

WYROK
z dnia 3 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Młacka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2018 r. przez Odwołującego: Polcom Spółka Akcyjna z siedzibą w Skawinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Województwo Małopolskie

przy udziale wykonawcy: Infomex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 zdanie drugie ww. ustawy oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsięwzięcia przez wykonawcę Infomex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny zawartych w piśmie z dnia 25 października 2018 r. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Krakowie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Małopolskie („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługi kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM(dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 148 - 338974.

I. W dniu 16 listopada 2018 r. Odwołujący - Polcom Spółka Akcyjna z siedzibą w Skawinie („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na:

1. niezgodną z przepisami ustawy Pzp oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) czynność oceny i badania ofert;
2. niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Infomex Sp. z o.o. (dalej „Infomex”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;

- 3.zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Infomex jako niejawnych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp (dalej „Wyjaśnienia RNC”), pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4.jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3 powyżej — zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Infomex nie złożył odpowiednich wyjaśnień - złożone Wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta Infomex zawiera rażąco niską cenę;
- 5.jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej - niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny Wyjaśnień RNC złożonych przez Infomex;
- 6.zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Infomex z Postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
- 7.zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 8.zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- 9.niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na ocenie oferty Infomex, tj. przyznanie ofercie Infomex punktów w kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni”, podczas gdy Infomex nie wykazał dysponowania wskazaną w ofercie serwerownią oraz wskazał, że zrealizuje przedmiot zamówienia bez udziału podwykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1.naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Infomex;
- 2.naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Wyjaśnień RNC złożonych przez Infomex, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Infomex nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w Wyjaśnieniach RNC;
- 3.z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Infomex Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
- 4.z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Infomex nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp;
- 5.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Infomex z Postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 6.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 7.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- 8.naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie Infomex punktów w kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych

w SMWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2.odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 3.odrzucenia oferty Infomex,
- 4.wykluczenia Infomex z Postępowania,
- 5.dokonania ponownej oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

I. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp - zaniechanie udostępnienia dokumentu Wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 22 października 2018 roku wezwał wykonawcę Infomex do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 w terminie do dnia 25 października 2018 roku. Odwołującemu nie udostępniono w/w Wyjaśnień RNC, a jedynie uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności Wyjaśnień RNC. Przedmiotowe uzasadnienie ma 3 strony, zawiera głównie obszernie cytaty z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Ponadto zawiera wyłącznie enigmatyczne odniesienia do „wysokości upustów” oraz „marży”. Odwołujący po zapoznaniu się z uzasadnieniem stwierdza, że Infomex nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC spełniają łącznie wszystkie 3 przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec czego nie doszło do skutecznego zastrzeżenia jawności informacji zawartych w dokumencie Wyjaśnień RNC i dokument ten powinien zostać Odwołującemu udostępniony przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą Pzp. Wynika to wprost z przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym ta właśnie zasada powinna być przede wszystkim brana pod uwagę przy ocenianiu przypadków zastrzegania informacji w toku postępowania. Ponadto objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

- a.ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą,
- b.nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c.podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy dany przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności wyłączona jest możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, którą można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności, gdy informacja jest dostępna w Internecie lub sam przedsiębiorca o niej informował publicznie. Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Infomex zastrzeżenie jawności Wyjaśnień RNC było i jest bezpodstawne. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Infomex zastrzegł nie same informacje, ale cały dokument Wyjaśnień RNC. Już samo to wskazuje, że zastrzeżenie dokonane przez Infomex było nadmierne i nieuzasadnione. Na działania Infomex z naruszeniem prawa wskazuje chociażby fakt, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżono chociażby uzasadnienie zastrzeżenia Wyjaśnień RNC jako tajemnicy przedsiębiorstwa (a jedynie Zamawiający uznał w tej części zastrzeżenie za nieskuteczne). Z całą pewnością takie uzasadnienie nie składa się z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe zachowanie Infomex potwierdza wprost, że celem Infomex nie było chronienie uzasadnionej tajemnicy, ale wyłącznie utrudnianie konkurentom dostępu do złożonych wyjaśnień. Co więcej - Infomex nie wykazał spełnienia się wszystkich w/w przesłanek (o czym dalej). Tymczasem właśnie to wykazanie w obecnym stanie prawnym jest najważniejsze. Otóż w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże stan prawny uległ zmianie poprzez nowelizację przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp. [Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653).] Powyższa zmiana podejścia ustawodawcy do tajemnicy przedsiębiorstwa wielokrotnie była już podkreślana przez Krajową Izbę Odwoławczą, przykładowo w wyrokach: KIO 2446/15, KIO 1646/16, KIO 703/17, KIO 863/17, KIO 1342/17, KIO 154/18, KIO 200/18, KIO 1339/18, KIO 2132/18. Izba wielokrotnie podkreślała, że z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał - a to poprzez udowodnienie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej, aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie. Tymczasem Infomex zawarł w Wyjaśnieniach RNC tylko takie ogólne uzasadnienie, bez dowodów i bez konkretów.

Odwołujący wskazuje, że pomimo odtajnienia części Wyjaśnień RNC przez Zamawiającego, to sama właściwa część Wyjaśnień RNC pozostaje zastrzeżona. Tymczasem zdaniem Odwołującego informacje zamieszczone w Wyjaśnieniach RNC nie realizują łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt: III CZP 74/05, Zamawiający powinien odtajnić całość Wyjaśnień RNC, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Przede wszystkim w uzasadnieniu objęcia tajemnicą Wyjaśnień RNC Infomex nie sprostął ciężarowi dowodu w zakresie kwestii charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez te informacji wartości gospodarczej. Ten istotny i niezbędny element uzasadnienia został przez Infomex całkowicie pominięty. A zatem Infomex nie wykazał de facto gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji. Zgodnie z poglądami judykatury do skuteczności zastrzeżenia musi zostać spełniona taka właśnie przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą, przedsiębiorca musi wykazać, że ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość gospodarczą) - tak Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2014 r., I OSK 2112/13. [Odwołujący powołał się na stanowisko przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniach wyroków wydanych w sprawach KIO 2784/14 oraz KIO 2132/18.] Co więcej - za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro nie została wykazana ta niezbędna przesłanka, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia Wyjaśnień RNC. Przedmiotowe uzasadnienie zawiera jedynie deklaracje, że spełnione są przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże z treści uzasadnienia nie można powziąć wiedzy, które informacje mają wartość gospodarczą i jaka to jest wartość. Nie wskazano też np., w jaki sposób inni przedsiębiorcy mogliby wykorzystywać te informacje ze szkodą dla Infomex. Gdyby uznać tego rodzaju uzasadnienie za wystarczające, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że z zasady można utajać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Infomex nie wykazał też w ogóle, jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. W Wyjaśnieniach RNC ograniczono się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń o „odpowiednich działaniach” czy też „odpowiednim ograniczeniu kręgu pracowników” i zobowiązaniu ich do zachowania wysokości cen, upustów i marży. Odwołujący wskazuje, że takie ogólnikowe twierdzenia nie czynią zadość wymaganiom postawionym przez ustawodawcę w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem zastrzeżenie jawności dokonane przez Infomex jest nieskuteczne. Na niedopuszczalność uznawania takich ogólnikowych uzasadnień za podstawę odmowy udostępnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 roku sygn. akt KIO 1358/18. Na konieczność dołączania dowodów w postaci zobowiązań pracowników wskazała Izba w wyroku z dnia 7 sierpnia 2018 roku sygn. akt KIO 1471/18.

Podsumowując argumentację podniesioną w ramach niniejszego zarzutu Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa został wykazany. Zamawiający nie dokonał minimalnej nawet analizy skuteczności zastrzeżenia, w tym łącznego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazuje na to treść uzasadnienia dla zastrzeżenia jawności Wyjaśnień RNC. W dokumencie tym ani nie odniesiono się do rzeczywistej treści Wyjaśnień RNC, ani też nie wykazano zaistnienia 2 przesłanek formalnych. Tym samym należy przyjąć, że Zamawiający uznał zastrzeżenie jawności za skuteczne wobec samego oświadczenia firmy

Infomex, nie wnikając w ogóle w treść zastrzeżenia. [Odwolujący powołał się na stanowisko przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1358/18.]

II. Naruszenie art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Infomex Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Infomex nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zarzut złożenia nieprawidłowych Wyjaśnień RNC oraz zarzut nieprawidłowej oceny Wyjaśnień RNC przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Infomex, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do Wyjaśnień RNC. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien brać swój początek w Wyjaśnieniach RNC (w treści tych wyjaśnień). W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt I uzasadnienia powyżej, Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu II jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. [Odwolujący powołał się na stanowisko przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniach wyroków: z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17 oraz z dnia 4 września 2017 roku sygn. akt KIO 1713/17.] Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że niniejszy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu I. Odwołujący nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią Wyjaśnień RNC właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia pełnej treści tego dokumentu. Dopiero po udostępnieniu treści Wyjaśnień RNC Odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Podkreślić należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. W przypadku nieuwzględnienia danego dokumentu - a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym Postępowaniu - formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, jest właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony poniesienie podnoszenia takiego zarzutu - przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa - skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

[Następnie Odwołujący wskazał koszty realizacji projektu wynikające z SIWZ, nieuwzględnione jego zdaniem przez Infomex w cenie oferty, a następnie w Wyjaśnieniach RNC, wraz z uzasadnieniem – w odniesieniu do następujących pozycji:

- Kołokacja sprzętu i relokacja w przypadku awarii serwerowni podstawowej,
- Zasilanie,
- Łącza dedykowane światłowodowe,
- Łącza Internetowe,
- Zarządzanie systemami operacyjnymi,
- Zarządzanie bazami danych,
- Monitoring usług sieciowych,
- Zarządzanie sprzętem komputerowym (serwery/macierze/sprzęt sieciowy) oraz serwis pogwarancyjny,
- Zarządzanie uprawnieniami i użytkownikami,
- Zarządzanie wirtualizacją VMware oraz Hyper-V,
- Zarządzanie kopiami bezpieczeństwa,
- Zarządzanie firewall, rekonfiguracje DNS,
- Zarządzanie projektem oraz ochrona danych osobowych.]

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż szacunkowo z wykazanych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia należy wywnioskować, że wartość oferty Infomex jest niższa niż same koszty realizacji przedmiotowego projektu, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Jednocześnie biorąc pod uwagę powyższe założenia koszty projektu powinny się szacować w kwocie 3.579.792 złotych brutto. Odwołujący uważa, że Wyjaśnienia RNC nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty przez Infomex. Wykonawca Infomex nie wskazał żadnych czynników, które nie występują w przypadku Odwołującego, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaką zaoferował Infomex. Z kolei Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy Wyjaśnień RNC, w tym nie dokonał analizy treści oraz - co najważniejsze - nie dokonał oceny Wyjaśnień RNC zgodnie z wymogami przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz samej treści wezwania. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy ustawy Pzp. Wskazywał na to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 roku sygn. akt V Ca 2214/06. Jak wynika z uzyskanej od Zamawiającego informacji Wyjaśnienia RNC obejmują 5 stron tekstu oraz załączniki w postaci

tabel z wyliczeniami (5 stron). Z informacji od Zamawiającego wynika, że do Wyjaśnień nie dołączono ani jednego dowodu. I to pomimo faktu, że Zamawiający w wezwaniu wprost wymagał dołączenia konkretnych dowodów. Na konieczność załączania do wyjaśnień dowodów wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza. [Odwołujący przykładowo powołał się na stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 sierpnia 2017 roku sygn. akt KIO 1702/17.]

Odwołujący wskazuje, że na cenę oferty wpływa szereg kosztów zewnętrznych, odnośnie których Infomex powinien przedstawić dowody - przykładowo należy tutaj wskazać:

- koszty prądu, łączu internetowych, innych mediów;
- koszty ubezpieczenia,
- koszty części zamiennych, niezbędnych do świadczenia usługi serwisowania sprzętu,
- koszty zapewnienia serwerowni zapasowej.

Odwołujący wykazał powyżej, że jednym z istotnych kosztów jest koszt osobowy, tj. koszt zatrudnienia specjalistów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Infomex zobowiązany był złożyć takie wyjaśnienia, w których wykazano i uzasadniono zastosowane stawki kosztów osobowych. W tym celu niezbędne było załączenie do wyjaśnień dowodów w postaci umów o pracę/umów zlecenia członków zespołu, który został przez danego wykonawcę przeznaczony do realizacji zamówienia. Następnie w oparciu o stawki wynagrodzenia wynikające z załączonych umów należało obliczyć koszt osobowy realizacji przedmiotu zamówienia. Brak załączenia takich umów przez Infomex uniemożliwił dokonanie obliczenia rzeczywistych kosztów osobowych realizacji zamówienia, a tym samym sprawdzenie przez Zamawiającego poprawności samego szacowania ceny oferty, jak i rzetelności złożonych Wyjaśnień RNC. Tym samym wszystkie wyliczenia zawarte w Wyjaśnieniach RNC należy uznać za hipotetyczne, oparte na założeniach, a nie na konkretnych dowodach - i jako takie powinny zostać pominięte. [Odwołujący powołał się na stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 roku sygn. akt XXIII Ga 967/16]. Zgodnie z powyższym poglądem Infomex powinien wskazać dla każdego specjalisty konkretną umowę i konkretne koszty, jakie będą ponoszone w związku z jego zatrudnieniem. Z kolei brak takich elementów w wyjaśnieniach stanowi o złożeniu wyjaśnień ogólnikowych, niepopartych dowodami. Powyższe stanowisko Sądu Okręgowego prezentuje także Krajowa Izba Odwoławcza w najnowszych wyrokach - Izba uważa, że w przypadku ofert, gdzie głównym kosztem są koszty osobowe, niezbędne jest przedstawienie przez wykonawcę składającego wyjaśnienia szczegółowych wyliczeń tych kosztów, opartych o konkretne stawki wynagrodzenia. [Odwołujący przykładowo powołał się na stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2017 roku sygn. akt KIO 2039/17.]

III. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Infomex z Postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zamawiający w SIWZ w pkt VI.1.b) jako warunek udziału w Postępowaniu postawił wymóg wykazania się:

- a)co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia: za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się usługę kolokacji minimum dwóch szaf serwerowych z zainstalowanym w nich sprzętem komputerowym;
- b)co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia: za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się usługę serwisu minimum 16 serwerów.

Infomex w Wykazie usług złożonym 2.11.2018 r. w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił między innymi 2 usługi świadczone na rzecz Nabino Sp. o.o. (str. 3), zachowując wzór tabeli określony w Załączniku nr 3 do SIWZ [w odwołaniu przedstawiono ww. tabelę uzupełnioną przez Infomex]. Infomex załączył (str. 6) „List referencyjny” wystawiony przez Nabino Sp. z o.o., z którego wynika, że obie w/w usługi to usługi świadczone przez Infomex w ramach realizacji umowy zawartej przez Zamawiającego ze spółką Nabino Sp. z o.o. Przedmiotowa umowa została zawarta z naruszeniem przepisów prawa i jest wynikiem zмовы przetargowej. Co więcej - także spółka Infomex Sp. z o.o. świadczy na rzecz Zamawiającego usługi z naruszeniem prawa i ze szkodą dla Zamawiającego - otóż Infomex Sp. z o.o. pozyskał realizację 2 kolejnych kontraktów na rzecz Zamawiającego z naruszeniem prawa, w wyniku 2 kolejnych zмов przetargowych. Zostało to stwierdzone przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W dniu 30 maja 2018 roku Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję Nr RKR-3/2018, w której uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i

konsumentów, zawarcie przez Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, Nabino sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Łodzi i ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

Dowód: Decyzja Nr RKR-3/2018 Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 maja 2018 roku

Jak zatem wynika z powyższego Infomex w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu powołał się *de facto* na 2 umowy - umowę zawartą pomiędzy Infomex a Nabino Sp. z o.o. i umowę zawartą pomiędzy Nabino Sp. z o.o. a Zamawiającym. Infomex jest *de facto* wykonawcą w całości tej drugiej umowy, spółka Nabino Sp. z o.o. nie świadczy żadnych usług na rzecz Zamawiającego. Obie w/w umowy zostały zawarte z naruszeniem przepisów prawa. Nie jest zatem możliwe skuteczne nabycie doświadczenia, na które może się powołać Infomex, w wyniku realizacji umowy zawartej czy też realizowanej z naruszeniem prawa. Na niemożność wskazywania na takie usługi celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2276/15, wskazując, że oceniać należy całość stosunków, w tym stosunek pomiędzy Zamawiającym a podmiotem wystawiającym dokument referencyjny. Podkreślić należy, że Infomex wykazał jedynie, że Nabino Sp. z o.o. złożyła oświadczenie, że Infomex należycie realizuje usługi. Natomiast nie podlegało ocenie Zamawiającego, czy umowa ta w ogóle została zawarta w sposób prawidłowy, czy nie jest umową zawartą ze szkodą dla Zamawiającego. Tymczasem także taka okoliczność powinna podlegać badaniu przez Zamawiającego - trudno bowiem uznać, aby wystawienie „Listu referencyjnego” przez podmiot pozostający w zmowie przetargowej z Infomex i dotyczący umowy zawartej z naruszeniem prawa w ogóle realizował wykazanie spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Takie też stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 września 2016 roku, sygn. akt XXIII Ga 345/16: „W ocenie I., nie miało znaczenia dla oceny wykonania usługi, jako niezgodnej z umową podstawową, ewentualne ustalenie, czy umowa o podwykonawstwo została wykonana w sposób prawidłowy.” Jak wynika z powyższego w/w usługa wykonywana przez Infomex na rzecz Zamawiającego, wskazywana przez Infomex celem wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, nie może w ogóle wykazać spełniania warunku udziału w Postępowaniu. A to wobec faktu, że:

- a) usługa wykonywana jest z naruszeniem prawa - zawarcie umów możliwe było wyłącznie w wyniku zawarcia z umowy przetargowej;
- b) usługa wykonywana jest ze szkodą dla Zamawiającego - w wyniku z umowy przetargowej Zamawiający wybrał ofertę Nabino Sp. z o.o. z ceną wyższą;
- c) Infomex wadliwie powołał się na List referencyjny wystawiony przez Nabino Sp. z o.o., podczas gdy prawidłowość wykonania może potwierdzić tylko Zamawiający; przy czym ewentualne potwierdzenie powinno uwzględniać wiedzę Zamawiającego o tym, że Infomex celowo naraził go na szkodę, poprzez zawarcie z umowy przetargowej i doprowadzenie do wyboru oferty droższej.

Na marginesie należy się zastanowić, czym właściwie kierował się Zamawiający, dokonując wyboru oferty Infomex w listopadzie 2018 roku jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy Zamawiający od maja 2018 roku posiada wiedzę, że Infomex już od 2012 roku działa w sposób ciągły (2 z umowy przetargowe w 2 kolejnych postępowaniach) na szkodę Zamawiającego. Powyższe wykazuje, że Infomex nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że Infomex nie może zostać wezwany do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu, zaś jego oferta podlega odrzuceniu z innych przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Wskazanie przez Infomex, iż usługi wykonywane na rzecz Zamawiającego zostały wykonane należycie i wykazują spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, jest jednocześnie podaniem przez Infomex nieprawdziwych informacji, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Infomex podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd odnośnie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a to poprzez wskazanie usługi, która nie potwierdza spełniania warunków udziału w Postępowaniu, gdyż jest świadczona na podstawie umowy zawartej z naruszeniem prawa.

IV. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419) (dalej „UoZNK”). Art. 3 UoZNK określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten w ustępie 1 posługuje się klauzulą generalną, która

wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegł niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, wskutek czego w art. 3 ust. 2 UoZNK wskazał jedynie przykładowo czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji. Przykładowe wyliczenie nie wyklucza tym samym innych, tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., sygn. akt II CSK 44/09, Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2091/16 odniosła się do klauzuli „dobrych obyczajów” i jej rozumienia: „Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie [art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji], wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.” Odwołujący wskazuje, że właśnie z takim przypadkiem działania sprzecznego z dobrymi obyczajami mamy do czynienia w niniejszym Postępowaniu. Otóż ofertę złożył wykonawca Infomex, który uprzednio już 2-krotnie dopuścił się czynu zмовы przetargowej na szkodę Zamawiającego. Co więcej - wykonawca Infomex w celu wykazania spełniania warunków udziału powołuje się na usługi świadczone na rzecz Zamawiającego na podstawie umów zawartych z naruszeniem prawa. A mimo to Zamawiający uznaje ofertę wykonawcy Infomex za najkorzystniejszą i nie chce jednocześnie zauważyć podstaw wykluczenia tego wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty. Jak wynika z dokumentacji Postępowania Zamawiający - pomimo posiadania wiedzy o 2 kolejnych zмовach przetargowych zawieranych przez Infomex na szkodę Zamawiającego kolejno w 2012 i w 2015 roku - w ogóle nie zażądał od Infomex żadnych wyjaśnień w tym zakresie. Powstaje zatem pytanie, czym właściwie kierował się Zamawiający przy ocenie ofert. A może słuszne jest twierdzenie, że Zamawiający de facto nie dokonał oceny ofert, a jedynie wykonał pewne kroki formalne, do których zobowiązała go ustawa Pzp (tj. wystąpienie o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp) i całkowicie bezrefleksyjnie wybrał ofertę Infomex jako najkorzystniejszą. Może jednak wybór Infomex nie był bezrefleksyjny, ale celowy? Może Zamawiający celowo i świadomie wybrał ofertę wykonawcy, który działa na jego szkodę od 2012 roku? Można np. zastanowić się, dlaczego właściwie Zamawiający po wydaniu decyzji przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie odstąpił od umowy z Nabino Sp. z o.o. lub też czemu nie wprowadził do warunków Postępowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że bezprawne działania Infomex naruszają jego interes. Z pewnością także narusza dobre obyczaje okoliczność, że ofertę składa wykonawca, który uprzednio już 2-krotnie dopuścił się zмовы przetargowej, a obecnie celem wykazania warunków udziału w Postępowaniu powołuje się na umowę zawartą z naruszeniem prawa. Odwołujący wskazuje, że z uzasadnienia przedmiotowej decyzji UOKiK wynika, że Infomex potwierdził fakt zawarcia zмовы przetargowej. Potwierdzenie to było co prawda ewentualne, jednakże zdaniem Odwołującego wskazuje ono, że Infomex przyznał, że zawarł zмовы przetargowe, a jedynie wskazuje, że czyn ten przedawnił się: „Dodatkowo Infomex wskazał, że ze względu na charakter zarzucanych mu naruszeń polegających na zмовie przetargowej w trzech różnych przetargach, ewentualne porozumienie ograniczające konkurencję zawierane było każdorazowo przy okazji konkretnego przetargu.”

Dowód: Decyzja Nr RKR-3/2018 Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 maja 2018 roku, str. 4.

V. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w załączniku nr 3 do umowy SLA - Specyfikacja Parametrów w pkt 1 wymaga, aby gwarantowany poziom dostępności systemów w miesiącu był na poziomie 99.99 %. Infomex wskazał w ofercie, że przedmiot zamówienia realizował będzie z wykorzystaniem serwerowni znajdującej się w Żywcu, przy ulicy Wesolej 19B. Jest to serwerownia będąca własnością wykonawcy Infomex. Infomex upublicznia na swojej stronie internetowej informacje o SLA, jakie może zapewnić przedmiotowa serwerownia - tj. SLA na poziomie 99,98%.

Dowód: wydruk ze strony internetowej Infomex

Powyższe wskazuje, że Infomex publicznie podaje maksymalne możliwości techniczne serwerowni oraz że są one sprzeczne z SIWZ. Tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje z wyprzedzeniem (na okoliczność podnoszenia takiej argumentacji przez Zamawiającego czy też Infomex), że jeśli zamiarem Infomex było zapewnienie SLA zgodnego z SIWZ, przewyższającego standardowe SLA oferowane przez Infomex dla swojej serwerowni - Infomex powinien w złożonych Wyjaśnieniach RNC zamieścić stosowne postanowienia w tym zakresie, tj. w jaki sposób zamierza dochować SLA wymagane w SIWZ oraz wskazać koszty podwyższenia SLA. Według Odwołującego w Wyjaśnieniach RNC wykonawca Infomex nie zamieścił żadnych stosownych wyjaśnień ani obliczeń. Odwołujący wskazuje, że Infomex z całą pewnością będzie musiał ponieść koszt

dostosowania serwerowni do wymagań SIWZ. Wyjaśnić należy, że różnica pomiędzy data center oferującym SLA na poziomie 99,98% a data center oferującym SLA na poziomie 99,99% jest bardzo duża. Wynika z to z faktu, że w przypadku data center oferujących SLA na poziomie 99,99% niezbędne jest zdublowanie wszystkich kluczowych komponentów systemów w data center - np. zdublowanie instalacji zasilania czy też klimatyzacji. Zaś przy data center o SLA 99,98% wystarczające jest posiadanie pojedynczych instalacji. Stąd też koszty podniesienia SLA o 0,01% (z 99,98% na 99,99%) są bardzo wysokie, gdyż obejmują wykonanie takich dodatkowych instalacji. Zdaniem Odwołującego jest to koszt minimum 2.000.000 złotych.

VI. Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyznanie ofercie Infomex punktów w kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Infomex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Infomex zadeklarował w ofercie, że oferuje Zamawiającemu drugą serwerownię, tzw. zapasową. Wskazał w Formularzu ofertowym serwerownię znajdującą się w Katowicach, przy ulicy Gospodarczej 12. Przedmiotowa serwerownia nie jest własnością wykonawcy Infomex, lecz stanowi własność podmiotu trzeciego - firmy 3S Data Center.

Dowód: wydruk ze strony 3S Data Center

Tym samym w celu realizacji umowy, w tym w celu uzyskania punktów w kryterium pozacenowym „Zapewnienie drugiej serwerowni”, wykonawca Infomex powołał się na serwerownię firmy trzeciej. Aby wykazać, że rzeczywiście dysponuje taką serwerownią Infomex powinien posiadać zawartą na dzień złożenia ofert odpowiednią umowę, a następnie powinien wskazać w Formularzu ofertowym, że przedmiot zamówienia zrealizuje przy współudziale właściciela 2 serwerowni, tj. firmy 3S Data Center. Tymczasem Infomex wskazał w ofercie, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie. Powoduje to 2 skutki. Po pierwsze Infomex nie wykazał w ofercie, że w ogóle dysponuje tą drugą serwerownią, którą wpisał w ofercie, a zatem nie powinien otrzymać punktów w przedmiotowym kryterium. Po drugie - Infomex podał w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które wpłynęły następnie na ocenę jego oferty. A tym samym Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę Infomex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że Infomex nie może obecnie zmienić oświadczenia złożonego w ofercie, iż zrealizuje przedmiot zamówienia bez udziału podwykonawców. Z kolei korzystanie z serwerowni firmy 3S Data Center zawsze będzie stosunkiem podwykonawstwa, niezależnie od tego, jaką umowę Infomex przedstawiłby w odpowiedzi na niniejszy zarzut. Odwołujący z wyprzedzeniem wskazuje, że nawet, jeśli zostałaby przedstawiona umowa najmu, to specyfika przedmiotu zamówienia uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o serwerownię firmy 3S Data Center tylko w oparciu o umowę najmu. W celu realizacji umowy zgodnie z bardzo restrykcyjnym SLA określonym w SIWZ pracownicy Infomex muszą zarządzać sprzętem znajdującym się w serwerowni 3S Data Center, co wykracza poza najem.

Co więcej - Infomex powinien wskazać w Wyjaśnieniach RNC koszty, jakie są związane ze złożeniem oświadczenia, że dysponuje serwerownią firmy 3S Data Center, w tym co najmniej ofertę podwykonawczą od tej firmy, obejmującą koszty kolokowania w zastępczej serwerowni, na wypadek awarii serwerowni podstawowej. Zdaniem Odwołującego w Wyjaśnieniach RNC Infomex nie zawarł żadnych treści związanych z oparciem realizacji przedmiotu zamówienia o serwerownię należącą do podmiotu trzeciego, w tym nie załączył żadnej oferty od firmy 3S Data Center.

II. Odpowiedź na odwołanie została wniesiona przez Zamawiającego do Prezesa Izby za pomocą środków komunikacji elektronicznej w dniu 27 listopada 2018 r. Stanowisko w sprawie Zamawiający przedstawił również ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, w tym z uwagi na brak po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 19 listopada 2018 r. wykonawca Infomex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pisemne stanowisko w sprawie ww. wykonawca przedstawił w piśmie z dnia 28 listopada 2018 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał)

interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do braku po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 interes w uzyskaniu zamówienia, do którego odwołuje się regulacja art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, może przejawiać się również w ten sposób, iż jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w takim nowym postępowaniu udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tak więc jako interes w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) należy rozumieć nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia w aktualnie prowadzonym postępowaniu, ale także w przyszłym, wszczętym po unieważnieniu obecnego postępowania. W konsekwencji okoliczność, iż cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie stanowi podstawy do uznania, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Infomex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, dokumenty załączone do odwołania, tj. decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 maja 2018 roku Nr RKR-3/2018 (kopia), wydruk ze strony internetowej Infomex, wydruk ze strony 3S Data Center oraz dokumenty złożone przez Przystępującego na rozprawie, tj. oświadczenie dotyczące współpracy w ramach umowy MG/06/05/2016 z dnia 15 maja 2016 roku złożone w dniu 26 listopada 2018 roku w imieniu 3S Data Center S.A. (kopia) oraz dwie pierwsze strony odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Krakowie z dnia 30 maja 2018 r. nr RKR-410-1(34)/17(MŻ) (kopia). Zestawienia kosztów złożone przez Odwołującego na rozprawie zostały przez Izbę potraktowane jako stanowisko własne tej strony.

Izba ustaliła, iż okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu Postępowania, na które powoływały się strony oraz uczestnik postępowania, znajdują potwierdzenie w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp - zaniechanie udostępnienia dokumentu Wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane jest zatem jednocześnie wykazanie przez wykonawcę wystąpienia następujących przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 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.

Ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17: *jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje*

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: "Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych."

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, iż zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, iż „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Przykładowo, w wyroku z dnia 23 marca 2017 r. KIO 421/17 Izba stwierdziła: „W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólne wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd. Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla "wykazania" wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy - tak Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15. Podobnie w wyrokach z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15, z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 863/15.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego było ogólne, praktycznie nie zawierało żadnych konkretów, często w luźny sposób odnosiło się do treści samych wyjaśnień ceny. Treść uzasadnienia zastrzeżenia w dużym stopniu stanowiło przywołane orzecznictwo sądowe oraz Krajowej Izby Odwoławczej, mające nader ogólny charakter.

W odniesieniu do pierwszej z ww. przesłanek należy wskazać, iż Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że informacje które zastrzega jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mają dla niego wartość gospodarczą – taką, która nie sprowadzałaby się jedynie do zwiększenia sobie szans uzyskania zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie. Informacja, której wartość gospodarcza wynika jedynie z faktu braku dostępu do niej pozostałych wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie podlega ochronie na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Na wstępie Przystępujący stwierdził, iż: „w ocenie naszego przedsiębiorstwa fakt, iż znaczna część sprzętu serwisowego jest w posiadaniu naszego przedsiębiorstwa w zakresie potrzebnym do zapewnienia serwisowania, a także wysokość marży (zysku) jaki zamierzamy osiągnąć w wyniku uzyskania przedmiotowego zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Ustawy, a w szczególności informację handlową o istotnej wartości gospodarczej dla naszego przedsiębiorstwa.” Z przytoczonego stwierdzenia nic konkretnego nie wynika. W szczególności, nie tylko nie zostało wykazane, ale nawet w żaden sposób nie zostało wyjaśnione, dlaczego „fakt, iż znaczna część sprzętu serwisowego jest w posiadaniu naszego przedsiębiorstwa w zakresie potrzebnym do zapewnienia serwisowania” stanowi informację handlową o istotnej wartości gospodarczej dla Przystępującego. Kwestii tej

Przystępujący w żaden sposób nie przybliżył, a przede wszystkim ww. stwierdzenie nie zostało powiązane z żadnym konkretnym fragmentem wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W dalszej części uzasadnienia Przystępujący wskazuje, iż powzięcie przez inne podmioty informacji dotyczących m.in. wysokości upustów, jakie uzyskuje od współpracujących z nim producentów i dystrybutorów czy też wysokość stosowanych marż może narazić go na wymierne straty. Wyjaśniając na czym te straty miałyby polegać Przystępujący stwierdza: *„Powyższe może się wyrażać chociażby w braku możliwości uzyskania zamówień udzielanych w trybie Prawa zamówień publicznych, w przypadku gdy podmioty wobec nas konkurencyjne, mając wiedzę o przysługujących nam upustach cenowych i/lub stosowanych przez nas marżach będą w stanie złożyć oferty niższe cenowo od ofert składanych przez nasze przedsiębiorstwo.”* W odniesieniu do tego fragmentu należy stwierdzić, iż informacja co do planowanego zysku co do zasady nie stanowi informacji podlegającej ochronie na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Na ogólną cenę oferty składają się różne elementy, a ich wysokość jest różna w przypadku różnych wykonawców, w zależności od różnorodnych, indywidualnych okoliczności, dotyczących zarówno danego wykonawcy jak i przedmiotu konkretnego postępowania. Co więcej, w przypadku niektórych wykonawców mogą nie występować pewne koszty, które z kolei występują u innych wykonawców. Sama wysokość zysku może być ustalana na różnym poziomie. Informacja o zakładanym przez Przystępującego zysku w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia mogłaby zatem stanowić istotną informację dla konkurentów, o ile tamci mieliby pewność, że po pierwsze Przystępujący zawsze będzie planował ten sam poziom zysku, a po drugie i przede wszystkim – gdyby byli w stanie ustalić i prawidłowo wyliczyć wszystkie inne elementy cenotwórcze. Powyższe jest bardzo mało prawdopodobne, w szczególności że przedmioty zamówień są różnorodne, co skutkuje tym, iż zmieniają się także indywidualne okoliczności dotyczące danego wykonawcy, mające wpływ na poziom kosztów, a w konsekwencji także ceny. Ponadto Przystępujący ani nie wykazał, ani nawet nie stwierdził, iż zawsze stosuje ten sam poziom marży i informacja ta jest przez niego zawsze chroniona. W ten sam sposób należy potraktować informacje dotyczące poziomu zastosowanych upustów. Inaczej natomiast należałoby ocenić informacje dotyczące konkretnych kontrahentów udzielających określonych upustów – tego rodzaju informacje istotnie mogą zostać uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma to jednak znaczenia dla niniejszej sprawy, albowiem w Wyjaśnieniach RNC nie zawarto żadnych informacji o kontrahentach udzielających określonych upustów, jak i w ogóle informacji o wartości tych upustów.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż uzasadnienie zastrzeżenia przedstawione w odniesieniu do pierwszej przesłanki wskazanej w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji było daleko niewystarczające, ażeby móc stwierdzić, iż doszło do jej wykazania.

W podobny sposób Izba oceniła uzasadnienie dotyczące trzeciej przesłanki – podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji. Informacje przywołane w tym zakresie mają bardzo ogólnikowy charakter. Na wstępie Przystępujący powołuje się na *„odpowiednie działania zmierzające do zachowania w poufności informacji”*. Następnie wskazuje przykłady takich działań, tj. po pierwsze jest to odpowiednie ograniczenie kręgu pracowników uprawnionych do negocjowania cen sprzedaży sprzętu i oprogramowania. Należy w tym miejscu podkreślić, iż wykazanie przesłanek pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa nie polega na ogólnikowym powoływaniu się na odpowiednie działania np. *„odpowiednie ograniczenie kręgu pracowników”*, ale polega właśnie na wskazaniu konkretnych działań podejmowanych w tym zakresie przez wykonawcę. Przystępujący powinien był zatem wyjaśnić na czym to „odpowiednie ograniczenie kręgu pracowników” polega. W dalszej kolejności Przystępujący wskazuje na zobowiązanie pracowników do zachowania w poufności cen zakupu sprzętu i oprogramowania, w tym wysokości upustów i marży. Na zakończenie tych ogólnych stwierdzeń Przystępujący podaje bardziej konkretną informację, a mianowicie iż *„[o]bowiązki spoczywające na ww. pracownikach mają swoje źródło m.in. w treści pisemnych zobowiązań do zachowania ww. informacji w poufności oraz do niewykorzystywania ich zarówno dla własnych celów jak i dla celów podmiotów trzecich.”* Skoro nałożenie na pracowników ww. obowiązków nastąpiło w formie pisemnej, to obowiązkiem Przystępującego było załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia takich przykładowych pisemnych zobowiązań. Jest to bowiem tego rodzaju okoliczność, która w prosty sposób może (i w związku z tym powinna) być wykazana za pomocą dowodu. Nieprzedstawienie takiego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia nie nastręcza żadnych problemów (wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji) obciąża wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie gołosłownymi i mało wiarygodnymi. Jeżeli zaś chodzi o samą czynność zastrzeżenia informacji w niniejszym Postępowaniu, to może być ona traktowana wyłącznie jako jedna z okoliczności potwierdzających wystąpienie trzeciej przesłanki wskazanej w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okoliczność ta nie stanowi samodzielnej podstawy uznania, iż w stosunku do określonych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, iż Przystępujący nie sprostął obowiązowi wynikającemu z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby przyzwolenie na praktycznie nieograniczone zastrzeganie przez wykonawców wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty. Uzasadnienie zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa podlega badaniu i ocenie przez zamawiającego, który prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia powinien stać na straży przestrzegania zasad udzielania zamówień, w tym między innymi zasady jawności postępowania. W niniejszej sprawie Izba uznała, iż Zamawiający w sposób niewłaściwy ocenił uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC złożonych przez Przystępującego i niezasadnie odmówił Odwołującemu dostępu do tego dokumentu. W konsekwencji Izba uznała, iż potwierdził się postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią odwołania dwa kolejne zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj:

- zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Infomex Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską,
- oraz zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Infomex nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp

zostały podniesione z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp. W konsekwencji uznania przez Izbę za zasadny ostatniego z ww. zarzutów - zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegały rozpoznaniu w ramach niniejszego postępowania odwoławczego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Infomex z Postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ww. zarzuty zostały przez Odwołującego oparte na tej samej okoliczności, jaką była decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 maja 2018 r., w której uznano za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, Nabino sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Łodzi i ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na którą powoływał się Odwołujący, mogłaby stanowić podstawę orzekania Izby w sytuacji, gdyby posiadała przymiot prawomocności. Ustalenie przez Izbę, iż decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów takiego przymiotu nie posiadała stanowi wystarczającą podstawę do uznania, iż ww. zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie, iż jak „wynika z uzasadnienia tej decyzji został przez organ ustalony stan faktyczny i w ocenie Odwołującego ustalenia faktyczne poczynione przez ten organ i wskazane w decyzji mogą stanowić podstawę orzekania Izby w tym zakresie”. Po pierwsze, skoro ww. zarzuty Odwołujący wywodził z okoliczności wydania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji stwierdzającej dopuszczenie się przez Przystępującego wskazanego naruszenia, nie jest możliwe uwzględnienie odwołania w tym zakresie wyłącznie na podstawie okoliczności faktycznych, które zostały ustalone przez ww. organ w wyniku przeprowadzonego postępowania. Jak wynika z treści odwołania dla zarzutów opisanych w pkt III i IV uzasadnienia odwołania nie mają znaczenia same okoliczności stanowiące podstawę faktyczną wydania ww. decyzji, lecz dokonana przez organ ich kwalifikacja prawna wyrażająca się w uznaniu porozumienia

zawartego pomiędzy wskazanymi w decyzji podmiotami za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Po drugie, jak wynika z dowodu przedstawionego przez Przystępującego (dwie pierwsze strony odwołania) zakresem zaskarżenia została objęta także podstawa faktyczna decyzji.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, gdy zgodnie z opisem tego warunku odnosi się on do doświadczenia (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) winna być dokonywana w kontekście zdobytego przez wykonawcę doświadczenia. Podstawowe znaczenie ma zatem stwierdzenie, że dany wykonawca nabył doświadczenie odpowiadające wymogom określonym przez Zamawiającego. Z kolei postawienie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp wymaga wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek składających się na te podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, a nawet nie wyjaśnił na czym miałyby polegać wprowadzenie w błąd Zamawiającego, skoro Odwołujący jednocześnie twierdził, iż Zamawiający miał wiedzę o wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W ocenie Izby okoliczność powoływania się - na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - na doświadczenie zdobyte w wyniku realizacji umowy, zawartej w wyniku stosowania praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdzonej prawomocną decyzją Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, mogłaby być rozpatrywana w kontekście przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Wykazywanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na doświadczenie zdobyte w wyniku stosowania niedozwolonej praktyki ograniczającej konkurencji powinno być uznane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, a z drugiej strony może co najmniej zagrażać interesowi innego wykonawcy, niedopuszczającego się takich niedozwolonych praktyk. Rozpatrywanie tej kwestii nie mogło jednak mieć miejsca na gruncie niniejszej sprawy z uwagi na wskazaną powyżej okoliczność zaskarżenia przez Przystępującego decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W ramach ww. zarzutu Odwołujący stwierdził również, iż „*Infomex wadliwie powołał się na List referencyjny wystawiony przez Nabino Sp. z o.o., podczas gdy prawidłowość wykonania może potwierdzić tylko Zamawiający; przy czym ewentualne potwierdzenie powinno uwzględniać wiedzę Zamawiającego o tym, że Infomex celowo naraził go na szkodę, poprzez zawarcie umowy przetargowej i doprowadzenie do wyboru oferty droższej*”. Zarzut ten - w pierwszej części dotyczącej potwierdzenia prawidłowości wykonania umów przez Zamawiającego - sprowadzał się do tego, że Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu jego własnego (czyli Zamawiającego) oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie umowy. Zarzut ten jest niezasadny, albowiem w sytuacji, gdy odbiorcą referencyjnej usługi jest zamawiający prowadzący dane postępowanie o udzielenie zamówienia, przedstawianie mu przez wykonawcę jego własnych oświadczeń należy uznać za zbędne. Powyższa zasada wynika z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp. Natomiast w odniesieniu do konieczności uwzględnienia przez Zamawiającego okoliczności umowy przetargowej, należy odwołać się do wcześniejszego stanowiska przedstawionego w odniesieniu do tego zagadnienia w ramach niniejszego uzasadnienia, wskazującego na brak przymiotu prawomocności decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący stwierdził, iż Infomex publicznie podaje maksymalne możliwości techniczne serwerowni oraz że są one sprzeczne z SIWZ. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przedstawił wydruk ze strony internetowej Przystępującego dotyczący serwerowni w Żywcu.

Dokonując oceny ww. zarzutu Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego oraz Przystępującego, iż tego rodzaju informacje nie mogą być uznane za treść oferty w ramach prowadzonego Postępowania. Okoliczność przedstawienia na stronie internetowej informacji o charakterze handlowym na temat gwarantowanego poziomu dostępności systemów nie świadczy o tym, iż taki poziom tej usługi został zaoferowany w niniejszym Postępowaniu. Wymaga podkreślenia, iż w powyższym zakresie Zamawiający wymagał podania w treści oferty jedynie adresu serwerowni. Wskazanie zatem adresu serwerowni w powiązaniu z oświadczeniem złożonym w pkt 6 formularza oferty („*Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z treścią siwz i akceptujemy ją bez zastrzeżeń.*”) należy odczytywać jako zaoferowanie przez

wykonawcę świadczenia usługi dotyczącej serwerowni spełniającej wymogi postawione w SIWZ.

Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego co do tego, że oferowany przez niego gwarantowany poziom dostępności systemów jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Jednocześnie Przystępujący wyjaśnił, że w informacji zamieszczonej na internetowej został wskazany minimalny poziom usługi, który może zostać podniesiony zgodnie z wymaganiami klienta.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w świetle dokumentacji Postępowania, a w szczególności treści oferty Przystępującego oraz treści SIWZ, zarzut art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyznanie ofercie Infomex punktów w kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Infomex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W odniesieniu do ww. zarzutu należy w pierwszej kolejności przywołać zapisy SIWZ dotyczące sposobu dokonywania oceny ofert w kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni”. Zgodnie z pkt XIV 1.2) SIWZ ocena ofert w kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” zostanie dokonana wg następujących zasad: jeśli Wykonawca zapewni w przypadku awarii serwerowni podstawowej drugą serwerownię, w której może świadczyć usługi kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego w Centrum Przetwarzania Danych UMWM – poprzez zaznaczanie TAK w formularzu oferty (w tym w sytuacji, kiedy serwerownia podstawowa jest w odległości do 100 km od siedziby Zamawiającego to dla drugiej serwerowni wykonawca podał na potwierdzenie adres miejsca świadczenia usługi w drugiej serwerowni (co najmniej miejscowość i ulicę z numerem) w odległości do 100 km od siedziby Zamawiającego), otrzyma 15 pkt, w przeciwnym wypadku 0 pkt.”.

Przystępujący wypełnił formularz oferty zaznaczając opcję TAK i w konsekwencji otrzymał w kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” 15 pkt. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie wymagał wykazywania w treści oferty sposobu dysponowania drugą serwerownią, ograniczając się do oceny oświadczenia złożonego przez wykonawcę w tym zakresie. Mając na uwadze powyższe należało stwierdzić, iż zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu przypomnieć, iż podniesienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga wykazania przez odwołującego wszystkich przesłanek ww. podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba stwierdziła, iż powyższemu obowiązкови Odwołujący w tym zakresie nie sprostął. W szczególności Odwołujący nie wykazał, iż po pierwsze doszło do przedstawienia przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, tj. że przedstawienie tych informacji wywołało u niego błędne wyobrażenie o istniejącym stanie rzeczy. Przystępujący nie ma zamiaru realizować przedmiotu umowy w zakresie dotyczącym drugiej serwerowni przy pomocy podwykonawcy, potwierdził to w trakcie postępowania odwoławczego i pozostaje to w zgodności z treścią złożonej przez niego oferty. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, iż Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń co do tego, iż umowa z 3S Data Center S.A. winna być kwalifikowana jako umowa podwykonawcza. Okoliczność przeciwna wynikała z dowodu złożonego przez Przystępującego (oświadczenie dotyczące współpracy w ramach umowy MG/06/05/2016 z dnia 15 maja 2016 roku złożone w dniu 26 listopada 2018 roku w imieniu 3S Data Center S.A.). Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a nawet w ogóle nie odniósł się do kolejnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. istotnego wpływu przekazanych przez wykonawcę informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uznanie za zasadny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp i w konsekwencji odstąpienie od rozpoznania podniesionych jako ewentualne zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stwarza Odwołującemu możliwość ewentualnego wniesienia kolejnego odwołania w zakresie niepodlegającym rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu, a zatem stwierdzone naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r.

poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....