

**WYROK**  
**z dnia 13 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **OPTeam S.A., ArchiDoc S.A., Infosys S.A., Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Obrót S.A., ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy: **Iron Mountain Polska Sp. z o.o., ul. Regulska 2, 05-820 Piastów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Iron Mountain Polska Sp. z o.o.**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PGE Obrót S.A., ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów, i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **OPTeam S.A., ArchiDoc S.A., Infosys S.A., Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **PGE Obrót S.A., ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **OPTeam S.A., ArchiDoc S.A., Infosys S.A., Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. „Usługa archiwizacji oraz prowadzenia archiwum dokumentów klienckich dla PGE Obrót S.A.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 27 października 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 208-342825.

Zamawiający przesłał wykonawcom w dniu 18 września 2014 r. zawiadomienie o wyniku postępowania. Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez Iron Mountain Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Piastowie, jako najkorzystniejszą.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: OPTeam S.A., ArchiDoc S.A., Inforsys S.A. wnieśli odwołanie wobec:

a) czynności wyboru oferty złożonej przez Iron Mountain Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że ww. oferta:

- podlega odrzuceniu, jako sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;

b) zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów zastrzeżonych w ofercie Iron Mountain Polska sp. z o.o., jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień tego wykonawcy składanych w toku postępowania, w tym w sprawie rażąco niskiej ceny;

c) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Iron Mountain Polska sp. z o.o., pomimo że oferta jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, poprzez zaniechane odrzucenia oferty złożonej przez Iron Mountain Polska sp. z o.o., pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 90 ust 1 Pzp, poprzez kilkakrotne wezwanie Iron Mountain Polska sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy poprzednio złożone wyjaśnienia były nierzetelne;

4. art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty z wykonawcą Iron Mountain Polska;

5. art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Iron Mountain Polska sp. z o.o., pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
6. art. 87 ust 2 pkt 2 Pzp, poprzez poprawienie omyłki w ofercie Iron Mountain Polska sp. z o.o., która nie jest oczywistą omyłką rachunkową;
7. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art 96 ust. 2 i 3 Pzp oraz 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.), poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów zastrzeżonych w ofercie Iron Mountain Polska sp. z o.o., jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz wyjaśnień tego wykonawcy składanych w toku postępowania, w tym w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do takiego zastrzeżenia;
8. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty Iron Mountain Polska i w konsekwencji odrzucenia tej oferty;
3. unieważnienia czynności poprawy oczywistej omyłki rachunkowej;
4. zweryfikowania zasadności utajnienia informacji zawartych w ofercie i w wyjaśnieniach składanych przez Iron Mountain Polska, w tym w zakresie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie dowodu z odtajnionej części wyjaśnień. Z ostrożności odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie na rozprawie informacji zawartych w wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny, składanych przez Iron Mountain Polska.

1. Zaniechanie odrzucenia oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ.

W kolumnie 2 tabeli formularza ofertowego (Elementy usługi) poz. 1, 2, 3, 6 przy opisach elementów usług oraz w kolumnie 4 (Ilość) poz. 2 w formularzu ofertowym, Iron Mountain Polska wprowadził modyfikacje opisu usług - [2], [3], [4] i ilości - [1], przedstawiające założenia, jakie wykonawca przyjął do wyceny przedmiotu zamówienia i odzwierciedlające zarazem przedmiot zaoferowany zamawiającemu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w siwz nie określił dokładnie iloma indeksami powinna być rejestrowana dokumentacja, niemniej jednak niewątpliwym wymogiem

zamawiającego była rejestracja (indeksacja) wieloma indeksami, na co wskazują postanowienia siwz:

- Opis przedmiotu zamówienia - Pkt 1.1. Przedmiot Zamówienia obejmuje usługę, na którą składa się: przekazanie przez Zamawiającego i przejecie przez Wykonawcę Jednostek Dokumentacji archiwalnej z lokalizacji Zamawiającego oraz cykliczny odbiór Dokumentacji bieżącej przekazywanej przez placówki obsługi klienta Zamawiającego z lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego, jej Usystematyzowanie, zabezpieczenie dokumentacji przed zniszczeniem i jej archiwizacja. Przedmiot Umowy obejmuje także Udostępnianie zarchiwizowanych dokumentów Zamawiającemu w formie elektronicznej i/lub papierowego oryginału;
- Słownik używanych terminów, pojęć i definicji - lit. x) str. 5 siwz - Zamawiający wskazuje, że przez Usystematyzowanie dokumentacji należy rozumieć rejestrację dokumentacji w kartotece wraz z przypisaniem indeksów (zgodnych z indeksami zawartymi w przyjętym katalogu);
- Słownik używanych terminów, pojęć i definicji - lit. bb) str. 6 siwz - Zamawiający zdefiniował Katalog dokumentów archiwalnych - należy przez to rozumieć wykaz typów dokumentów występujących w kartotece wraz z przypisanym im zestawem atrybutów (indeksów, metryk) stosowanych przez Zamawiającego w dokumentach składających się na jednostkę dokumentacji (numer Oddziału, znacznik BOK, dane klienta, numer umowy, adres PPE, kategoria archiwalna dokumentacji, numer identyfikacyjny, jej aktualny Status, indeks skanu dokumentu, identyfikator i dane lokalizacyjne pudła archiwizacyjnego, wraz [...]);
- Słownik używanych terminów, pojęć i definicji lit. cc) str. 6 siwz - Zamawiający wskazuje, że Kartotekę dokumentów archiwalnych należy rozumieć jako wykaz (ewidencję) Jednostek dokumentacji przekazanych do Archiwum prowadzonego przez Wykonawcę, wraz z atrybutami usystematyzowanymi, zgodnie z Katalogiem Dokumentów. Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że każdy obiekt w kartotece (fizyczny i cyfrowy) otrzymuje unikalny identyfikator oraz zbiór indeksów.

Ponadto zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dn. 28 maja 2014 r. wskazał wyraźnie, że przekazany wykaz Jednostek Dokumentacji archiwalnej będzie wymagał ręcznego wprowadzania indeksów tak, aby uzupełnione zostały wszystkie indeksy wskazane w siwz. Założenie, że dla każdego dokumentu wystarczające będzie wprowadzenie jednego indeksu (a takie założenie zostało przyjęte przez wykonawcę Iron Mountain Polska) stoi wprost w sprzeczności z powyższą odpowiedzią, gdyż w przypadku, gdy w przekazanym wykazie Jednostek Dokumentacji brakować będzie więcej niż jednego indeksu, wówczas zamawiający oczekuje od wykonawcy wprowadzenia wszystkich brakujących indeksów, tj. więcej niż jednego indeksu dla danej Jednostki Dokumentacji.

Podobnie w odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 26.05.2014 r. zamawiający wskazał,

że w przekazanym przez zamawiającego spisie mogą występować braki obejmujące wszystkie wymagane przez zamawiającego indeksy dla pojedynczej Jednostki Dokumentacji, tzn. wszystkie wymagane indeksy będą musiały być uzupełnione przez wykonawcę. W przypadku zastrzeżenia złożonego w ofercie przez Iron Mountain Polska sp. z o.o. taki dokument opisany zostałby wyłącznie jednym indeksem, a pozostałe wymagane przez zamawiającego, zgodnie z siwz, indeksy nie zostałyby w ogóle uzupełnione. Należy przy tym zaznaczyć, że zamawiający w treści siwz wskazał w sposób wyraźny, jakim zestawem indeksów każda Jednostka Dokumentacji powinna zostać opisana, wprowadzając definicję katalogu dokumentów archiwalnych:

- Słownik używanych terminów, pojęć i definicji - lit. bb) str. 6 „Katalog dokumentów archiwalnych - należy przez to rozumieć wykaz typów dokumentów występujących w kartotece wraz z przypisanym im zestawem atrybutów (indeksów, metryk) stosowanych przez Zamawiającego w dokumentach składających się na jednostkę dokumentacji (numer Oddziału, znacznik BOK, dane klienta, numer umowy, adres PPE, kategoria archiwalna dokumentacji, numer identyfikacyjny, jej aktualny Status, indeks skarm dokumentu, identyfikator i dane lokalizacyjne pudła archiwizacyjnego

Wyraźnie więc zamawiający założył, że każdy dokument (Jednostka Dokumentacji) posiadać będzie wiele indeksów, a jeżeli przekazany przez zamawiającego wykaz indeksów zawiera braki obejmujące wszystkie indeksy danego dokumentu, wówczas oczekuje się wprowadzenia przez wykonawcę wszystkich (tj. więcej niż jednego) brakujących indeksów.

Konieczność wprowadzenia wielu indeksów (atrybutów) opisujących pojedynczy dokument zamawiający wskazał wprost w odpowiedzi na pytanie nr 67 z 20 maja 2014 r.

Analiza przytoczonych odpowiedzi prowadzi zdaniem odwołującego do wniosku, że Iron Mountain Polska nie miał podstaw do wprowadzania zmian w tabeli formularza ofertowego. Należy przy tym zauważyć, że wprowadzone zmiany miały wpływ na zmniejszenie ceny ofertowej tego wykonawcy. Zamawiający oczekiwał, aby konieczność ręcznego uzupełniania przez wykonawcę więcej niż jednego indeksu, została uwzględniona w ofertach. Wprowadzając zastrzeżenie w formularzu ofertowym Iron Mountain Polska odstąpił od tego wymagania i wycenił w swojej ofercie wprowadzenie tylko jednego indeksu dla każdego dokumentu. Oferta Iron Mountain Polska stała się przez to nieporównywalna z innymi ofertami.

Zamawiający kilkakrotnie wskazał w siwz, że oczekuje od wykonawców rejestracji z przypisaniem indeksów, a nie jednego indeksu, jak w ofercie Iron Mountain Polska. Ponadto, zamawiający określił, że każdy obiekt w kartotece (fizyczny i cyfrowy) powinien otrzymać unikalny identyfikator oraz zbiór indeksów. Tak sformułowane określenia jednoznacznie wykluczają opisanie lub rejestrację dokumentów tylko jednym indeksem.

W piśmie z dnia 24 czerwca 2014 r. skierowanym do Iron Mountain Polska

zamawiający jednoznacznie zasugerował odpowiedź wykonawcy, prosząc o potwierdzenie, czy za prawidłowe należy rozumieć, że podane w ofercie z dnia 30.05.2014r. zastrzeżenia w formie przypisów nie stanowią zawężenia zakresu przedmiotu zamówienia określonego w siwz, a stanowią jedynie doprecyzowanie sposobu świadczenia usługi, co zgodnie z siwz winno zostać określone na I Etapie realizacji usługi.

Treść odpowiedzi na to wezwanie nie została odwołującym udostępniona, co sugeruje, że albo wyjaśnienia nie zostały złożone albo zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Działanie to jest niezasadne, ponieważ wyjaśnienia odnoszą się do jawnej treści oferty, a zaniechanie ich udostępnienia ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zakwestionowania decyzji zamawiającego. Nieudostępnienie tych wyjaśnień stanowi naruszenie art 8 ust 1-3 w zw. z art 96 ust 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Jak wynika z treści wezwania, zamawiający ten sam stan faktyczny rozpatruje w dwóch kategoriach - jako ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia i alternatywnie - jako doprecyzowanie sposobu świadczenia usługi, zatem nie można uznać, że przedmiotowy błąd stanowi jedno albo drugie, w zależności od stanowiska wykonawcy. Bez względu na wyjaśnienia wykonawcy, jego oferta pozostaje sprzeczna z wymaganiami. Jej wadliwości nie sanuje fakt, że na etapie realizacji zamówienia wykonawca może zgłosić propozycję co do sposobu realizacji zamówienia.

Powyższą procedurę wyjaśniania oferty Iron Mountain Polska należy uznać za niedozwolone negocjacje dotyczące oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

Sam zamawiający wskazał w wezwaniu, że zgodnie z siwz, doprecyzowanie sposobu świadczenia usługi winno zostać określone na I Etapie realizacji usługi. W takiej sytuacji działalność Iron Mountain Polska jest sprzeczna z siwz chociażby z tego powodu, że na etapie składania ofert wykonawcy nie byli upoważnieni do doprecyzowania przedmiotu zamówienia (abstrahując już od tego, że nie jest to żadne doprecyzowanie, ale odstępstwo od wymagań zamawiającego). Postanowienia siwz ustanawiają bowiem określoną procedurę doprecyzowania sposobu realizacji zamówienia, która wymaga m.in. odbioru i akceptacji przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, działanie wykonawcy jest modyfikującym przyjęciem oferty, znanym na gruncie kodeksu cywilnego, a niedopuszczalnym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podzielić pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn.. akt KIO 2863/13.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odnosi się do wszelkich nieprawidłowości oferty, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada” obejmuje zarówno sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez

zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Iron Mountain Polska zaoferował inny przedmiot zamówienia, niż wymagał zamawiający, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu. Na marginesie odwołujący wskazał, że w świetle treści siwz w niniejszym postępowaniu Iron Mountain Polska nie miał podstaw do złożenia oferty wariantowej.

## 2. Zaniechanie odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Oferowana przez Iron Mountain Polska cena jest znacząco niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz niższa od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. Zamawiający prawidłowo oszacował wartość przedmiotu zamówienia na poziomie 12 792 000,00 zł brutto.

Drugim punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest cena najniższej oferty w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego. Wartość oferty Iron Mountain Polska w stosunku do budżetu zamawiającego wynosi ok. 50% przed poprawieniem omyłki i ok. 52% po poprawieniu omyłki w ofercie. W przedmiotowym postępowaniu ceny wszystkich ofert, oprócz oferty Iron Mountain Polska, są bardzo zbliżone do wartości szacunkowej zamówienia. Zdaniem odwołującego, ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego.

Cena na poziomie oferty przystępującego jest ceną nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, niepozwalającą na jego prawidłowe wykonanie z zapewnieniem zysku. Złożenie oferty z tak niską ceną jest ewidentnie sprzedażą usługi będącej przedmiotem zamówienia poniżej kosztów jej świadczenia, i jako takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do tynku. Wartość oferty Iron Mountain Polska w stosunku średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 58%.

Przyjęcie przez Iron Mountain Polska do kalkulacji przedmiotu zamówienia założenia opisania i rejestracji dokumentów do jednego indeksu miało znaczący wpływ na wysokość zaoferowanej ww. ceny ofertowej. Treść oferty Iron Mountain Polska stoi w sprzeczności z postanowieniami siwz w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia i zaoferowaniu odmiennego zakresu niezgodnego z oczekiwaniami zamawiającego. Takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest niezgodne z ustawą Pzp.

Wyjaśnienia Iron Mountain Polska zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołującemu nie jest znana ich treść, tym niemniej zarzucił on, że wyjaśnienia te są ogólnikowe, nierzetelne i niewystarczające. Wykonawca Iron Mountain

Polska nie przedstawił żadnych dowodów, aby wykazać, że cena oferty jest realna.

Wezwanie do wyjaśnień jest elementem badania i oceny ofert i takiemu celowi powinno służyć, dlatego zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień aż do czasu, gdy będą one potwierdzać, że cena nie jest rażąco niska lecz pozwolą zamawiającemu na obiektywną ocenę tychże wyjaśnień (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014, KIO 798/14).

W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinno być skierowane przede wszystkim do wykonawcy, który rzetelnie udziela odpowiedzi na uprzednie wyjaśnienia. W niniejszej sprawie, zdaniem odwołującego, wyjaśnienia składane przez Iron Mountain Polska nie były rzetelne i wobec tego zamawiający nie miał podstaw do żądania złożenia kolejnych wyjaśnień, lecz powinien ofertę odrzucić. Zamawiający aż 3 razy dopytywał wykonawcę o ten sam element ceny, bo zapewne nie uzyskał podstawowych informacji, które powinny znaleźć się w wyjaśnieniach. Analiza treści kolejnych wezwań do wyjaśnień wskazuje, że składane wyjaśnienia nie zawierały podstawowych informacji na temat podstawowych składników cenotwórczych. Takie wyjaśnienia nie są rzetelne. Zamawiający powinien był poprzestać na pierwszym wezwaniu, a już na pewno drugim i odrzucić ofertę tego wykonawcy.

### 3. Zaniechanie odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podniósł, że cena oferty złożonej przez Iron Mountain Polska stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku odwołującego. Jest to bowiem jedynie racjonalny motyw wyceny usługi będącej przedmiotem postępowania na tak niskim poziomie. Żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaoferowanej przez Iron Mountain Polska. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

### 4. Niezasadne poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej

Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2014r. poprawił w ofercie Iron Mountain Polska niezgodność oferty z siwz, traktując ją jako oczywistą omyłkę rachunkową. Nieprawidłowości w ofercie Iron Mountain Polska nie mają jednak charakteru omyłki i w związku z tym nie podlegają poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Omyłka z definicji jest działaniem niezamierzonym, pozostającym poza świadomością przygotowującego ofertę. W zakresie tego pojęcia mieszczą się tylko niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie może wywołać zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym zaistniałe niezgodności nie są oczywiste ani nie jest możliwe ich poprawienie bez dodatkowego oświadczenia Iron Mountain Polska. Tym samym,

dokonanie poprawek w ofercie Iron Mountain Polska stoi w sprzeczności z ww. przepisami prawa.

5. Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa

Wykonawca Iron Mountain Polska zastrzegł w ofercie część dokumentów oraz wyjaśnienia, w tym w zakresie rażąco niskiej ceny, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 Pzp. Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, powinno być interpretowane w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o zamówienie publiczne.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w ogóle nie wezwał do wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia przez Iron Mountain Polska dokumentów i wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który zastrzeżenia dokonuje.

Zatem, Iron Mountain Polska, zastrzegając całość wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest przyjmowanie przez zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Sytuacją niedopuszczalną jest również bezkrytyczne przyjmowanie przez zamawiającego argumentów wykonawcy co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawcy najczęściej bardzo ogólnie wskazują z jakiego powodu informacje mogłyby podlegać zastrzeżeniu, a także nie udowadniają, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że utajnienie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny było bezzasadne i miało jedynie na celu uniemożliwienie zweryfikowania prawidłowości zaofiarowanych cen pozostałym uczestnikom postępowania.

6. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W okolicznościach tej sprawy zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty Iron Mountain Polska, dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Iron Mountain Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniających do wniesienia odwołania, jako wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert. Odwołujący wykazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku oraz może on ponieść szkodę na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, które pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Izba uznała, że przystąpienie do postępowania odwoławczego, zgłoszone przez wykonawcę: Iron Mountain Polska Sp. z o.o. po stronie zamawiającego jest skuteczne. Wykonawca wykazał interes w rozstrzygnięciu przedmiotowego odwołania na korzyść zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej:

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Iron Mountain Polska sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 Pzp omyłki w ofercie Iron Mountain Polska

sp. z o.o., która nie jest oczywistą omyłką rachunkową, a tym samym naruszył ww. przepis ustawy Pzp.

Zamawiający sformułował, jako załącznik nr 1 do siwz, wzór formularza oferty, w którym wymagał w ramach pkt 1 przedstawienia kalkulacji ceny oferty w rozbiciu na wyszczególnione przez zamawiającego elementy usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia. W pozycji nr 2 tabeli opisanej jako „Przechowywanie nowej dokumentacji przejętej w 48 miesięcznym okresie rozliczeniowym” zamawiający podał ilość dokumentacji w jednostkach „mb” - 195 840 mb, którą należało wycenić w ofercie. Wykonawcy zobowiązani byli podać cenę jednostkową netto i brutto oraz cenę łączną za wskazaną ilość dokumentacji.

W złożonej ofercie w pozycji nr 2 ww. tabeli wykonawca Iron Mountain Polska dokonał zmiany ilości dokumentacji podanej, jak wyżej, przez zamawiającego, poprzez przekreślenie ilości 195 840 mb oraz wpisanie ilości 8 160 mb. Wykonawca dodał do tej pozycji przypis nr 1 o treści „zmiana ilość mb zgodnie z odpowiedziami z dnia 20.05.2014r. DZ/ZU134/2014/KW/LW odpowiedzi na pytania nr 19 oraz 31.”

Wskazane przez wykonawcę odpowiedzi zamawiającego na pytanie 19 i 31 z dnia 20.05.2014r. dotyczyły szacowanej przez zamawiającego średniomiesięcznej ilości mb dokumentacji bieżącej do przyjęcia (przyrostu miesięcznego dokumentacji bieżącej). Zamawiający potwierdził w odpowiedzi tę ilość jako 170 mb. Powyższe wyjaśnienia zamawiającego nie powodowały jakiegokolwiek zmiany treści siwz co do ilości wskazanej przez zamawiającego w formularzu ofertowym w pozycji nr 2.

Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2014r. zawiadomił wykonawcę Iron Mountain Polska o dokonaniu poprawy w ofercie niezgodność treści oferty z siwz w omawianym zakresie, jako oczywistej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, przyjmując prawidłową ilość dokumentacji - 195 840 mb. Zamawiający pomnożył tę ilość przez cenę jednostkową podaną w ofercie wykonawcy w celu otrzymania wartości brutto za dany element usługi.

Izba stwierdziła, że powyższa nieprawidłowość w ofercie Iron Mountain Polska nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przekreślenie przez wykonawcę danych w formularzu ofertowym, z powołaniem się na konkretne wyjaśnienia zamawiającego, nie stanowi omyłki, gdyż jest to niewątpliwie zamierzone i celowe działanie wykonawcy, który zinterpretował treść wyjaśnień zamawiającego i samodzielnie skorygował (w sposób nieprawidłowy) wymaganą w formularzu oferty, określoną przez zamawiającego, ilość dokumentacji.

W odniesieniu do wskazanej powyżej niezgodności nie można mówić o przymocie oczywistości. Omyłka oczywista to taka, której charakter przypadkowy, niezamierzony, jest dostrzegalny na pierwszy rzut oka, bez potrzeby wykonania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Oczywista omyłka de facto nie zmienia treści oświadczenia wykonawcy, a jej poprawienie

polega na jedynie formalnym doprowadzeniu treści oświadczenia do prawidłowego brzmienia. Oczywista omyłka może polegać np. na błędnym wpisaniu cyfr ale nie może polegać na przekreśleniu liczby podanej drukiem i wpisaniu pod spodem innej liczby. Oczywistą omyłkę może poprawić zamawiający samodzielnie, tj. bez ingerencji i wyjaśnienia ze strony wykonawcy w przeciwieństwie do błędu popełnionego w wyniku zamierzonego i świadomego działania wykonawcy.

Nie można także mówić w tym przypadku o omyłce rachunkowej, gdyż w odniesieniu do ilości mb. dokumentacji podanej w formularzu oferty przez zamawiającego, nie były wymagane żadne rachunki ani obliczenia. Należało przyjąć do wyceny w ofercie ilość jednoznacznie określoną przez zamawiającego, która nie wymagała żadnych obliczeń.

Wykonawca, wbrew wymaganiom zamawiającego, dokonał samodzielnie przeliczenia i skorygowania ilości wymaganej przez zamawiającego, co jest niedopuszczalną modyfikacją przez wykonawcę oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganej przez zamawiającego ilości, która służyła, jak słusznie zauważył zamawiający – porównaniu ofert. Tym samym oferta Iron Mountain Polska, na skutek zmiany ilości w poz. 2 tabeli oferty, stała się nieporównywalna z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Jednocześnie należy zauważyć, że zamierzone działanie wykonawcy, nie może podlegać poprawie przez zamawiającego bez uzyskania od wykonawcy dodatkowego potwierdzenia, że błędnie zinterpretował wyjaśnienia treści siwz i przyjął w ofercie błędną ilość mb. dokumentacji. Konieczność uzyskania przez zamawiającego takiego oświadczenia od wykonawcy uniemożliwia dokonanie poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 (wykorzystanym przez zamawiającego), jak również w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany treści oferty. Z powyższych względów należało uznać, że zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawy treści oferty Iron Mountain Polska, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto, w kolumnie 2 tabeli formularza ofertowego (Elementy usługi) w poz. 3 i 6 przy opisie elementów usługi w formularzu ofertowym, Iron Mountain Polska wprowadził przypisy nr 3 i 4, które zawierają przyjęte przez wykonawcę założenia dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia oraz jego wyceny w ofercie.

Przypis nr [3] brzmi: „fizyczne przejęcie dokumentacji w placówkach PGE będzie potwierdzane ilościowo, następnie rejestrowane jednym indeksem w siedzibie Wykonawcy.”

Przypis nr [4] brzmi: „wraz ze skanowaniem dokumentacji w rozdzielczości 300 dpi B&W, opisaniem jednym indeksem i złożeniem każdej jednostki archiwizacyjnej do koperty zgodnie z wymaganiami siwz. Istnieje możliwość łączenia transportów Wykonawcy dotyczących dokumentacji bieżącej z archiwalnymi”.

Strony postępowania zgodnie wskazywały, że zamawiający w siwz nie

określił dokładnie iloma indeksami powinna być rejestrowana dokumentacja. W wielu miejscach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarte zostały postanowienia, z których wynika wymóg rejestracji dokumentacji wieloma indeksami, na co wskazują przywołane przez odwołującego w odwołaniu postanowienia siwz zawarte w opisie przedmiotu zamówienia - pkt 1.1. gdzie zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje usługę, na którą składa się: przekazanie przez zamawiającego i przejęcie przez wykonawcę Jednostek Dokumentacji archiwalnej z lokalizacji zamawiającego oraz cykliczny odbiór Dokumentacji bieżącej przekazywanej przez placówki obsługi klienta zamawiającego z lokalizacji wskazanych przez zamawiającego, jej Usystematyzowanie, zabezpieczenie dokumentacji przed zniszczeniem i jej archiwizacja. W Słowniku używanych terminów, pojęć i definicji - lit. x) str. 5 siwz zamawiający wskazał, że przez „usystematyzowanie dokumentacji” należy rozumieć „rejestrację dokumentacji w kartotece wraz z przypisaniem indeksów (zgodnych z indeksami zawartymi w przyjętym katalogu)”. W Słowniku używanych terminów, pojęć i definicji - lit. bb) str. 6 siwz zamawiający zdefiniował Katalog dokumentów archiwalnych, który należy rozumieć jako „wykaz typów dokumentów występujących w kartotece wraz z przypisanym im zestawem atrybutów (indeksów, metryk) stosowanych przez zamawiającego w dokumentach składających się na jednostkę dokumentacji (numer Oddziału, znacznik BOK, dane klienta, numer umowy, adres PPE, kategoria archiwalna dokumentacji, numer identyfikacyjny, jej aktualny Status, indeks skanu dokumentu, identyfikator i dane lokalizacyjne pudła archiwizacyjnego, wraz [...]). W Słowniku używanych terminów, pojęć i definicji lit. cc) na str. 6 siwz, zamawiający wskazał, że „Kartotekę dokumentów archiwalnych” należy rozumieć jako wykaz (ewidencję) Jednostek dokumentacji przekazanych do Archiwum prowadzonego przez wykonawcę, wraz z atrybutami usystematyzowanymi, zgodnie z Katalogiem Dokumentów. Zamawiający wskazał także, że „każdy obiekt w kartotece (fizyczny/cyfrowy) otrzymuje unikalny identyfikator oraz zbiór indeksów”. Zgodnie zatem z siwz (Słownik używanych terminów, pojęć i definicji - lit. bb) str. 6 „Katalog dokumentów archiwalnych”) dokumentacja zostanie skatalogowana wg. typów dokumentów występujących w kartotece wraz z przypisanym im zestawem atrybutów (indeksów, metryk) stosowanych w dokumentach składających się na jednostkę dokumentacji (numer Oddziału, znacznik BOK, dane klienta, numer umowy, adres PPE, kategoria archiwalna dokumentacji, numer identyfikacyjny, jej aktualny Status, indeks skarm dokumentu, identyfikator i dane lokalizacyjne pudła archiwizacyjnego). Powyższe potwierdza, że Jednostka Dokumentacji posiadać będzie wiele indeksów, a w przypadku braków w wykazie indeksów wykonawca będzie zobowiązany do ręcznego wprowadzenia brakujących indeksów. Potwierdzają powyższe odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 1 z dn. 28 maja 2014 r. oraz nr 67 z dnia 20 maja 2014 r., podobnie jak i odpowiedź na pytanie nr 13 z dnia 26.05.2014 r., w której zamawiający wskazał, że „Zamawiający dostarczy

elektroniczny wykaz posiadanej dokumentacji (część dokumentacji może nie być ujęta w wykazie). Dokładny wykaz indeksów Wykonawca i Zamawiający uzgodnią na 1 Etapie realizacji przedmiotu umowy."

Słuszne jest zatem stanowisko odwołującego, iż zamawiający wskazał w siwz wyraźnie, że przekazany wykaz Jednostek Dokumentacji archiwalnej będzie wymagał ręcznego wprowadzania indeksów tak, aby uzupełnione zostały wszystkie wymagane indeksy. Na obecnym etapie (składania ofert) nie jest znana dokładna ani nawet przybliżona ilość indeksów, które będzie należało wprowadzić w ramach usystematyzowania dokumentacji. Założenie jednak, że dla każdego dokumentu wystarczające będzie wprowadzenie jednego indeksu jest wprost sprzeczne z treścią siwz.

W przypadku zastrzeżeń złożonych przez Iron Mountain Polska w ofercie w formie przypisów do elementów usługi z pozycji 3 i 6 tabeli należy przyjąć, że wykonawca zapowiedział sposób opisu dokumentacji przejmowanej od zamawiającego jednym indeksem. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom przystępującego, że powyższe przypisy dotyczą oznaczania odbieranej dokumentacji w siedzibie zamawiającego, gdyż jest to wprost sprzeczne z literalną treścią poczynionych przez wykonawcę zastrzeżeń. Izba nie uwzględniła także wyjaśnień przystępującego, iż użyte w ww. przypisach określenie „indeks” zostało wykorzystane w innym znaczeniu niż znaczenie, którym posłużył się zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, a zatem te terminy nie mogą być utożsamiane. Zdaniem Izby profesjonalny wykonawca powinien dołożyć należytych starań, aby nie formułować w ofercie treści w sposób dwuznaczny i niezrozumiały w kontekście wymagań konkretnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia przystępującego w powyższym zakresie nie są spójne. W piśmie procesowym z dnia 10 października 2014 r. przystępujący wyjaśnił, że wykonawca w świetle postanowień siwz, mógł zaproponować zamawiającemu opisanie dokumentacji dowolną ilością indeksów, co oznacza, że również – jednym indeksem. Izba nie podzieliła tego twierdzenia przystępującego. W świetle postanowień siwz, wykonawcy nie mieli podstaw, aby na etapie składania ofert wprowadzić swoje założenia odnośnie sposobu opisu dokumentacji, co jak wykazano powyżej, miało podlegać opracowaniu przez wykonawcę w uzgodnieniu z zamawiającym w ramach I Etapu realizacji zamówienia, a następnie akceptacji przez zamawiającego.

Należy przy tym zauważyć, że wprowadzone zmiany w ofercie mogły mieć wpływ na zmniejszenie ceny oferty. Wprowadzając zastrzeżenie w formularzu ofertowym Iron Mountain Polska wycenił w swojej ofercie mniejszy niż wymagany zakres świadczenia. Odwołujący wykazał, że taki wpływ jest możliwy, nie wykazał jednak, że powyższe ograniczenie skutkowało w taki sposób, że cena tej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do wezwania wykonawcy Iron Mountain Polska do wyjaśnienia treści oferty zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty Iron Mountain Polska Sp. z o.o. W piśmie z dnia 24 czerwca 2014 r. skierowanym do Iron Mountain Polska zamawiający, wzywając do wyjaśnienia treści oferty w omówionym powyżej zakresie zasugerował wprost odpowiedź wykonawcy. Zamawiający poprosił o potwierdzenie, czy za prawidłowe należy rozumieć, że podane w ofercie z dnia 30.05.2014r. zastrzeżenia w formie przypisów nie stanowią zawężenia zakresu przedmiotu zamówienia określonego w siwz, czy też stanowią jedynie doprecyzowanie sposobu świadczenia usługi.

Wykonawca odpowiedział, potwierdzając jedną z opcji – przyjmując, że „wstępne doprecyzowanie sposobu świadczenia usługi” jest bardziej korzystne w kontekście oceny zgodności treści oferty z siwz. Wyjaśnienia te zostały podane w dokumencie wraz z wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia z dnia 26 czerwca 2014 r. zostały zastrzeżone w całości przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie zostały udostępnione pozostałym wykonawcom. Nieudostępnienie tych wyjaśnień przez zamawiającego jest działaniem nieuzasadnionym, gdyż dotyczą jawnej treści oferty, które stanowi ewidentne naruszenie art 8 ust 1-3 w zw. z art 96 ust 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Zauważyć również należy, że zarówno ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia jak i wstępne doprecyzowanie sposobu świadczenia usługi w ofercie w warunkach niniejszego postępowania stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz. Ograniczenie przedmiotu zamówienia jest w sposób oczywisty zaoferowaniem przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Doprecyzowanie sposobu świadczenia usługi na etapie składania ofert stanowi w przedmiotowym postępowaniu niezgodność z siwz, ponieważ zastrzeżenia poczynione przez wykonawcę w ofercie w przypisach nr 3 i 4 dotyczą sposobu wykonania zamówienia opisanego przez zamawiającego jako I Etap realizacji. Jak jednoznacznie wynika z treści siwz, co nie było kwestionowane przez przystępującego ani zamawiającego, prace wykonane w ramach I Etapu realizacji zamówienia wymagały uzgodnień z zamawiającym i akceptacji zamawiającego. Z tego względu „doprecyzowanie” przez wykonawcę w ofercie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, które ma nastąpić dopiero na I Etapie realizacji zamówienia, stanowi niezgodność z wymaganiami specyfikacji. Wykonawca dokonał w ofercie zmiany warunków realizacji zamówienia, które zamawiający określił w siwz, a tym samym dokonał zawężenia w ofercie sposobu realizacji zamówienia, bez akceptacji zamawiającego, która to akceptacja jest wymagana wobec wszelkich propozycji wykonawcy co do sposobu świadczenia usługi, przewidzianej na I Etapie realizacji usługi. Zamawiający zawarł w siwz postanowienia, które jednoznacznie ustanawiają

określoną procedurę doprecyzowania sposobu realizacji usługi. Oferta odwołującego zawiera zmianę w stosunku do wymagań siwz. W oparciu o przepis art. 68 k.c. należałoby tę ofertę rozumieć jako nową ofertę. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych takie odstępstwo od postanowień siwz stanowi jednak niezgodność treści oferty z treścią siwz, która powoduje odrzucenie oferty.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, poprzez zaniechane odrzucenia oferty złożonej przez Iron Mountain Polska sp. z o.o.

Faktem jest, że zaoferowana przez Iron Mountain Polska cena jest znacząco niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jest niższa od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Cena oferty Iron Mountain Polska stanowi zaledwie ok. 52% wartości zamówienia oraz 58% w stosunku średniej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Powyższe wskaźniki arytmetyczne nie mogą stanowić jednak wystarczającej podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Stanowią one jedynie uzasadnienie do wyjaśnienia wątpliwości co do rzetelności ceny oferty oraz wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ i uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób, i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalając na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych, niewiarygodna i nierzetelna w porównaniu do cen występujących na danym rynku.

Wyjaśnienia złożone przez Iron Mountain Polska w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał powyższe zastrzeżenie za skuteczne, wobec czego nie udostępnił tych wyjaśnień pozostałym wykonawcom, w tym odwołującemu. W ocenie Izby, brak tej wiedzy w znacznym stopniu uniemożliwił odwołującemu odniesienie się do argumentacji przystępującego podniesionej w omawianym zakresie. Z tego też względu Izba nie mogła odnieść się w niniejszym uzasadnieniu w sposób szczegółowy do treści ww. wyjaśnień. Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia zasadności zarzutów, na tym etapie nie wykazał, że zaoferowana przez Iron Mountain Polska cena jest ceną rażąco niską, tj. ceną nierealną uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia w świetle udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień z dnia 17 i 26 czerwca 2014 r. oraz 9 lipca 2014 r. Na skutek wezwań zamawiającego wykonawca przedstawił kalkulację ceny oferty w pozycji nr 3 formularza oferty, która została uznana przez zamawiającego za rzetelną i realną.

Odwołujący nie wykazał również, jak już nadmieniono powyżej, w jakim stopniu przyjęcie przez Iron Mountain Polska do kalkulacji przedmiotu zamówienia założenia opisanego i rejestracji dokumentów do jednego indeksu, miało wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej. Odwołujący przedstawił jedynie poglądowo, że taki wpływ występuje proporcjonalnie do ilości oznaczeń dokumentacji za pomocą indeksów. W ofercie należało bowiem wycenić ryzyko związane z ilością indeksów, które wymagały wprowadzenia przez wykonawcę.

Izba stwierdziła natomiast naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 90 ust 1 Pzp, poprzez kilkakrotne wzywianie wykonawcy Iron Mountain Polska sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powoduje przesunięcie na wykonawcę ciężaru dowodu, na okoliczność, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dlatego zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do momentu, gdy wykonawca wykaże, że cena nie jest rażąco niska. Przepis, co prawda nie ogranicza ilości możliwych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jednak zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione – nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami. Wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty.

Zatem w przypadku, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień. Zamawiający może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchylił się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.

Zważywszy, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę do wyjaśnienia kalkulacji pozycji nr 3 tabeli zawierającej elementy kalkulacyjne oferty, należało uznać, że zamawiający wykroczył poza normę art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę brak wykazania przez odwołującego, że cena oferty Iron Mountain Polska jest rażąco niska, Izba nie znalazła postaw do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji(Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Iron Mountain Polska sp. z o.o., pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu odwołującemu dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia.

Zgodnie z ww. przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący nie udowodnił faktu zaoferowania przez Iron Mountain Polska ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi, a tym bardziej nie udowodnił faktu, że przystępujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu miał na celu wyeliminowanie odwołującego z rynku.

Potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art 96 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy Iron Mountain Polska do złożenia wyjaśnień oraz odtajnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie Iron Mountain Polska, jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę w toku postępowania, w tym w sprawie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną w art. 8 ust. 1 Pzp. Zgodnie z ww. przepisem, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy traktować jako wyjątek od zasady jawności postępowania. Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek zweryfikować zasadność utajnienia przez wykonawcę treści oferty, a także dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Iron Mountain Polska zastrzegł w ofercie dokument – Załącznik nr 3 oraz w toku postępowania wyjaśnienia, w tym w zakresie treści oferty oraz w zakresie rażąco niskiej ceny, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyjaśnienia zasadności dokonanego zastrzeżenia. Pomimo, że informacje te w znacznej części nie

stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co nawet przy powierzchownej analizie treści dokumentów, nie budzi wątpliwości, zamawiający nie dokonał badania tych dokumentów. Zamawiający był zobowiązany takiego badania dokonać, wezwać wykonawcę do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia oraz odtajnić informacje, które nie spełniają przesłanek art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaniechanie tych czynności prowadzi wprost do zachwiania zasady uczciwej konkurencji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla również, że nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest akceptowanie działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba nie nakazywała zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie oraz w konsekwencji odtajnienia zastrzeżonych dokumentów, po dokonaniu przez zamawiającego rzetelnej ich oceny, ponieważ oferta Iron Mountain Polska i tak podlega odrzuceniu z innych przyczyn, które wskazano powyżej w niniejszym uzasadnieniu.

W konsekwencji stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp w toku postępowania Izba uznała za w pełni uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W okolicznościach tej sprawy zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny oferty wykonawcy Iron Mountain Polska, dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....