

WYROK
z dnia 4 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2011 r. przez wykonawcę **MCX Systems sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Consortia sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **Consortia sp. z o.o. w Warszawie** do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdziale VIII pkt 3 SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz odtajnienie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę **Consortia sp. z o.o. w Warszawie**,

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Finansów w Warszawie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **MCX Systems sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Ministerstwa Finansów w Warszawie** na rzecz **MCX Systems sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Finansów w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest zakup systemu wideokonferencyjnego dla potrzeb Służby Celnej oraz dla potrzeb Urzędów Kontroli Skarbowej i Departamentu Ochrony Interesów Finansowych UE.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 26 lipca 2011 r. nr 2011/S 141-234134.

W dniu 13 października 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę MCX Systems sp. z o.o. w Warszawie zwanego dalej „odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Consortia sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania udostępnienia przez zamawiającego (odtajnienia) pełnej treści oferty złożonej przez przystępującego oraz oświadczeń, dokumentów, wyjaśnień składanych przez przystępującego po upływie terminu składania ofert,
- 3) zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania,
- 4) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 5) zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

odwołujący wniósł w dniu 24 października 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- 4) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że informacje zastrzeżone w dokumentach złożonych przez przystępującego nie wypełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wobec tego ich treść nie może być zastrzeżona przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wywodził, iż brak było po stronie przystępującego ustawowych przesłanek do zastrzeżenia takich dokumentów jak :

- szczegółowy opis oferowanego systemu,
- wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) zawarte w piśmie z 19.09.2011 r.,
- wyjaśnienia wykonawcy w zakresie zdolności kredytowej (pełna treść wyjaśnień pkt 2 19.09.2011r. wraz z załączonymi do wyjaśnień dokumentami nie została mu udostępniona). Podnosił, iż przedmiot zamówienia zaoferowany przez przystępującego w złożonej ofercie, nie odbiega od standardów rynkowych obowiązujących w tej dziedzinie. W zdecydowanej większości na przedmiot zamówienia składa się sprzęt (zestawy wideokonferencyjne), który jest produktem z tzw. półki i jest możliwy do kupienia przez szerokie grono osób i podmiotów. Zaoferowane produkty nie powstały na potrzeby tego postępowania o zamówienie publiczne, zatem nie stanowią „know-how” wykonawcy i jako takie nie mogą być utajnione. Podkreślał, iż zgodnie z Rozdziałem XI pkt 3.5) SIWZ opis przedmiotu zamówienia miał zawierać informacje o typie, modelu, nazwie producenta oraz parametrach oferowanego sprzętu. Trudno uznać, aby informacje te, jako ogólnie dostępne choćby na stronach internetowych, zasługiwały u przystępującego na jakąkolwiek szczególną ochronę. Odwołujący argumentował, iż w wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 19.09.2011r. przystępujący nie wykazał zamawiającemu, że dokonane przez siebie zastrzeżenie wypełnia wszystkie przesłanki określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie udowodnił, iż zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, co więcej, że podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący podnosił również, iż złożona przez przystępującego w ofercie informacja banku PEKAO SA z dnia 27 czerwca 2011r., w treści której zawarto informację o posiadanych środkach finansowych nie przekraczających kwoty 400 000 PLN, jak również informację, że firma korzysta z kredytu w rachunku bieżącym w kwocie 2 000 000 PLN nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w postanowieniu Rozdziału VIII pkt 5 SIWZ. Wskazywał, iż w wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przystępujący złożył tę samą opinię bankową, co winno skutkować jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Podnosił, iż wysokość posiadanych przez przystępującego środków finansowych na rachunku nie pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaś informacja o korzystaniu z kredytu w rachunku bieżącym nie może być utożsamiana z aktualną, potencjalną zdolnością podmiotu gospodarczego do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w umownym terminie tj. ze zdolnością kredytową wykonawcy.

Odwołujący argumentował ponadto, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w postanowieniu Rozdziału VIII pkt 3 SIWZ. Wskazywał, że przystępujący polegał na zasobie wiedzy i doświadczenia udostępnionym przez podmiot trzeci tj. firmę Kontel-Telecom Stanisław Wiśniewski i Andrzej Wiśniewski spółka jawna w Warszawie. Podnosił, iż oświadczenie ww. firmy z dnia 31.08.2011r. stanowiące, iż przy zamówieniu przystępujący będzie polegać na jej wiedzy i doświadczeniu nie precyzuje na jaki okres zasób ten został udostępniony. Wywodził nadto, że zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę. Nie można bowiem przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W konsekwencji oświadczenia przystępującego dnia z 31.08.2011r. nie można traktować jako prawidłowego i skutecznego zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co powoduje, że przystępujący nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Wskazywał ponadto, iż w zakresie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu zamawiający nie stosował w odniesieniu do przystępującego procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, iż zgodnie z protokołem postępowania zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 4 260 000 PLN. Oferta złożona przez przystępującego opiewa na kwotę 2 885 132 PLN, zatem znacząco odbiegającą od wartości szacunkowej zamówienia. Złożone przez przystępującego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zawarte w piśmie z 19.09.2011 r., zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. samo zwrócenie się przez zamawiającego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy nie oznacza, iż zamawiający dopełnił wszystkich obowiązków związanych z ustaleniem, czy oferta przystępującego nie zawierała rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem Zamawiającego była rzetelna ocena treści wyjaśnień, która pozwalałaby na przyjęcie, iż ceny mogą być uznane za realne i pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym odwołujący wniósł, aby Krajowa Izba Odwoławcza oceniła zasadność podniesionego w niniejszym odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, zamawiający w

sposób niezasadny przyjął wyjaśnienia wybranego wykonawcy, który nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a różnica w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, jak i pozostałych ofert złożonych w postępowaniu prowadzi do stwierdzenia, iż cena oferty przystępującego nie odpowiada cenom rynkowym za tego rodzaju dostawę, a wykonawca nie wykazał żadnych nadzwyczaj korzystnych okoliczności uzasadniających tak dużą dysproporcję w cenie.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia przystępującego z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy i zastosowania wobec przystępującego procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 4) dokonania powtórnej oceny ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty odwołującego.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 13 września 2011 r. skierowane do przystępującego, pismo przystępującego z dnia 19 września 2011 r., zawiadomienie zamawiającego z 13 października 2011 r. o częściowym odtajnieniu oferty przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 13.10.2011 r., wniosek odwołującego o przesłanie protokołu postępowania z 14 października 2011 r., wniosek odwołującego z 19 października 2011 r. o pełne odtajnienie oferty przystępującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, zaniechanie wykluczenia

wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i zaniechanie odrzucenia złożonej przez niego oferty, w sytuacji gdy oferta złożona przez odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była drugą w kolejności ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego i zaniechał odrzucenia jego oferty z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania wykonania tych czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto zaniechanie odtajnienia pełnej treści oferty oraz składanych przez wykonawcę wybranego po otwarciu ofert oświadczeń i dokumentów uniemożliwia odwołującemu weryfikację zgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ oraz ocenę spełnienia przez tego wykonawcę wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał odtajnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa prowadziłoby do nakazania wykonania tej czynności, a w konsekwencji umożliwiłoby odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie udostępnionej (odtajnionej) dokumentacji.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia pełnej treści oferty przystępującego oraz oświadczeń, dokumentów i wyjaśnień składanych przez przystępującego po upływie terminu składania ofert.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Przystępujący w złożonej ofercie zastrzegł, iż nie może być ujawniony jako tajemnica przedsiębiorstwa m.in. opis przedmiotu zamówienia. Przystępujący zastrzegł również jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny znajdujące się w piśmie z dnia 19 września 2011 r., oraz wyjaśnienia przystępującego dotyczące zdolności finansowej zawarte w pkt 2 pisma wraz z odnoszącym się do tego punktu dokumentem. Odwołujący pismem z dnia 7 września 2011 r. zwrócił się do zamawiającego o weryfikację zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w ofercie przystępującego. Zamawiający, pismem z dnia 13 września 2011 r. zwrócił się do przystępującego z wnioskiem o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów znajdujących się w ofercie przystępującego. Następnie pismem z dnia 13

października 2011 r. zamawiający poinformował przystępującego, że odtajnia część złożonych przez niego dokumentów. Zamawiający nie odtajnił opisu oferowanego przedmiotu zamówienia znajdującego się w ofercie przystępującego, fragmentu pkt 2 pisma przystępującego z dnia 19 września 2011 r. dotyczącego zdolności finansowej przystępującego, oraz wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący, pismem z dnia 14 października 2011 r. skierował do zamawiającego wniosek o przesłanie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Pismem z dnia 19 października 2011 r. odwołujący skierował do zamawiającego wniosek o odtajnienie pozostałych dokumentów złożonych przez przystępującego. Zamawiający nie odtajnił wskazanych przez odwołującego dokumentów.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż zarzut potwierdził się w zakresie zaniechania odtajnienia przez zamawiającego szczegółowego opisu oferowanego rozwiązania złożonego przez przystępującego wraz z ofertą.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane.

Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/ 2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba podkreśla bowiem, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał na podmiocie, który z tego działania wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a więc na przystępującym, a w konsekwencji także na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez przystępującego. Zamawiający swą decyzję o nieodtajnieniu w stosunku do dokumentu - szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia podjął w oparciu o złożone przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 19 września 2011 r., zaś w przypadku nieodtajnienia pozostałych wyjaśnień i dokumentów składanych w trakcie badania ofert – bez wyjaśnień przystępującego. W ocenie Izby, złożone przez przystępującego, w wyniku wezwania zamawiającego, wyjaśnienia nie potwierdzają konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych w ofercie przystępującego w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazał jedynie ogólnie w wyjaśnieniach, że są to informacje o charakterze technicznym, które nie mogą być uzyskane przez ogół zainteresowanych w ogólnie dostępny sposób, przywołując tym samym ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. W dalszej części zaś części wyjaśnień przystępujący przytoczył jedynie przepisy ustawy Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo zespołu arbitrów. W wyjaśnieniach przystępującego zabrakło zatem w ogóle uzasadnienia faktycznego, wskazania w czym upatruje tajemnicy przedsiębiorstwa, które elementy rozwiązania i dlaczego mają dla niego walor techniczny, technologiczny, organizacyjny itp. Efektem zaniedbania przystępującego było to, że zamawiający mógł opierać się jedynie na przypuszczeniach co stanowi informację o charakterze technicznym (komponenty systemu czy może jego konfiguracja, czy też jedno i drugie). W trakcie rozprawy zamawiający stwierdził, iż na podstawie szczegółowego opisu systemu i elementów w nim zawartych można było domniemywać iż stanowi on może tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można domniemywać, albowiem jego przesłanki należy rozpatrywać ściśle. W konsekwencji wykonawca, który zostaje wezwany do złożenia wyjaśnień powinien precyzyjnie ustosunkować się do wezwania zamawiającego i wskazać przesłanki legalnej definicji tajemnicy na gruncie konkretnych okoliczności faktycznych. Ponadto przystępujący nie odniósł się w wyjaśnieniach do pozostałych dwóch przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa a więc nie można było zweryfikować czy informacje nie zostały upublicznione w inny sposób ani czy wiadomości nie mogły być uzyskane przez ogół osób a także jakie działania podjęto w celu zachowania poufności. Przystępujący nie wskazał przykładowo, czy i jakie stosuje polityki bezpieczeństwa, czy i w jaki sposób ograniczył krąg osób mających dostęp do informacji, czy zastrzeżono klauzule poufności w umowach ze swoimi pracownikami. Z omawianych względów Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonego przez przystępującego opisu oferowanego rozwiązania.

Jednocześnie Izba nie nakazała odtajnienia zastrzeżonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz fragmentu pkt 2 wyjaśnień z dnia 19.09.2011 r. dotyczących zdolności finansowej przystępującego i załączonej do tego pisma opinii bankowej. Odnośnie wyjaśnień w zakresie zdolności finansowej i łączącej się z nimi opinii bankowej Izba stwierdziła, że opinia opatrzona została klauzulą tajemnicy bankowej, a więc z samej treści tego dokumentu można było domniemywać, że informacje w niej zawarte nie są udostępnione osobom trzecim. Ponadto w dokumencie tym znajdowały się informacje nie objęte opinią bankową złożoną przez przystępującego wraz z ofertą albowiem dotyczyły innego rachunku bankowego i obejmowały kilka dodatkowych informacji, które w ocenie Izby mogą być uznane za posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą. Natomiast z wyjaśnień złożonych przez przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny można było powziąć wiadomość o kontaktach handlowych i stosunkach łączących wykonawcę z innymi podmiotami, które mogą posiadać walor informacji posiadającej wartość gospodarczą i stanowić cenne źródło informacji dla konkurencji.

Ponieważ zamawiający nie zwracał się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do skuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. dokumentów i oświadczeń nie można było stwierdzić, iż nie zostały wskazane przez wykonawcę pozostałe elementy wypełniające legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustalenia wymaga zatem, czy informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, jak również czy i w jaki sposób podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. W tym zakresie zamawiający przed podjęciem decyzji co do skuteczności zastrzeżenia może wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w celu wskazania tych przesłanek.

II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Stosownie do postanowień Rozdziału VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 1b)

W Rozdziale VIII pkt 3 SIWZ zamawiający zastrzegł, iż warunek, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. b SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się wykonaniem, w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej

jednej dostawy i wdrożenia systemu wideokonferencyjnego spełniającego łącznie następujące wymagania:

1. dostawa i wdrożenie obejmowała również uruchomienie i skonfigurowanie systemu wideokonferencyjnego,
2. system wideokonferencyjny obejmował minimum 10 lokalizacji znajdujących się w różnych miejscowościach,
3. wartość dostawy i wdrożenia systemu wideokonferencyjnego nie mniejsza niż 1 000 000 zł (słownie: jeden milion złotych).

Nadto ustalono, iż w Rozdziale VIII pkt 7 znalazło się zastrzeżenie, iż zgodnie z postanowieniami art. 26 ust. 2b Ustawy Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Stosownie do postanowień Rozdziału IX SIWZ zatytułowanego „Wymagane oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ” wykonawca obowiązany był złożyć:

- wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie - potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w Rozdziale VIII ust. 3 SIWZ (pkt 2),
- dokument zawierający dowód, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów niezbędnymi do realizacji zamówienia, o ile dotyczy (pkt 10).

Przystępujący złożył ofertę, do której załączył wykaz dostaw, w którym ujawnił doświadczenie w realizacji dostawy i instalacji sprzętu wideokonferencyjnego na potrzeby komórek organizacyjnych Komendy Głównej Policji i innych jednostek Policji w okresie od 19.11. 2010 do 30.12.2010 o wartości 1.999.000,00 zł na rzecz Komendy Głównej Policji w Warszawie. Do wykazu załączono referencje wystawione przez tego zleceniodawcę na rzecz formy Kontel-Telecom Stanisław Wiśniewski i Andrzej Wiśniewski sp. j. w Warszawie z 24.02.2011 r. oraz oświadczenie firmy Kontel-Telecom Stanisław i Andrzej Wiśniewski sp.j. w Warszawie z 31.08.2011 r., w którym podmiot ten oświadczył, iż przystępujący przy zamówieniu w którym wniesiono odwołanie będzie polegał na wiedzy, doświadczeniu i

potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia. Podmiot ten zobowiązał się również do oddania ww. zasobów przystępującemu do dyspozycji.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż zarzut potwierdził się.

Przystępujący wykazując spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oparł się wyłącznie na wiedzy i doświadczeniu, udostępnionej przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Przywoływany przepis, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędną dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W przepisie tym wskazuje się dwukrotnie, iż zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Niezbędność ta nie dotyczy zatem złożenia jedynie samych referencji podmiotu trzeciego, potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale konieczności zapewnienia sobie przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Powyższe oznacza, iż regulacja przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp związana się nierozłącznie z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Regulacja ta służy wykazaniu zamawiającemu, iż zamówienie uzyskają wykonawcy, którzy ze względu na swój potencjał techniczny, ekonomiczny, finansowy, posiadane uprawnienia, wiedzę i doświadczenie będą w stanie należycie wykonać zamówienia.

Nadto, stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać stosownymi dokumentami, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na uwagę zasługuje okoliczność, iż stosownie do art. 26 ust. 2b w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy został wzmocniony poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34). Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie uzyskanie samych dokumentów referencji. Na uwagę

zasługuje bowiem specyfika zasobu wiedzy i doświadczenia. O ile pojęcie „wiedza” wskazuje na teoretyczną stronę znajomości danego zagadnienia, to jednak pojęcie „doświadczenia” jest szersze i odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście uczestnicząc w podobnych przedsięwzięciach. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac.

Udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Na uwagę zasługuje fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”* „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari).

Wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać charakter i specyfikę zasobu wiedzy i doświadczenia i okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub

doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. Skoro oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, ponieważ nierozzerwalnie związane jest z tym zasobem, a zatem także uczestnictwo – w myśl przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp także jest objęte obowiązkiem udowodnienia. Fakt uczestnictwa w wykonaniu zamówienia musi zostać udowodniony przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia.

Analiza zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania przystępującemu zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia nie pozwala uznać, że wykonawca ten udowodnił zamawiającemu, iż oddano mu wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzę i doświadczenie, jak również, że udostępnienie to nastąpiło na czas niezbędny do realizacji zamówienia. W dokumencie tym nie wskazano bowiem czasu na jaki zasób został udostępniony, jak również nie nawiązywał on do uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przystępujący nie udowodnił zatem zamawiającemu w żaden sposób, w jakim okresie i w jaki sposób wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego zostaną przez przystępującego wykorzystane na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, zaś źródłem wątpliwości jest fakt, że pomiędzy podmiotem trzecim a przystępującym nie występują żadne powiązania o charakterze kapitałowym, organizacyjnym, a podmiot ten nie będzie wykonywał żadnej części przedmiotu zamówienia albowiem nie będzie podwykonawcą przystępującego.

A zatem zamawiający obowiązany będzie wezwać przystępującego do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdziale VIII pkt 3 SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z uwagi na niewykazanie przez przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Stosownie do postanowień Rozdziału VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. sytuacji ekonomicznej i finansowej (pkt 1d). W Rozdziale VIII pkt 5 zamawiający zastrzegł, iż warunek, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. d SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się posiadaniem środków lub zdolności kredytowej w wysokości: 1 000 000 zł. (słownie: jeden milion złotych). Ustalono także, iż w świetle postanowień Rozdziału IX SIWZ

zatytułowanego „Wymagane oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ” wykonawca obowiązany był złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert - potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w Rozdział VIII ust. 5 SIWZ.

Przystępujący złożył wraz z ofertą opinię bankową wystawioną przez bank Pekao S.A. z 27.06.2011 r., zgodnie z którą saldo środków na rachunkach bieżących przystępującego na dzień 24.06.2011 r. wynosiło 358.942,04 PLN, zaś firma korzysta z kredytu w rachunku bieżącym w kwocie PLN 2.000.000,00 PLN. Zamawiający pismem z dnia 13 września 2011 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, uznając, że złożona opinia nie potwierdza, że przystępujący posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 1.000.000 PLN. Przystępujący, pismem z dnia 19 września 2011 r. wyjaśnił, iż sformułowanie korzysta z kredytu na rachunku bieżącym oznacza, iż posiada on zdolność kredytową na kwotę 2.000.000 PLN. Załączył do pisma drugi dokument, zaś informacje w nim zawarte zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się w zabranym materiale dowodowym. Nie było sporne pomiędzy stronami, że opinia bankowa złożona przez przystępującego wraz z ofertą nie potwierdzała spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu. Jednakże wbrew twierdzeniom odwołującego przystępujący wraz z pismem z dnia 19 września 2011 r. nie złożył wyłącznie tej samej opinii bankowej, która została załączona do oferty. Zatem to nie ten dokument stanowił podstawę do pozytywnej weryfikacji spełnienia przez wykonawcę zastrzeżonego w SIWZ wymogu. Na uwagę zasługiwał fakt, że w wyniku wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie zdolności finansowej przystępujący załączył do wyjaśnień z dnia 19 września 2011 r. również dodatkową opinię bankową, której treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Analiza treści tego dokumentu w sposób niebudzący wątpliwości prowadziła do wniosku, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o czym świadczyło zdanie drugie przywoływanej opinii. Zatem decyzja zamawiającego o zaniechaniu wykluczenia przystępującego z omawianego powodu okazała się prawidłowa.

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia złożonej przez przystępującego z uwagi na złożenie

wyjaśnień, które nie potwierdzają, iż przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 4 260 000 PLN. W postępowaniu złożono 4 oferty na kwoty: przystępujący: 2.885.132,00 zł, odwołujący 4.179.995,10 zł, wykonawca Nextiraone Polska sp. z o.o. w Warszawie – 13.000.000,00 zł, konsorcjum Unicom sp. z o.o. w Warszawie – 4.179.540,00 zł. Zamawiający, pismem z dnia 13 września 2011 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący, pismem z dnia 19 września 2011 r. złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co do których zastrzegł, iż nie mogą być one ujawnione jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się w zabranym materiale dowodowym.

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, że za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną nierealną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, stwierdzić należało, że samo porównanie ceny oferty przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT nie mogło stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Wniosku takiego nie można było również wyprowadzić jedynie na podstawie określenia pewnego poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert i wartością oszacowania zamówienia, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (tak: m.in. wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 126/09; KIO 1483/10). Argumentacja ta może zostać uznana za wystarczającą w celu wykazania zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp tj. zaniechania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Sytuacja taka nie dotyczyła analizowanej sprawy, albowiem zamawiający wezwał przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień.

Ponadto zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, iż kwotę jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia ustalił w oparciu o badanie rynku, tj. zapytania ofertowe kierowane do firm. Finalna kwota była wynikiem uśrednienia uzyskanych cen, jednakże ceny uzyskane w wyniku zapytań ofertowych mogły nie były objęte rabatami, które uzyskuje się w ramach procedur przetargowych, a zatem mogły być one wyższe. W braku odmiennego dowodu Izba uznała, że różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego a wartością szacunkową zamówienia, powiększoną o kwotę VAT mogła być również wynikiem tej okoliczności. Również różnica pomiędzy cenami ofertowymi zaoferowanymi przez przystępującego i odwołującego samodzielnie nie mogła świadczyć, że cena ofertowa jest rażąco niska. Na rozprawie odwołujący sam stwierdził, że kalkulując cenę założył około 1 mln zł zysku, zaś na urządzeniach i oprogramowaniu przewidziano marżę na poziomie około 25-30%, podczas gdy przystępujący przyznał, że zysk oszacował na poziomie około 16 %. Tak więc różnica pomiędzy cenami zaproponowanymi przez obu wykonawców w pewnej części mogła wynikać z odrębnej polityki cenowej stosowanej przez tych wykonawców. Oceniając wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożone przez przystępującego Izba stwierdziła, iż poziom ich szczegółowości był zadowalający, albowiem przystępujący ujawnił kluczowe elementy mające wpływ na wysokość ceny. Ustalenie to nie pozwalało na przyjęcie, iż wyjaśnień w ogóle nie złożono w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Merytoryczna zaś analiza wyjaśnień, zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie pozwalała na stwierdzenie, iż potwierdzają one zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wskazał w jaki sposób kalkulował cenę, ujawnił wysokość najważniejszych elementów cenotwórczych, skalkulowane ryzyka. Wyjaśnił w jaki sposób elementy cenotwórcze zostały skalkulowane, powołał sprzyjające stosunki handlowe łączące go z innymi podmiotami i wynikające stąd konsekwencje. W oparciu o złożone wyjaśnienia Izba stwierdziła zatem, że ustalona przez wykonawcę cena została oszacowana w oparciu o obiektywne czynniki z uwzględnieniem dostępnych wykonawcy korzystnych okoliczności.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu, iż oferta złożona przez przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że zamawiający, który zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp albowiem treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego świadczyła o należyтым skalkulowaniu ceny.

V.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący: