraz z możliwością zawieszenia o okresie krótszym niż sześć miesięcy z okresem próby lub bez.

Zdaniem Izby, sposób organizacji i prowadzenia rejestru w innym państwie nie powinien stać na przeszkodzie uwzględnieniu zaświadczenia z tego rejestru jako właściwego na gruncie polskich przepisów prawa, nawet jeśli zakres ujawniania przestępstw w tym rejestrze jest węższy niż w polskim systemie prawnym. Po pierwsze bowiem, jest to dokument urzędowy wydawany w celu potwierdzenia niekaralności. Po drugie, okoliczność, że niekaralność definiowana jest na gruncie rejestru karnego innego państwa w inny sposób nie może być dezawuowana, ze względu na istniejące różnice w systemach prawnych państw. Po trzecie, nie sposób oczekiwać, że sposób stypizowania określonych czynów w danym porządku prawnym jest tożsamy z polskim, bowiem przyjęcie takiego stanowiska sprowadzałoby się do oczekiwania zaświadczenia, które swym zakresem odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdzie są wymienione konkretne przestępstwa, ale na gruncie prawa polskiego.

Podsumowując, zdaniem Izby, dokument urzędowy wydawany w Księstwie Luksemburga (biuletyn nr 2) na wniosek osoby fizycznej w celu potwierdzenia jej niekaralności jest właściwy w świetle powoływanych przepisów prawa polskiego.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że e-Certis to system informacyjny umożliwiający identyfikację różnych certyfikatów i zaświadczeń wymaganych najczęściej w postępowaniach o udzielenie zamówienia w 28 państwach członkowskich, jednym z krajów kandydujących (Turcja) oraz trzech krajach należących do EOG (Islandia, Liechtenstein i Norwegia). Skoro zaś w rzeczonym systemie jako dokument potwierdzający niekaralność według prawa luksemburskiego wskazano biuletyn nr 2, to tym bardziej brak podstaw do kwestionowania możliwości posłużenia się tym dokumentem.

Izba nie widzi podstaw, aby z powodu nieujawniania w rzeczonym biuletynie skazania na określoną karę, wzywać Wykonawcę, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia właściwego oświadczenia. W istocie bowiem oznaczałoby to konieczność złożenia oświadczenia w przedmiocie odpowiedzialności karnej wedle polskiego porządku prawnego, co z oczywistych względów jest nie do zaakceptowania.

Teza Odwołującego, że kwestionowany dokument nie obejmuje skazania w zakresie określonym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp świadczy po pierwsze o tym, że Odwołujący oczekuje złożenia oświadczenia właśnie na gruncie prawa polskiego, po drugie zaś, twierdzenie, że nie ujawniono skazania wobec ograniczeń wynikających z prawa luksemburskiego jest niczym niepoparte. Zgodnie zaś z prawem luksemburskim nawet skazanie na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 6 miesięcy powoduje, że karalności tej się nie ujawnia, a zatem wobec osób trzecich prawo to nakazuje traktować taką osobę jako niekaraną.

Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tę tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.). Z przytoczonych przepisów należy odkodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnego prymatu.

Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie sprawdzenia, czy wraz ze złożeniem oferty wykonawca wykazał, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W obecnym stanie prawnym, Zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby, powyższe prowadzi do wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na

określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców, niż tylko w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca więc uznał, że to nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.

Obowiązek sporządzenia przedmiotowego uzasadnienia ma wielorakie znaczenie. Z jednej strony, daje zamawiającemu substrat do oceny, bez konieczności podejmowania przez zamawiającego dodatkowych czynności w postaci wzywania do wyjaśnień, co wpływa też na szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony, wprowadzone rozwiązanie powinno dawać również możliwość wykonawcom zapoznania się z tym uzasadnieniem, a więc powzięcia wiedzy o powodach zaliczenia określonych informacji do tych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji zapewnić wykonawcom możliwość weryfikacji oceny dokonanej przez zamawiającego.

Powszechne było bowiem zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przy braku uzasadnienia powyższego, w istocie wykonawcy byli pozbawieni możliwości podnoszenia zarzutów, opartych na realnych podstawach faktycznych, wobec oceny dokonywanej przez zamawiającego. Zdaniem Izby, po to ustawodawca zobowiązał wykonawców do wykazania, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, aby inni wykonawcy, choć bez dostępu do poufnych informacji, mieli kontrolę co do powodów uczynionego zastrzeżenia. W rzeczonym uzasadnieniu należy bowiem wykazać, że zaktualizowały się przesłanki do zastosowania przepisu art. 11 ust. 4

u.z.n.k. wobec określonych informacji. W istocie więc wykonawca, który zamierza sprawdzić poprawność takiego zastrzeżenia powinien to czynić przez pryzmat owego uzasadnienia i ewentualnie podnosić zarzuty i zgłaszać wątpliwości co do braku wykazania przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i w przypadku potwierdzenia tej okoliczności, żądać odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba stoi na stanowisku, iż co do zasady brak podstaw, z przyczyn, o których była mowa wyżej, do zastrzegania poufności uzasadnienia wskazującego na potrzebę ochrony określonych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że Przystępujący wykazał i uzasadnił, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Przystępujący w treści uzasadnienia co do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji wykazał zaktualizowanie się w niniejszym stanie faktycznym przesłanek z ww. przepisu. Dokonana również przez Izbę analiza treści rzeczonych wyjaśnień każe przyjąć, że ich poufność jest uzasadniona.

Natomiast Izba stoi na stanowisku, że brak przesłanek do utajnienia uzasadnienia w przedmiocie zastrzeżenia poufności wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Uzasadnienie to nie zawiera żadnych informacji, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w tym zakresie, w ocenie Izby, naruszył przepis art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Jednakże biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący domagał się jednocześnie oceny oferty Przystępującego w przedmiocie ceny rażąco niskiej uwzględnienie odwołania z przyczyn wskazanych powyższej nie było możliwe, gdyż nakazanie odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie miałoby wpływu na wynik prowadzonego postępowania, skoro Izba będąc związana podniesionymi przez Odwołującego zarzutami, winna była rozstrzygnąć kwestię rażąco niskiej ceny.

Ocena ta zachowuje aktualność również biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego w przedmiocie modyfikacji zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, skoro Odwołujący wniósł o jego nierozpoznawanie w sytuacji stwierdzenia podstaw do odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, zaś Izba tych podstaw nie znalazła.

Zarzut rażąco niskiej ceny i zarzut nieuczciwej konkurencji

Analiza treści wyjaśnień Przystępującego złożonych w przedmiocie rażąco niskiej ceny pozwala na stwierdzenia, że zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie może się ostać.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Przystępujący wyodrębnił główny koszt

realizacji zamówienia i oszacował go na poziomie, który pozwala przypuszczać, że jest realny, tym bardziej, iż na potwierdzenie powyższego złożył stosowne dowody. Dodatkowo Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację przedmiotu zamówienia, uwzględniającą zarówno koszty zakupu urządzeń, koszty realizacji i zarządzania projektem, a także koszty serwisu gwarancyjnego i udostępnienia kanałów kontaktowych. Poniesienie tych kosztów zostało szczegółowo przez Przystępującego uzasadnione i z tych względów nie budzi wątpliwości Izby. Przedmiotowa kalkulacja uwzględnia również zakładany zysk.

Za całkowicie nieuzasadniony należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie podał bowiem jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby twierdzenie, że Przystępujący zaoferował cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku.

Jakkolwiek, rację ma Odwołujący, że zaoferowanie rażąco niskiej ceny może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, to jednak w niniejszej sprawie twierdzenie to nie znajduje uzasadnienia, bowiem zaoferowania ceny rażąco niskiej nie stwierdzono.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.567,00 zł.

Przewodniczący: