

Sygn. akt KIO 2216/13

Sygn. akt KIO 2221/13

WYROK

z dnia 7 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Emil Kawa

Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2013 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **z dnia 15 marca** 2013 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych w dniu 16 września 2013 r. przez Qumak S. A. w Warszawie (sygn. akt KIO 2216/13) oraz w dniu 16 września 2013 r. przez Andra Sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2221/13) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji

przy udziale:

- wykonawcy Comparex Poland Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2216/13 i KIO 2221/13;
- wykonawcy S & T Services Polska Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie odwołujących w sprawach o sygn. akt KIO 2216/13 i KIO 2221/13;
- wykonawcy Andra Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2216/13;
- wykonawcy Qumak S. A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2221/13

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Komendzie Głównej Policji unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o. o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznania za bezskuteczne zastrzeżenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę udzielonych przez Comparex Poland Sp. z o. o. w Warszawie jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nakazuje powtórzenie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;

2. kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji i nakazuje:

1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:

- kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Qumak S. A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2216/13);
- kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Andra Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2221/13),

2) dokonać wpłaty kwoty 37 200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) przez Komendę Główną Policji na rzecz Qumak S. A. w Warszawie i Andra Sp. z o. o. w Warszawie, w tym:

- kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Qumak S. A. w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2216/13);
- kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Andra Sp. z o. o. w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2221/13).

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2216/13

Sygn. akt KIO 2221/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup usługi wsparcia pogwarancyjnego serwerów SuperDome.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2013 r. pod nr 2013/S 121-207678.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

6 września 2013 r. zamawiający przesłał **via fax** oraz za pośrednictwem poczty elektronicznej zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

W związku z czynnością zaproszenia do udziału w aukcji wykonawcy Qumak S.A. w Warszawie oraz Andra sp. z o.o. w Warszawie wnieśli odwołania. Zachowany został termin ustawy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez Qumak S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 2216/13):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp przez zaniechanie jego zastosowania względem Comparex Poland Sp. z o. o. w Warszawie, dalej jako „Comparex”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex;
4. art. 91b ust. 1 Pzp przez zaproszenie Comparex do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że oferta złożona przez tego wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu;
5. art. 8 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Comparex w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny oferty złożonej przez Comparex,
2. unieważnienia czynności zaproszenia Comparex do udziału w aukcji elektronicznej,
3. odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Comparex w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,
4. dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Comparex i wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp oraz odrzucenia oferty Comparex jako złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu oraz zawierającej rażąco niską cenę.

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia Comparex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający - Skarb Państwa Komenda Główna Policji - 9 kwietnia 2013 r. odstąpił od zawartej z Comparex umowy nr 12/Błil/131/Błil/12/KM/8 z dnia 15 lutego 2013 r., według wiedzy odwołującego odstąpienie to dotyczyło części umowy o wartości przekraczającej 5% wartości tej umowy.

W odniesieniu do uznania przez zamawiającego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Comparex w trybie art. 90 ust. 1 Pzp powołał się na zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia, konieczność ścisłego interpretowania wyjątków oraz przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Wywiódł, że zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, lecz w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak np. KIO w wyroku z dnia 31.03.2009 r.; KIO/UZP 338/09), czego zaniechał. Odwołujący podniósł, że nie można za poufne uznać danych zawartych w formularzu cenowym oraz innych informacji (o ile w ogóle takowe się pojawiły w piśmie Comparex) analizowanych przez zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 2 przy ocenie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Comparex jako zawierającej rażąco niską cenę przywołał orzecznictwo Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej kształtujące zasady badania ceny oferty. Wywiódł, że przy dokonywaniu wyliczeń i analizy złożonych wyjaśnień konieczne jest przyjęcie nadto trzech zasadniczych założeń: że dany wykonawca wykonywać będzie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (przykładowo zgodnie z odpowiednimi wymogami jakościowymi, terminowymi i innymi), że dane zamówienie zrealizowane będzie zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz, że wykonawca wykona daną usługę zgodnie z zasadami sztuki zawodowej.

Odwołujący argumentował, że wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i przez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu użytego

sprzętu i materiałów oraz usług licencji obcych. Zarzucił, że o rażąco niskiej cenie oferty Comparex można mówić już choćby po porównaniu tej ceny do cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego, której nikt nie kwestionował. Wskazał, że cena zaoferowana przez Comparex stanowi ledwie 21,5% wartości przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zamówienia, a ceny wszystkich pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia są znacząco wyższe.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili wykonawcy: Comparex - po stronie zamawiającego oraz Andra sp. z o.o. w Warszawie i S & T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie - po stronie odwołującego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli - adekwatnie do interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosili przystąpienie - o oddalenie oraz o uwzględnienie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Andra sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2221/13):

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności niezgodnych z przepisami ustawy:

1. przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 16 września 2013 r., pomimo że oferta Comparex powinna podlegać odrzuceniu;
2. zaproszenia Comparex do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że oferta złożona przez Comparex powinna zostać odrzucona;
3. badania i oceny ofert polegającej na uznaniu wyjaśnień Comparex w zakresie rażąco niskiej ceny za potwierdzające, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
4. uznania wyjaśnień Comparex w zakresie rażąco niskiej ceny za potwierdzające, iż zaoferowanie takiej ceny nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności określonego w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 przejawiające się w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Comparex, którego oferta jest sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami oraz narusza interes odwołującego oraz zamawiającego. Ponadto, oferta Comparex zawiera informacje wprowadzające w błąd służące dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, co oznacza że COMPAREX dopuściło się popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a dodatkowo, że oferta Comparex utrudnia w sposób nieuprawniony odwołującemu dostęp do

ryнку w szczególności rynku zamówień publicznych;

5. badania i oceny ofert w tym zaniechania czynności wykluczenia Comparex z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechania traktowania oferty Comparex jako oferty odrzuconej i zaniechania jej odrzucenia jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
6. zaniechania czynności wykluczenia Comparex, z którym zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, a odstąpienie nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, dodatkowo wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy;
7. zaniechania czynności zbadania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień Comparex w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a konsekwencji zaniechanie ich odtajnienia.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 8, art. 24 ust. 1 pkt 1a, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, § 1 ust. 1 pkt 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 (Dz. U. z 2013 r. Nr 0, Poz. 231) w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5, art. 90 ust. 2 i art. 90 ust. 3, art. 91a ust. 1 i art. 91b ust. 1 Pzp.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, odtajnienia wyjaśnień Comparex w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia oraz odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez Comparex, dokonania ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i jej przeprowadzenie bez udziału Comparex. Nadto odwołujący żądał zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania

W uzasadnieniu wskazał, iż cena oferty złożonej przez Comparex stanowi zaledwie 21% kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia oraz, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu opiewają na wartości znacznie wyższe. Podniósł, że punktem odniesienia dla uznania ceny za rażąco niską powinny być w szczególności ceny rynkowe przedmiotu zamówienia, jak również

szacunkowa wartość zamówienia oraz ceny innych ofert w postępowaniu, a szerokie doświadczenie odwołującego w realizacji podobnych zamówień, które przekłada się na precyzję kalkulacji ceny, jak i ogólna wiedza odwołującego na temat branży IT prowadzą do wniosku, że cena zaoferowana przez Comparex znacznie odbiega od cen rynkowych za rzeczywiste koszty realizacji zamówień tożsamych. zamówienia. Jest to cena dumpingowa, która nie gwarantuje w żadnym przypadku możliwości zrealizowania przedmiotu niniejszego zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że działania Comparex są sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, gdyż służą one wyłącznie bezprawnemu uzyskaniu zamówienia publicznego oraz utrudnieniu odwołującemu dostępu do rynku w szczególności rynku zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż sprzeczne z dobrymi obyczajami zachowania Comparex są znane zamawiającemu, gdyż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu i oprogramowania standardowego przeznaczonego dla SKOP F-K, znajdującego się w 22 lokalizacjach, przez okres 12 miesięcy”, numer sprawy 193/BŁH/12/MR oferta Comparex została wybrana jako najkorzystniejsza, jednakże wykonawca ten nie podpisał następnie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W innym z postępowań prowadzonych przez zamawiającego na „Modernizację Krajowego Systemu Informatycznego”, numer sprawy 131/BŁH/12/KM, Comparex zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, której nie zrealizował i zapłacił z tego tytułu wysokie kary umowne na rzecz zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że poprzednie działania i zaniechania w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz złożenie oferty z ceną dumpingową przez Comparex w tym postępowaniu winny skutkować odrzuceniem oferty Comparex w tym postępowaniu.

Odwołujący ocenił, że Comparex podlega wykluczeniu z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie minimalnych warunków, gdyż zamawiający dokonał wadliwej oceny złożonych wyjaśnień oraz z tego powodu, że zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego nr 12/BŁil/131/BŁil/12/KM/8 z dnia 15 lutego 2013 r. w następstwie okoliczności, za które odpowiedzialność ponosił Comparex.

Podniósł COMPAREX w nieuprawniony sposób dokonało zastrzeżenia jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa swoich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2013 r.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: Comparex - po stronie zamawiającego oraz Qumak S.A. w Warszawie i S & T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie - po stronie odwołującego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli - adekwatnie do

interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosili przystąpienie - o oddalenie oraz o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Obaj odwołujący domagający się, aby wykonawca, który podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, a złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu, nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, wykazali materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Sprzeczny z ustawą udział Comparex w aukcji ogranicza szanse każdego z odwołujących na uzyskanie zamówienia.

I. Zarzuty odwołania wniesionego przez Qumak S.A. są zbliżone do części zarzutów podniesionych w odwołaniu przez Andra sp. z o. o.. Zarzuty te zostały razem zbadane na rozprawie. Izba dokonała ich wspólnej oceny z zachowaniem systematyki odwołania Qumak S.A.

I.1. Zarzut zaniechania wykluczenia Comparex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

W postępowaniu, którego przedmiotem była modernizacja Krajowego Rejestru Informatycznego zamawiający dokonał wyboru oferty Comparex i w dniu 15 lutego 2013 r. zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 12/Błil/131/Błil/12/KM/8 (dowód: umowa w aktach sprawy). Zawarcie umowy poprzedziło postępowanie odwoławcze, w którym Sygnity S.A. w Warszawie, Andra sp. z o.o w Warszawie oraz Qumak – Sekom S.A. w Warszawie (obecnie: Qumak S.A. w Warszawie) kwestionowali prawidłowość wyboru oferty Comparex m.in. z powodu niezgodności oferty tego wykonawcy z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie stacji dostępowych/zarządzających, stacji dokujących (załącznik Nr 1 do umowy poz. X). Wyrokiem z dnia 30 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania (dowody: odwołania i orzeczenie w aktach sprawy).

Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do umowy (poz. 10 i 11) cenę tych elementów oferty Comparex ustalił na 221.400 zł. Kwota ta była mniejsza niż 5% wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z umowy i wynoszącego 6.990.000 zł (dowód: załącznik nr 4, w aktach sprawy).

Wykonawca wykonując umowę dostarczył sprzęt niezgodny z wymaganiami zamawiającego (o niższych wymaganiach jakościowych), który 9 kwietnia 2013 r., odstąpił od umowy z wykonawcą i naliczył mu kary umowne oraz odsetki za opóźnienie w wysokości wynikającej z § 7 ust. 5 umowy (dowody: pisma z 9 i 29 kwietnia 2013 r., w aktach sprawy).

Przedstawione okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami. Spór dotyczy tego, czy uzasadniają one wykluczenia Comparex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp w świetle wykładni tego przepisu uwzględniającej orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 13 grudnia 2012 r. w sprawie Forposta S.A. i ABC Direct Contact S.A. (C-465/11).

Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5 % wartości umowy.

Przystępujący S & T Services Polska Sp. z o. o. podniósł, że w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości przy ocenie przesłanek wykluczenia należy pominąć przesłankę wartości niezrealizowanego zamówienia.

Izba nie zgadza się z tym poglądem. Nie można tracić z oczu, że Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 może zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym, jednak zawsze z poszanowaniem prawa unii (teza 26). Podniósł, że w zakresie unormowanym przez przywołany przepis dyrektywy nie mieści się pojęcie „okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” z racji objęcia nim sytuacji, które nie stanowią poważnego wykroczenia zawodowego (teza 33).

Trybuł uznał, że niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można, co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe (teza 29), to jednak poważne wykroczenie zawodowe, które może być podstawą wykluczenia z postępowania, winno cechować się zamiarem uchybienia lub stosunkowo poważnym niedbalstwem (teza 30).

Trybunał sprzeciwił się również automatyzmowi wykluczenia wskazując, że instytucja zamawiająca winna mieć możliwość dokonywania oceny wagi zawinionego uchybienia danego wykonawcy dla każdego przypadku oddzielnie (teza 34).

Izba wyraża pogląd zbieżny ze stanowiskiem odwołującego Andra sp. z o.o., że wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp zgodna z prawem europejskim nakazuje ustalenie, czy przesłanki zawarte w tym przepisie tj., że:

- zamawiający rozwiązał lub wypowiedział lub odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- nastąpiło to w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5 % wartości umowy

zostały spełnione łącznie i stanowią następstwo poważnego wykroczenia zawodowego, będącego w szczególności zamierzonym niewykonaniem lub niewłaściwym wykonywaniem zamówienia, wskazującym na zamierzone działanie wykonawcy lub rażące niedbalstwo. Okoliczności zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego podlegają ocenie zamawiającego *ad casum*.

Prezentowana wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp została już wyrażona w wyrokach Izby z 9 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 1629/11, 1643/11) oraz z 28 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 345/13).

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego Qumak S.A., że pod pojęciem „wartość umowy” wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp należy rozumieć rynkową wartość przedmiotu zamówienia, w związku z czym należy ustalić rynkową wartość umowy w części świadczenia niezrealizowanego przez Comparex.

Pojęcie „wartość umowy” nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Również przepisy kodeksu cywilnego, znajdujące posiłkowe zastosowanie z mocy art. 14 Pzp, nie zawierają definicji legalnej tego pojęcia.

Ustawodawca posłużył się określeniem potocznym, jednak używanym powszechnie w obrocie. W praktyce przyjmuje się, że „wartość umowy” to wysokość wynagrodzenia wykonawcy, czyli cena oferty, albo maksymalna wartość zobowiązania zamawiającego wynikająca z umowy.

W konsekwencji wartość umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp to kwota wskazana przez stosowne postanowienie umowy.

Odwołujący błędnie zbliża pojęcia „wartości umowy” i „wartości zamówienia”, o którym mowa w art. 32 Pzp i wyprowadza z tego dalszą tezę, że wartość przedmiotu zamówienia już udzielonego może zostać zweryfikowana w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosił bowiem odwołujący, że wartość umowy, w części świadczenia niewykonanego, została przez Comparex świadomie zaniżona w celu uniknięcia wykluczenia w przyszłości.

Izba wyraża pogląd, że badanie poprawności obliczenia ceny oferty, w tym rzetelności wyceny poszczególnych pozycji oferty, może nastąpić wyłącznie w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, w którym dana oferta została złożona. Zaniżenie ceny, wskazanie ceny nieadekwatnej do rynkowej wartości stacji powinno być podniesione przez wykonawców w związku z wyborem oferty Comparex jako najkorzystniejszej.

Niezakwestionowany stan rzeczy wywiera skutki prawne, zatem weryfikacja ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w kolejnych postępowaniach, nawet prowadzonych przez tego samego zamawiającego, jest niedopuszczalna.

Pogląd przeciwny nie znajduje oparcia w przepisach prawa i prowadzi do naruszenia pewności obrotu.

Z tych względów Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego Qumak S.A. o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i zeznań na okoliczność ustalenia wartości umowy zawartej między zamawiającym a Comparex, w części od której zamawiający odstąpił. W świetle dokonanej wykładni pojęcia „wartość umowy” dowód ten dotyczyłby okoliczności pozbawionej znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu i zmierzałby jedynie do przewlekłości postępowania.

Odniesienie prezentowanych rozważań do okoliczności faktycznych sporu prowadzi do konstatacji, że Comparex nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Świadczenie przez wykonawcę urządzeń o niższych parametrach jakościowych, niż zadeklarowane w ofercie i nie spełniających wymagań zamawiającego, może być uznane za poważne wykroczenie zawodowe profesjonalnego wykonawcy. Bez znaczenia pozostaje w tym kontekście stanowisko zamawiającego, że wymagania, których Comparex nie spełnił, są nadmierne. Wymagania te zostały zawarte w umowie w sprawie zamówienia publicznego i wzruszenie jej postanowień jest nieuprawnione, analogicznie, jak dotyczących wartości zobowiązania wykonawcy.

Jednak, skoro wartość niezrealizowanego zamówienia nie przekracza 5% wartości umownego wynagrodzenia Comparex, to wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Z tego powodu Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadków na okoliczność przebiegu odbioru urządzeń. Ustalenie za pomocą tego dowodu, że Comparex dostarczył zamawiającemu urządzenia nie spełniające wymagań specyfikacji nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu z uwagi na wartość niezrealizowanej części umowy. Nadto odstąpienie przez zamawiającego od umowy z racji niespełnienia świadczenia w części przez Comparex jest niesporne.

Wysokość kar umownych, które zamawiający potrącił z wynagrodzenia Comparex, jest nierelevantna na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

I.2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Comparex z uwagi na rażąco niską cenę.

Zgodnie z protokołem postępowania zamawiający wartość zamówienia ustalił w kwocie 2.600.000 zł na podstawie wstępnych wycen firm (dowód: protokół postępowania – pkt 2.3. w aktach sprawy).

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że wartość zamówienia wskazane w protokole były średnią kwot wskazanych przez Comparex i obu odwołujących się wykonawców.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 3 198 000 zł.

W postępowaniu złożono 4 oferty, z cenami:

- Comparex 688.800 zł;
- Andra sp. z o.o. - 3.997.500 zł;
- S & T Services Polska sp. z o. o. - 4.059.000 zł;
- Qumak S.A. 4.168.33,47 zł (dowód: protokół postępowania – pkt 8 i 9 w aktach sprawy).

Pismem z 6 sierpnia 2013 r. zamawiający zwrócił się do Comparex na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Comparex udzielił wyjaśnień pismem z 8 sierpnia 2013 r. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (dowody: pisma z 6 i 8 sierpnia 2013 r. w aktach sprawy).

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych wypracowało pogląd, zgodnie z którym podstawę do badania ewentualności wskazanie w ofercie ceny rażąco niskiej stanowi wartość zamówienia, o ile została ustalona przez zamawiającego z należytą starannością oraz średnia wartość ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności ofert najbardziej zbliżonych ceną.

W ocenie Izby oba te kryteria nie znajdują zastosowania w sprawie. Z oświadczeń złożonych na rozprawie, którym Izba dała wiarę, wynika bowiem, że umowa, która zostanie zawarta po rozstrzygnięciu badanego postępowania, może być wykonana albo jako kontrakt serwisowy u producenta serwerów, gdzie wykonawca działa jako pośrednik między producentem (Hewlett-Packard) a zamawiającym, albo samodzielnie wykonana przez wykonawcę, co jest trudniejsze z uwagi na ryzyko naruszenia praw autorskich producenta.

Z pierwszej możliwości zamierzają skorzystać obaj odwołujący oraz przystępujący S & T Services Polska Sp. z o. o., z drugiej zaś Comparex.

Zgodnie z oświadczeniem odwołującego Qumak S.A., które nie było kwestionowane przed Izbą i w odniesieniu do którego Izba nie ma podstaw, by podważać jego zgodność z rzeczywistym stanem rzeczy, wartość serwerów SuperDome wynosi aktualnie 20 mln zł, zaś koszt licencji wynosi ok. 10% tej wartości.

Wobec powyższego Izba uznała, że dla potrzeb oceny zarzutu wskazania przez Comparex rażąco niskiej ceny ofert odwołującego i S & T Services Poland Sp. z o. o. powinny zostać pomniejszone o wartość licencji.

W ocenie Izby nawet w tej sytuacji istnieją uzasadnione wątpliwości do prawidłowego obliczenia ceny oferty Comparex, gdyż cena ta jest średnio ok. 3 razy niższa od cen pozostałych ofert pomniejszonych o hipotetyczne koszty licencji. Zasadnie zatem zamawiający dokonał wezwania Comparex w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. *Ratio legis* tego przepisu polega na ochronie zamawiającego przed niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia będącym następstwem zaniżenia ceny oferty. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych opierają się, zdaniem Izby, na założeniu, że regułą jest ponoszenie przez wykonawców zbliżonych kosztów wykonania zamówienia. Stąd wywodzi się potrzeba badania cen ofert znacząco niższych i konieczność wskazania przez wykonawców obiektywnych i realnych czynników kształtujących cenę oferty.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 29 marca 2012 r. (sygn. akt C-599/10) wskazał, że możliwość wykazania przez wykonawcę, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

Instytucja wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie jest zatem, na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w myśl prawa europejskiego, pustym wymaganiami formalnymi, lecz ma na celu udowodnienie zamawiającemu, że za daną cenę możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Stąd obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest złożenie wyjaśnień szczegółowych, przekonujących, że cena jego oferty została obliczona prawidłowo (tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 05.01.2007 r., sygn. akt. V Ca 2214/06). Wezwany wykonawca winien mieć świadomość prawną oczekiwaną od profesjonalisty i nie tracić z pola widzenia, że wyjaśnienia, których udziela, podlegają ocenie z zastosowaniem kryteriów obiektywnych, w tym taksatywnie wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp, nie tylko przez zamawiającego, ale również w ewentualnym postępowaniu odwoławczym.

Stąd wykonawca nie może formułować wyjaśnień w sposób ogólny licząc na życzliwość, czy empatię zamawiającego, lecz skupić się na tym, aby przekazane informacje w sposób wyczerpujący i zobiektywizowany uzasadniały poprawność obliczenia ceny.

W zakresie rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym dotyczącym rażąco niskiej ceny Izba zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że jeśli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty, ciężar dowodu co do zasadności

odrzućenia zasadniczo spoczywa na wykonawcy, który odrzućenia tego się domaga (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX 230/10).

Nie można jednak pominąć, że – jeśli wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę zostaną zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – odwołujący zostaje byłby obarczony ciężarem dowodu w odniesieniu do okoliczności, które nie są mu znane.

Jeśli w postępowaniu odwoławczym wykonawcy zarzucają zamawiającemu zaniechanie odrzućenia oferty z powodu błędnej oceny wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, to wskazują jakie elementy wyjaśnień kwestionują oraz w tym zakresie powołują dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Skoro treść wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie jest znana wykonawcom, to nie mogą oni zgłosić adekwatnej argumentacji, ani powołać dowodów, które wykazywałyby twierdzenia przeciwne do zawartych w wyjaśnieniach. Wykonawca udzielający wyjaśnień może bowiem powoływać się na właściwe sobie możliwości techniczne i organizacyjne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, wpływ pomocy publicznej na cenę oferty i inne sobie właściwe, a wzruszenie każdej z podanych przyczyn wymaga odmiennej argumentacji i środków dowodowych.

W szczególnym i wyjątkowym wypadku, gdy jedna ze stron swoim postępowaniem powoduje uniemożliwienie wykazania okoliczności przeciwnikowi, na którym spoczywa ciężar ich udowodnienia, wówczas na tę stronę przechodzi ciężar dowodu co do tego, że okoliczności takie nie zachodziły (K. Piasecki, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz. Zakamycze 2003.). Tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie I Wydział Cywilny z 7 marca 2011 r. Sygn. akt I ACz 276/11)

Dlatego też w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa to od zamawiającego należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.

W konsekwencji Izba, oceniając czynność zamawiającego, rozważyła, czy wyjaśnienia udzielone przez Comparex dają podstawę do obiektywnego przyjęcia, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie przez tego wykonawcę jest możliwe.

Izba dokonała oceny wyjaśnień udzielonych przez Comparex i uznała je za niewystarczające, nie wskazujące na realność przyjętych założeń oraz nieprzekonujące, że cena oferty tego wykonawcy została skalkulowana rzetelnie.

Z powodu zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba może wyrazić ocenę j w sposób ogólny, szerzej odnosząc się jedynie do dwóch kwestii.

Po pierwsze: niewiarygodne jest przyjęcie wartości materiałów i komponentów posiadanych już przez Comparex jako 0 zł, nawet jeśli zostały zakupione na potrzeby wykonania wcześniejszych zamówień. Niezależnie od tego, że nieracjonalne wydaje się być działanie polegające na przechowywaniu przez wykonawcę komponentów o znacznej wartości, to dostrzec trzeba, że wartość zapasów w sprawozdaniu finansowym ujęta jest po stronie pasywów, stanowi zatem koszt działalności przedsiębiorstwa i obciąża wynik finansowy uzyskany na działalności. W konsekwencji nawet posłużenie się posiadanymi zapasami dla wykonania danego zamówienia, nie uzasadnia twierdzenia, że posłużenie się zapasami jest „bezkosztowe” dla wykonawcy.

Po drugie: w pkt VI ust. 1 pkt 3 siwz zamawiający wskazał, że wykonawca winien dysponować co najmniej 5 osobami o wskazanych kwalifikacjach, zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący Qumak S.A. ocenił na rozprawie, że niezbędne są trzy osoby. Nawet zatem przy przyjęciu twierdzenia tego odwołującego, Comparex zaniżył liczbę osób, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Przyjmując wyjaśnienia wykonawcy zamawiający zlekceważył wymagania stawiane w siwz. Jeśli wykonawca uważa, że prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia przez osoby w liczbie znacząco mniejszej, niż przewiduje to zamawiający w siwz, winien to uzasadnić w złożonych wyjaśnieniach.

Nie można bowiem całkowicie oddzielić opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu od wykonania zamówienia. Zamawiający opisuje w siwz wymagania proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp) ,zapewniające wykonanie zamówienia z należytą starannością, a opis ten ma znaczenie dla kolejnych czynności w postępowaniu. Tak jak zamawiający winien dokonać wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tak nie może swych wymagań tracić z oczu przy badaniu ceny oferty.

Koszty osobowe i materiałowe mają podstawowe znaczenie dla ceny usługi. Już te dwie przyczyny wskazują, że zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień uzyskanych od Comparex.

Nadto Izba stwierdza, że wyjaśnienia udzielone przez Comparex są na tyle ogólne, że nie sposób z nich wywieść obiektywnych przyczyn, które uzasadniałyby wysokość ceny oferty oraz różnicy w stosunku do cen ofert pozostałych wykonawców, zwłaszcza w kontekście opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku Nr 2 do umowy.

Izba pominęła argumentację odwołującego, że wykonanie zamówienia bez naruszenia praw autorskich HP jest niemożliwe. Wywody te odnoszą się do niezgodności treści oferty z treścią siwz, a zarzut ten znajdujący umocowanie w art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp nie został podniesiony w odwołaniu.

W orzecznictwie przyjmuje się jednomyślnie, że jeśli wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp złoży wyjaśnienia niewystarczające, jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2010r., KIO/UZP 730/10).

W ślad za tym poglądem, Izba uznała, że oferta Comparex podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Złożenie wyjaśnień ogólnikowych i niewystarczających jest zrównane w skutkach prawnych z sytuacją, gdy wykonawca wyjaśnień elementów mających wpływ na jej cenę nie składa w ogóle.

I.3. Zarzut zastrzeżenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Jak było wskazane wcześniej Comparex wezwany przez zamawiającego pismem z 6 sierpnia 2013 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp udzielił wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał te zastrzeżenie bez zwracania się do wykonawcy o wyjaśnienie zasadności jego poczynienia. Na rozprawie twierdził, że - w jego ocenie - informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą.

Przypomnieć wypada, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń jedynie w przypadkach określonych w ustawie. 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 być one udostępniane.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Podkreślenia wymaga, że przesłanki te, statuujące wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, podlegają interpretacji ścisłej, a ciężar wykazania ich zaistnienia spoczywa na tym kto się na nie powołuje. W postępowaniu odwoławczym zobowiązanymi do wykazania zaistnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są wykonawca, który dokonał zastrzeżenia, oraz zamawiający, który zastrzeżenie uznał.

W orzecznictwie w sprawach 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. 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, art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 Pzp. 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, o ile rzeczywiście zamawiający prawidłowo ustalił, że zastrzeżone informacje odpowiadają wymaganiom art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający stwierdził, że dokonał takiego badania, jednak – w ocenie Izby - błędnie uznał, że zastrzeżenie informacji przez Comparex odpowiada prawu.

Przede wszystkim, samo zastrzeżenie informacji złożonych zamawiającemu w ramach wyjaśnień ceny oferty nie pozwala na uznanie, że spełnione zostały przesłanki nie ujawnienia informacji do wiadomości publicznej, oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji.

Rzeczą Comparex było wykazanie, ku czemu nie było przeszkód już na etapie złożenia wyjaśnień ceny oferty, podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji. Na obowiązek dowodowy wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00), w którym powołując się na literaturę przedmiotu, wywiódł, że na przedsiębiorcy spoczywa dodatkowy ciężar podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy. Sąd Najwyższy podniósł też, że decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za

poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2010 r. Sygn. akt KIO 2079/10).

Izba stwierdziła, że zamawiający pominął badanie tej okoliczności i już z tego względu zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp uznała za potwierdzony.

Nadto Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że informacje zastrzeżone przez Comparex posiadają wartość gospodarczą. Przeciwnie, z doświadczenie posiadanego przez skład orzekający w sprawach o zbliżonym stanie faktycznym wynika, że informacje takie jak, podane przez Comparex są zazwyczaj jawne w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wartość gospodarcza dla Comparex wszystkich złożonych informacji nie została wywiedziona, ani udowodniona.

W wyjaśnieniach ceny oferty wykonawca nie podał wysokości marży. Informacja o posłużeniu się przy ewentualnym wykonaniu umowy przez Comparex zasobami posiadanymi w magazynie była przedmiotem rozważań na jawnej rozprawie.

Reasumując, uznanie przez zamawiającego zastrzeżenia przez Comparex informacji zawartych w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej cenę z 8 sierpnia 2013 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło z naruszeniem prawa. Brak wykazania którejkolwiek z przesłanek wymaganych art. 11 ust. 4 prowadzi do przekonania, że zastrzeżenie to zostało dokonane nie dla ochrony obiektywnego interesu Comparex, lecz dla wyłączenia kontroli konkurentów w postępowaniu. Działanie takie godzi w uczciwą konkurencję, zatem Izba postanowiła nakazać zamawiającemu uznanie zastrzeżenia za bezskuteczne (potocznie „odtajnienie”).

II. Zarzuty podniesione wyłącznie przez Andra sp. z o.o.

II.1. Zaniechanie odrzucenia oferty Comparex na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że złożenie przez Comparex oferty z ceną rażąco niską stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego

przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazane ceny rażąco niskiej może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, jednak w każdym przypadku jest to *sui generis* kwalifikowana postać tej ceny. W przypadku art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest to cena poniżej kosztów, na gruncie przywołanego art. 15 ust. 1 pkt 5 cena kwalifikowana jest przez zamiar, z jakim wykonawca ją ustala.

Izba uznała, że zarzut nie znalazł potwierdzenia. Izba uznała, że oferta Comparex podlega odrzuceniu z racji złożenia niedostatecznych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, nie zaś z powodu wskazanie przez tego wykonawcę w ofercie rażąco niskiej ceny.

Skoro odwołujący wywodzi zarzut wyłącznie z faktu zawarcia w ofercie Comparex rażąco niskiej ceny, to brak potwierdzenia, że cena jest rażąco niska, powoduje, że nie można przypisać zachowaniu wykonawcy znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

Nadto Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego dotyczącej zachowań Comparex w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp czyn nieuczciwej konkurencji może zaistnieć wyłącznie w postępowaniu, w którym wykonawca dopuszczający się tego czynu aktualnie składa ofertę.

II.2. Zarzut zaniechania wykluczenia Comparex na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba uznała, że zarzut nie znalazł potwierdzenia, jednak nie z tej przyczyny, że Comparex wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz z racji braku możliwości rozpoznania zarzutu.

Izba zważyła, że zarzut odwołania dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został sformułowany w sposób niezwykle ogólny z pominięciem istotnych okoliczności faktycznych. Odwołujący nie wskazał, którego warunku udziału w postępowaniu zarzut dotyczy, ani też na czym polegała błędna ocena dokonana przez zamawiającego.

Okoliczności te powinny zostać wskazane w odwołaniu przez wykonawcę, gdyż określają granice rozpoznania odwołania. To odwołujący się wykonawca konkretyzuje zarzut przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych, które nie mogą być pozostawione domyślności lub domniemaniu Izby.

Braki zarzutu odwołania nie mogły zostać uzupełnione w drodze wezwania dokonanego przez Prezesa Izby albo skład orzekający. Art. 187 ust. 3 Pzp pozwala wprawdzie na uzupełnienie przez wykonawcę okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, jednak tylko

w sytuacji, gdy braki odwołania uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego biegu i rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Mimo braków co do okoliczności faktycznych zarzutu zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, odwołanie mogło otrzymać prawidłowy bieg, gdyż pozostałe zarzuty odwołującego Andra sp. z o. o. zostały postawione w sposób umożliwiający ich rozpoznanie.

Należy podkreślić, że możliwość uzupełnienia odwołania stanowi regulację o wyjątkowym charakterze, która nie może być interpretowana rozszerzająco. W przeciwnym razie postępowanie odwoławcze, a konsekwencji postępowanie o udzielanie zamówienia, zagrożone byłoby przewlekłością, co nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący Andra sp. z o.o. wskazał okoliczności faktyczne uzasadniające konieczność wykluczenia Comparex na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp dopiero w piśmie procesowym złożonym na rozprawie.

Podał w nim, że jego zdaniem wartość usługi serwisu SuperDome zrealizowanej przez Comparex na rzecz zamawiającego nie przekraczała kwoty 500.000 zł wymaganych w pkt VI ust. 1 pkt 2 siwz.

Okoliczności te mogły i powinny być wskazane w odwołaniu, czego odwołujący zaniechał.

Art. 190 ust. 7 Pzp pozwala Izbie na rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Samo powołanie podstawy prawnej i wskazanie czynności lub zaniechania czynności nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, zatem stanowisko zawarte w piśmie procesowym zostało przez Izbę uznane za kreację nowego zarzutu, podniesionego po upływie terminu na jego podniesienie.

Izba nie uwzględniła wniosku o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia umowy 139/BŁil/09/AZ/FZ z 30 września 2010 r., który odnosił się do okoliczności faktycznych nie wskazanych w zarzucie podniesionym w odwołaniu.

Izba rozstrzygnęła zarzuty obu odwołań na podstawie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia oraz po uwzględnieniu i rozważeniu stanowisk stron i uczestników. Dowody nie wymienione w treści uzasadnienia zostały przez Izbę pomięte.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Comparex otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, mimo że złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu nie powinien być uczestnikiem aukcji.

Izba nie nakazała unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, mimo zakwestionowania jej przeprowadzenia przez odwołującego Andra Sp. z o.o. Odwołujący nie podniósł bowiem w odwołaniu zarzutów wobec przeprowadzenia aukcji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocników obu odwołujących z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, w stosunku do każdego z pełnomocników, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....