

Sygn. akt KIO 456/16

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2016 r. przez wykonawcę **SoftData sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Towarowa 35/44, 00-869 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Damovo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 456/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę SoftData sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Towarowa 35/44, 00-869 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SoftData sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Towarowa 35/44, 00-869 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi opieki utrzymaniowej oraz serwisowej systemu Centrum Obsługi Telefonicznej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 listopada 2015 r., nr 2015/S 218-398043.

W dniu 21 marca 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę SoftData Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Damovo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Damovo”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 30 marca 2016 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 30 marca 2016 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp:

1. czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Damovo jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta złożona przez tego wykonawcę Damovo powinna zostać odrzucona,
2. czynności zamawiającego polegającej na uznaniu wyjaśnień wykonawcy Damovo w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jako mających potwierdzać, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Damovo pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Damovo, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, w szczególności czyn określony w art. 3 ust. 1 oraz wart. 15 ust. 1 pkt 5 przejawiający się w wyborze oferty wykonawcy Damovo, która jest sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami oraz narusza interes odwołującego oraz zamawiającego, a dodatkowo wykonawca Damovo utrudnia odwołującemu w sposób nieuprawniony dostęp do rynku, w szczególności rynku zamówień publicznych,

5. zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
6. zaniechania czynności odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Damovo dotyczących zaferowanej ceny oferty, zastrzeżonych przez Damovo, jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo iż wykonawca Damovo nie potwierdził istnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które dawałyby możliwość uznania złożonych wyjaśnień za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy Damovo niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
2. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z wyłączeniem zasady jawności pomimo braku przesłanek ku temu przejawiające się w zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień wykonawcą Damovo dotyczących zaferowanej ceny, które nie zawierały informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechania uzyskania wyjaśnień dotyczących przyczyn utajnienia złożonych przez wykonawcę Damovo wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokości zaferowanej ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Damovo pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że oferta wykonawcy Damovo nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Damovo,
5. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie wyjaśnień wykonawcy Damovo za potwierdzające, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Damovo,
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadniony wybór oferty wykonawcy Damovo jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. wykonanie czynności odtajnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Damovo w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, w szczególności w zakresie kalkulacji ceny,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Damovo jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. dokonanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Damovo,
4. dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie nieuprawnionego uznania wyjaśnień wykonawcy Damovo, jako potwierdzających, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska, a także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Damovo z racji na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł m.in., że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wezwawszy w dniu 8 stycznia 2016 r. wykonawcę Damovo na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, dokonał ich oceny w sposób, który narusza art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, który odrzucił ofertę wykonawcy ITC powołując się na fakt, iż zaoferowana cena „w żadnym wypadku nie może pokryć kosztów serwisu sprzętu oraz kosztów wsparcia producenta dla oprogramowania standardowego ININ wskazanego w SIWZ”, jednocześnie nie odrzucił na tej podstawie drugiej z ofert zawierających rażąco niską ceną - tj. oferty wykonawcy Damovo, pomimo, że również cena zaoferowana przez wykonawcę Damovo nie pozwala na pokrycie przedmiotowych kosztów serwisu sprzętu i wsparcia producenta dla oprogramowania standardowego powiększonych o koszty, których poniesienie przez wykonawcę będzie niezbędne w celu świadczenia usług opieki serwisowej dla Systemu COT w okresie 36 miesięcy, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ (Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż do oprogramowania standardowego, zgodnie z modyfikacją SIWZ dokonaną przez zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w dniu 17 grudnia 2015r., należy nie tylko ww. oprogramowanie ININ, ale także oprogramowanie produkowane przez Microsoft i Red Hat, a zatem one również powinny być objęte wsparciem producentów, co ma wpływ na kalkulacje oferowanej ceny.).

Punktem odniesienia dla uznania ceny zaoferowanej przez wykonawcę Damovo za rażąco niską, oprócz ustawowych kryteriów w postaci relacji do szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu - powinny być w szczególności ceny rynkowe określonych komponentów przedmiotu zamówienia, tj. aktualne ceny oferowane przez dostawców produktów składających się na

ów przedmiot. Doświadczenie, którym dysponuje odwołujący w odniesieniu do realizacji przedmiotu postępowania u zamawiającego, uzyskane w poprzednim okresie (a zdobywane w ramach usług realizowanych z udziałem kilku kolejnych osób prawnych od roku 2011 do grudnia 2015r.) przekłada się na precyzję kalkulacji wykonanej w celu wyceny oferty. Cena zaoferowana przez odwołującego wobec aktualnych cen rynkowych komponentów przedmiotu zamówienia stanowi już absolutne minimum. Przyznaje to pośrednio sam zamawiający, który oszacował wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę 12 054 000 złotych brutto.

Zamawiający, który posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie zdobyte w toku budowy i utrzymania przedmiotowego systemu COT - dokonał określenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, uwzględniający wszystkie koszty, które musi ponieść wykonawca przedmiotu tego zamówienia oraz jego niezbędne i godziwe wynagrodzenie za należyte i profesjonalne wykonanie.

Wybór takiej oferty, z ceną tak nierealistyczną i nieadekwatną do zakresu i kosztów świadczeń wymaganych na gruncie SIWZ w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia, może także istotnie naruszyć interes i wiarygodność samego zamawiającego. Zakup świadczeń za cenę, która nie pozwala zagwarantować uzyskania ich na odpowiednim poziomie może skutkować w przyszłości powstaniem niebezpieczeństwa dla poprawnego funkcjonowania budowanego przez niemal pięć lat systemu i w efekcie utratą zainwestowanych w to przedsięwzięcie środków publicznych.

Odnosnie zarzutu nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Damovo, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł m.in., iż wykonawca Damovo oferując cenę na wskazanym poziomie dopuścił się również wzmiankowanego już czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oferta wykonawcy Damovo narusza art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust.1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca ten poprzez swoją ofertę cenową powoduje powstanie stanu zagrożenia dla interesów innych przedsiębiorców, w tym szczególnie odwołującego (jako oferenta, który złożył ofertę opartą na realistycznej kalkulacji), utrudniając tym podmiotom dostęp do rynku oraz dla interesów samego zamawiającego, który może ponieść w jej wyniku uszczerbek na swoich dobrach. Działań wykonawcy Damovo nie można, zatem uznać za zgodne z prawem i dobrymi obyczajami. Służą one wyłącznie bezprawnemu, tj. opartemu na nierzetelnej kalkulacji skutkującej zaoferowaniem rażąco niskiej ceny - uzyskaniu zamówienia publicznego oraz utrudnieniu odwołującemu dostępu do rynku w szczególności rynku zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Damovo dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny odwołujący

podniósł, iż wykonawca Damovo w nieuprawniony sposób dokonał zastrzeżenia jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa swoich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 8 stycznia 2016 r. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować dowolności działań wykonawców w tym zakresie. Jednocześnie zamawiający zaniechał uzyskania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy Damovo wskazujących na przesłanki uprawniające do zastrzeżenia treści pisma wyjaśniającego w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W dniu 31 marca 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca Damovo otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 4 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Damovo zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nieuprawnionego uznania wyjaśnień wykonawcy Damovo jako potwierdzających, iż zaoferowana przez wykonawcę Damovo cena nie jest rażąco niska oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Damovo z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z akt postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 13.783.739,84 zł, – druk ZP-PN Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (strona 1).

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 12.054.000,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono 5 ofert, a ich ceny były następujące: oferta nr 1 złożona przez wykonawcę HENWAR Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie - 14.736.384,00 zł brutto; oferta nr 2 złożona przez wykonawcę Damovo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - 5.490.720,00 zł brutto; oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie - 13.771.080,00 zł brutto; oferta nr 4 złożona przez wykonawcę Softdata Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - 8.603.825,40 zł brutto oraz oferta nr 5 złożona przez wykonawcę ITC S.A. z siedzibą w Warszawie - 3.376.800,00 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 8 stycznia 2016 r., wezwał wykonawcę Damovo do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wykonawca Damovo, odpowiadając na powyższe (pismem z dnia 13 stycznia 2016 r.) złożył wyjaśnienia, wskazując przy tym, że informacje te wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W tym stanie faktycznym, co jest niewątpliwe, zaistniały okoliczności do obligatoryjnego wezwania wykonawcy Damovo do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca Damovo został wezwany do ich złożenia i w terminie wyznaczonym przez zamawiającego je złożył. Złożone przez niego wyjaśnienia zawierają m.in. szczegółową kalkulację cenową, w której wykonawca ten zawarł ceny tych elementów, na które dopiero w toku rozprawy (jako te, których wykonawca Damovo nie uwzględnił, kalkulując cenę oferty) wskazywał odwołujący. Brak tych elementów rzeczywiście był podstawą odrzucenia oferty wykonawcy ITC. Nie oznacza to jednak, że elementy te nie zostały uwzględnione w cenie oferty wykonawcy Damovo. Elementy, których w swej wycenie nie ujął wykonawca ITC znajdują się bowiem w kalkulacji przedstawionej przez wykonawcę Damovo. I tak koszty serwisu sprzętu wykonawca zawarł w tabeli nr 1 na stronie 2 złożonych

wyjaśnień oraz tabeli nr 2 na stronie 3, pracochłonności w tabeli nr 4 na stronie 3 a koszty wsparcia dla oprogramowań standardowych w tabeli nr 3 na stronie 3 wyjaśnień. W treści złożonych wyjaśnień wykonawca Damovo nie tylko przedstawił kalkulacje kosztowe w postaci tabel, ale omówił także podane w tabelach koszty poszczególnych pozycji w nich wyspecyfikowanych.

Kalkulacja ta jest przy tym bardziej szczegółowa, niż kalkulacja cenowa odwołującego, do której wykonawca ten się odwoływał, wskazując, iż stanowi ona wzór szczegółowości i prawidłowości jej sporządzenia. Odwołujący wykonywał bowiem na rzecz tego zamawiającego, w ramach podwykonawstwa, zakres zamówienia objęty przedmiotem tego postępowania. Dlatego też uważa, że jego wycena stanowi już niezbędne minimum poniżej, którego nie jest możliwe prawidłowe zrealizowanie zamówienia. Niemniej jednak, jak wynika, nie tylko z oświadczeń złożonych przez wykonawcę Damovo podczas rozprawy, ale przede wszystkim z treści jego wyjaśnień oraz załączników do tych wyjaśnień wykonawca ten posiada doświadczenie w realizacji usług bardzo zbliżonych do usługi będącej przedmiotem tego zamówienia. Na tę okoliczność przedstawił szereg usług zrealizowanych na rzecz wyspecyfikowanych w wyjaśnieniach podmiotów prywatnych. Ma więc wiedzę na temat tego co jest przedmiotem zamówienia i jakie elementy należało uwzględnić w cenie oferty. Zarzut odwołania nie dotyczy jednak braku doświadczenia czy też braku wykazania doświadczenia, ale rażąco niskiej ceny i to na tę okoliczność argumenty i dowody powinny być przedstawione. Tymczasem odwołujący, jak słusznie podniósł zamawiający, nie podjął jakiegokolwiek próby wykazania rzeczywistych kosztów realizacji tego zamówienia, chociażby wskazując szacowane przez siebie koszty i pracochłonność tego zamówienia. Przeciwnie ograniczył się jedynie do odniesienia ceny oferty wykonawcy Damovo do ceny swojej oferty oraz ceny oferty wykonawcy ITC i cen ofert innych wykonawców. Także w toku rozprawy nie podjął polemiki z argumentami przedstawionymi przez wykonawcę Damovo w treści przystąpienia a dotyczącymi ceny (m.in. możliwości obniżenia kosztów, cen rynkowych wskazanych przykładowo telefonów). Odnosił się wyłącznie do doświadczenia zdobytego przez tego wykonawcę w trakcie usługi wykonywanej na rzecz GUS, próbując wykazać, że brak doświadczenia spowodował zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nie sposób się z tym zgodzić. Wykonawca ten, jak już wyżej wskazano, wykazał fakt posiadania doświadczenia. Natomiast odwołanie w treści przystąpienia do usługi realizowanej na rzecz GUS miało jedynie na celu, jak zresztą podkreślał przystępujący (wykonawca Damovo) w toku rozprawy, jedynie wskazanie, że w tamtym postępowaniu, postępowaniu o zbliżonym przedmiocie zamówienia ceny były skalkulowane na zbliżonym poziomie. Reasumując stwierdzić należy, że to wykonawca Damovo wykazał, że cena jego oferty jest ceną realną i prawidłowo skalkulowaną. Natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów na okoliczność tego, że tak nie jest. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Damovo, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Uszczegółowienie tej zasady zawiera art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym 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. Tak więc dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym jest wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, o ile to utrudnienie ma na celu eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki te muszą wystąpić kumulatywnie.

W tym postępowaniu – jak podniósł odwołujący - wykonawca Damovo poprzez swoją ofertę cenową powoduje powstanie stanu zagrożenia dla interesów innych przedsiębiorców, w tym szczególnie odwołującego (jako oferenta, który złożył ofertę opartą na realistycznej kalkulacji), utrudniając tym podmiotom dostęp do rynku oraz zagrożenie dla interesów samego zamawiającego, który może ponieść w jej wyniku uszczerbek na swoich dobrach. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną, a za taką uznał ofertę wykonawcy Damovo, stanowi zagrożenie dla interesów innych przedsiębiorców, w tym odwołującego, ale również dla interesów zamawiającego. A ponieważ zarzut złożenia przez wykonawcę Damovo oferty z rażąco niską ceną nie potwierdził się, tym samym także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za niezasadny. Odwołujący nie wykazał bowiem zaistnienia przesłanek niezbędnych dla przyjęcia, iż złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia i utrudnia dostęp innym wykonawcom do rynku. Samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza wskazany przepis ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. Tymczasem odwołujący, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 k.c., nie wykazał popełnienia przez wykonawcę Damovo

czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Damovo dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Damovo, składając wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, podał, że informacje te wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca ten w sposób nieuprawniony zastrzegł wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to więc, że wykonawca nie później niż w terminie wskazanym w tym przepisie (terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zobowiązany jest wykazać zasadność zastrzeżenia wyłącznie dokumentów składanych wraz z oferta bądź wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca w tym terminie (nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) – wbrew twierdzeniom odwołującego – nie może zastrzec informacji, do podania których został wezwany przez zamawiającego dopiero po złożeniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie można bowiem zastrzec nieznanego zakresu informacji, a więc czegoś, czego się jeszcze nie podało. Jeśli więc wykonawca zastrzega, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, określone informacje zawarte w dokumentach lub oświadczeniach składanych po otwarciu ofert lub po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu to wówczas dopiero, w tym właśnie dokumencie lub oświadczeniu lub wraz z tym dokumentem lub oświadczeniem, powinno się znaleźć stosowne zastrzeżenie o objęciu zawartych w nich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Skoro wykonawca Damovo, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, złożył (pismem z dnia 13 stycznia 2016 r.) wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, zastrzegł w ich treści, że informacje te wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to zastrzeżenie to zostało złożone w terminie przewidzianym na jego złożenie. Jest więc skutecznie złożone.

Wobec powyższego ustalić należy czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać taką informację, która spełnia łącznie trzy warunki, tj.: jest informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inną posiadającą wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Informacje zawarte w treści złożonych przez wykonawcę Damovo wyjaśnień stanowią szczegółową kalkulację zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. Tymczasem „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Kalkulacja cenowa złożona przez wykonawcę Damovo powstała na potrzeby tego postępowania, a wykonawca ten wykazał, iż informacje te mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i podjął stosowne działania celem zachowania ich poufności. (podobnie: wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 228/11; wyrok KIO z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 175/13). Tym samym Izba stwierdziła, iż na skutek wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, brak jest podstaw do odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Damovo.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Są to bowiem informacje, które są podawane wykonawcom podczas otwarcia ofert. Niemniej jednak „wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, choć stanowią informacje dotyczące ceny nie mogą być kwalifikowane do okoliczności wymienionych w hipotezie normy, o której mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. (...) wskazany przepis odnosi się do etapu otwarcia ofert i tym samym do informacji zawartych w ofertach” (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r., KIO 1243/11).

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: