

WYROK
z dnia 6 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Sevenet S.A z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2212/17 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Komendzie Głównej Straży Granicznej w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie całości złożonych przez wykonawcę Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku wyjaśnień dotyczących ceny z dnia 11 października 2017 r., odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty ww. wykonawcy oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. pozostałe zarzuty odwołania uznać za nieuzasadnione;
3. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego – **Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie** i:

-
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawcę **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – **Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie** na rzecz Odwołującego wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego na *budowę centralnego systemu przetwarzania informacji niejawnych* (znak postępowania: 40/BF/Błil/17).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 154-320779.

W dniu 23 października 2017 r. wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) [dalej „ustawa Pzp”] poprzez przyjęcie wyjaśnień w zakresie ceny pomimo niedochowania wymaganej formy pisemnej;
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie złożył on wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „*uznk*”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
4. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 *uznk* poprzez zaniechanie ujawnienia w całości pisma z dnia 11 października 2017 r. zawierającego złożone przez Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie dotyczącym podstaw zastrzeżenia informacji zawartych w tym dokumencie jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo iż wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia a niezasadnie zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób

3

naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Wobec ww. zarzutów wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. ujawnienia utajnionych dotychczas wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku i ceny oferty;
4. wykluczenia Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania zgodnie

z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, a Zamawiający sklasyfikował tę ofertę na pozycji drugiej. Oznacza to, iż w przypadku odrzucenia oferty Sevenet S.A.

z siedzibą w Gdańsku, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą. Zaniechanie odrzucenia oferty Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie i –

w konsekwencji – realizację zamówienia. Sytuacja, w której Zamawiający – wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi – nie odrzuca oferty Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku wywołuje po stronie Odwołującego szkodę co najmniej: a) w postaci szkody powstałej na skutek braku możliwości pokrycia kosztów przygotowania oferty zyskami z tytułu realizacji zamówienia oraz b) w postaci szkody polegającej na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia i utratę możliwości uzyskania stosownego zysku oraz doświadczenia. Dodatkowo, zaniechanie ujawnienia całej treści złożonych przez Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku oświadczeń uniemożliwia Odwołującemu pełną weryfikację poprawności działania Zamawiającego i ewentualnego skorzystania w tym zakresie z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że postanowienia Rozdziału VII SIWZ regulują m.in. sposób porozumiewania się i przekazywania oświadczeń i dokumentów. Zasadą jest forma pisemna.

Zgodnie z przywołanym rozdziałem, Zamawiający ma prawo do wezwania każdego z wykonawców do wyjaśnień w zakresie ceny w formie faksu jednak nie dopuszcza, aby odpowiedź wykonawcy miała taką samą formę. W konsekwencji odpowiedź na wezwanie musi być dokonana z zachowaniem formy pisemnej. Wyjaśnienia złożone jedynie za pośrednictwem faksu i bez zachowania formy pisemnej uznać należy za niezłożone, co

4

skutkuje koniecznością odrzucenia oferty zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej wskazał, iż gdyby nawet pominąć ww. argumentację i ww. wnioski to oferta Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku i tak powinna być odrzucona co wynika z poniższej argumentacji. Odwołujący argumentował, że Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku zobowiązany był do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny,

znajduje

odzwierciedlenie

w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego Wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zaniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Podkreślał, że w treści wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp z dnia 5 października 2017r., Zamawiający wyraźnie wskazał, że żąda złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, a także udokumentowania adekwatności wyliczonej ceny do ponoszonych kosztów. Wskazywał, że ustalony przez Zamawiającego wzór oferty (formularz ofertowy) nie przewidywał podawania kalkulacji - wystarczyło podać cenę za całość zamówienia. Oferta nie zawierała żadnych elementów kalkulacyjnych - bez wyjaśnień i potwierdzających ich dowodów nie było możliwości zweryfikowania poprawności argumentacji S.A. z w Gdańsku Sevenet siedzibą

w zakresie ceny. Podnosił, że w okolicznościach niniejszej sprawy Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku prócz własnego oświadczenia dotyczącego poprawności kalkulacji ceny musiał przedstawić stosowne dowody lub miał prawo złożyć odwołanie (jeżeli uznałby, że żądanie KGSG narusza jego interes) czego jednak nie uczynił. Podsumowując stwierdził, że obowiązkiem Zamawiającego była ocena złożonych wyjaśnień, tak co do formy jak i co do treści, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać racjonalność ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów

z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku nie sprostął tym wymaganiom - złożył wyjaśnienia bez zachowania formy pisemnej i bez wymaganych dowodów. Trudno też przyjąć, iż wszystkie te wymagania zostały zrealizowane na ok. jednej stronie standardowego tekstu (tak „obszerne” są wyjaśnienia Sevenetu).

5

Przechodząc do kolejnego zarzutu Odwołujący argumentował, że złożenie przez Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czymem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (również w przypadku cen jednostkowych za świadczenie poszczególnych usług w ramach zamówienia), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący przytoczył

fragment opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). Wskazał, że złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu

o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co potwierdza m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r. sygn. akt: II Ca 431/07.

W końcu odnosząc się do ostatniego z zarzutów Odwołujący przytoczył definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 4 uznk. Wskazał, że Zamawiający niezasadnie uznał skuteczność zastrzeżenia jawności wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Warto wskazać, iż Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku domagał się, aby cała treść faksu zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny była poufna - Zamawiający ujawnił znikomą

i *de facto* pozamerytoryczną część wyjaśnień. Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku oświadczył, ale nie poparł tego oświadczenia jakimikolwiek dowodami, iż wyjaśnienia w zakresie ceny stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, zawarte w nich wiadomości nie były ujawniane

i że Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku podjął działania mające na celu utrzymanie ich w tajemnicy. Z oświadczenia nie wynika jakie to były działania i z czego wynika, iż dane mają wartość gospodarczą. Można zatem mówić, co najwyżej o próbie uprawdopodobnienia faktu, ale na pewno nie jest to wymagane ustawą wykazanie, iż jest to faktycznie tajemnica przedsiębiorstwa Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku, a zatem wyjaśnienia powinny być wyjawione wszystkim zainteresowanym. W ww. zakresie przywołał orzeczenie KIO z dnia 26 lutego 2013 r. sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13.

6

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

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

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, którego oferta znajduje na się na drugim miejscu w rankingu ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Za niezasadną należy uznać argumentację podniesioną przez Przystępującego podczas rozprawy przed Izbą, iż z uwagi na okoliczność, iż cena oferty Odwołującego w wysokości 1 801 454,31 zł przekraczała wartość szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek VAT stanowiącą 1 634 315,00 zł, to Odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający przeznaczył kwotę 2 000 000 zł brutto, co potwierdza zarówno protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i treść informacji z otwarcia ofert z dnia 4 października 2017 r., zatem cena oferty Odwołującego mieściła się w budżecie Zamawiającego. Następnie wskazać należy, iż gdyby nawet cena oferty Odwołującego przekraczała kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, to w opinii Izby Odwołujący również posiadałby interes we wniesieniu odwołania. Zdaniem Izby wykonawca ma prawo domagać się, by czynność oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Kwestia ewentualnego unieważnienia postępowania z uwagi na brak możliwości zwiększenia przez Zamawiającego środków finansowych na sfinansowanie zamówienia byłaby czynnością następczą i podlegałaby kontroli ze strony wykonawców w ramach przysługujących im środków ochrony prawnej (por. wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2015 r. KIO 616/15).

Zamawiający w dniu 23 października 2017 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Sevenet S.A. z siedzibą

7

w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 26 października 2017 r. po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem ww. zamówienia publicznego, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, była dostawa:

1. sprzętu wraz z gwarancją oraz wsparciem serwisowym przez okres 60 miesięcy:
 - ☐ Serwer typu RACK typu 1 – 6 szt.
 - ☐ Serwer typu RACK typu 2 – 5 szt. ☐
 - Konsola do zarządzania serwerami – 1 szt. ☐
 - Macierz dyskowa – 1 szt.
 - ☐ Przełącznik SAN – 2 szt.
 - ☐ Switch LAN – 2 szt. ☐
 - Biblioteka taśmowa – 1 szt.
2. oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych wraz z gwarancją oraz wsparciem serwisowym przez okres (minimum 12 miesięcy)
 - ☐ Veeam Backup and Replication Enterprise lub równoważne rozwiązanie do tworzenia kopii zapasowych maszyn wirtualnych o nie mniejszej funkcjonalności, uruchomionych na dostarczanych serwerach typu RACK działających w klastrze Hyper-V – 8 licencji.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego udzielanego jako część została oszacowana na kwotę 1 328 712,00 zł, co stanowi równowartość 318 261,99 euro. Z kolei wartość całego zamówienia została oszacowana na kwotę 17 152 404,94 zł, co stanowi równowartość 4 108 458,87 euro. Jak oświadczył na rozprawie przed Izbą Zamawiający, wartość szacunkowa przedmiotowej części zamówienia powiększonej o podatek VAT stanowiła 1 634 315,00 zł. Z kolei bezpośrednio przez otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 000 000 zł brutto.

W ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło pięciu wykonawców, tj.: 1) Atende S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną 1 410 072,00 zł, 2) konsorcjum firm: Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Budownictwo, Instalacje, Technologie – Budintech B.M. z siedzibą w Krakowie z ceną 1 094 465,07 zł, 3) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

8

z siedzibą w Warszawie z ceną 1 801 454,31 zł, 4) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie z ceną 1 589 889,00 zł oraz 5) Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku z ceną 1 052 075,58 zł.

Z powyższego zatem wynika, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert stanowiła kwotę 1 389 591,19 zł. Zatem oferta Przystępującego stanowiła ok. 64 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 75 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

W dniu 5 października 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego oraz konsorcjum firm: Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Budownictwo, Instalacje, Technologie – Budintech B.M. z siedzibą w Krakowie w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny określonej w ofercie.

Zamawiający wskazał, iż w związku z tym, że zaoferowana przez ww. wykonawców cena całkowita oferty za realizację przedmiotowego zamówienia jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej

przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, proszę o wyjaśnienie w jaki sposób dokonano wyliczenia ceny.

Wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawcy winni również uwzględnić (jeżeli wystąpiły) okoliczności opisane w art. 90 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy Pzp, w zakresie w jakim mają one zastosowanie do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Podkreślił, że w przypadku złożenia wyjaśnień niewystarczających, ogólnikowych, uniemożliwiających Zamawiającemu dokonanie oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jak również w przypadku całkowitego braku wyjaśnień ze strony Wykonawcy, Zamawiający zastosuje zapisy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W końcu wskazał, że wyjaśnienia podpisane przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentowania Wykonawcy należy przesłać faksem pod określony numer w terminie do dnia 11 października 2017 r.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z działem VII SIWZ pn. *Osoby uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami oraz informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami i przekazywania oświadczeń oraz dokumentów*, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawca przekazują pisemnie, z zastrzeżeniem pkt 4. Z kolei w pkt. 4 ppkt 1) lit. d) ww. działu Zamawiający postanowił, że dopuszcza porozumiewanie się za pomocą faksu, przy

9

przekazywaniu m.in. wezwania do udzielania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz odpowiedzi wykonawcy.

Nadto wskazał, że jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują ww. oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze Stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. W przypadku przekazywania dokumentów faksem dowód transmisji danych oznacza, że Wykonawca otrzymał korespondencję w momencie jej przekazania przez Zamawiającego, niezależnie od ewentualnego potwierdzenia faktu jej otrzymania. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niesprawne działanie urządzeń Wykonawcy.

W dniu 11 października 2017 r. Przystępujący, w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, złożył faksem wyjaśnienia w celu wykazania, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niską, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w całym zakresie i nie zostały odtajnione przez Zamawiającego, do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 października 2017 r. za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku, która otrzymała łącznie w kryteriach oceny ofert 83 pkt. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego z 75,04 pkt.

W dniu 12 października 2017 r. Odwołujący wystąpił faksem do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami, w tym również korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcami w ww. postępowaniu.

W dniu 13 października 2017 r. Zamawiający w odpowiedzi na ww. pismo poinformował Odwołującego faksem o możliwości zapoznania się z przedmiotową dokumentacją w dniu 17 października 2017 r. o godz. 11:00.

Z kolei w dniu 16 października 2017 r. Odwołujący ponownie wystąpił faksem do Zamawiającego o niezwłoczne udostępnienie protokołu z prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, w szczególności oferty firmy Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku z całą wraz korespondencją wytworzoną pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami po etapie otwarcia ofert.

W dniu 17 października 2017. Zamawiający odpowiedział na ww. wniosek Odwołującego przekazując drogą elektroniczną (e-mail) żądane przez Odwołującego

10

dokumenty. Z wydruku ww. wiadomości elektronicznej wynika, że załącznikiem do niej był plik pn. wyjaśnienia sevenet art. 90 str. 2.pdf oraz wyjaśnienia sevenet art. 90 str. 1.pdf.

Na rozprawie przez Izbę Odwołujący oświadczył, że treść wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny oferty z dnia 11 października 2017 r. została w części odtajniona przez Zamawiającego w dniu 17 października 2017 r.,

zatem po wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższe zostało również potwierdzone oświadczeniem złożonym na rozprawie przez Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny oferty złożonych w formie faksu, tj. bez dochowania wymaganej formy pisemnej w ocenie Izby nie potwierdził się.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 18 pkt 1) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r. komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529 oraz z 2015 r. poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422, z 2015 r. poz. 1844 oraz z 2016 r. poz. 147 i 615). Z kolei stosownie do treści punktu 2) ww. przepisu, jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Nadto z pkt 4) ww. przepisu wynika, że oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo – za zgodą zamawiającego – w postaci elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu.

Ponadto zauważyć należy, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają regulacji wskazującej na formę składanych przez wykonawców wyjaśnień

11

w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty. Tym samym stwierdzić należy, iż wyjaśnienia składane przez wykonawców w ww. zakresie winny zostać złożone w przewidzianej przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia formie komunikowania się z wykonawcami.

Analiza postanowień treści SIWZ dotyczącej przedmiotowego zamówienia publicznego, w szczególności działu VII, w ocenie Izby prowadzi do jednoznacznego wniosku, tj. że Zamawiający wprost dopuścił porozumiewanie się z wykonawcami za pomocą faksu, przy przekazywaniu wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak również w zakresie odpowiedzi wykonawcy na ww. wezwanie. Forma faksu jako dopuszczalna w ww. zakresie, została również zawarta przez Zamawiającego w treści wezwania z dnia 5 października 2017 r. skierowanego do Przystępującego w celu wyjaśnienia ceny oferty. Skoro zatem Zamawiający dopuścił w SIWZ formę faksu, jako formę komunikacji z wykonawcami, to taka forma wiązała wykonawców przy składaniu wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Reasumując powyższe nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego zawartym w odwołaniu, że Zamawiający nie dopuścił, aby wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oferty mogły zostać złożone w formie faksu, a w konsekwencji by złożenie przez Przystępującego wyjaśnień w ww. zakresie w tej formie było nieskuteczne.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez

nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku w przedmiocie ceny oferty i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy mimo, iż oferta Przystępującego zawierała cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaniechania złożenia wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w ocenie Izby potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za

12

pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami ogólnikowe, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (tak KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Analiza treści wyjaśnień Przystępującego złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, które zastrzeżone zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, w ocenie Izby prowadzi do wniosku, iż wykonawca Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską

13

w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż

Przystępujący składając wyjaśnienia w ww. zakresie ograniczył się jedynie do ogólnych, lakonicznych twierdzeń, często sformułowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawców

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, których nie można uznać za sprostanie obowiązku wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby z treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego nie sposób wywieść, w jaki sposób Przystępujący skalkulował cenę oferty. Nie bez znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozostaje również fakt, że Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, do których dostarczenia Zamawiający wzywał wykonawcę, jak również z treści złożonych wyjaśnień nie sposób wywieść takich dowodów. Nadto odnosząc się do argumentacji Przystępującego prezentowanej na rozprawie, iż Zamawiający nie żądał złożenia przez wykonawców wraz

z ofertą kalkulacji cenowej, wskazać należy, iż w opinii Izby powyższe nie może zwalniać wykonawcy z obowiązku przedstawienia założeń kalkulacyjnych w przypadku uruchomienia przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż rozważając kwestię ewentualnego wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, Izba doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie nie powinno mieć ono miejsca. Zdaniem składu orzekającego ponowne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy, iż Odwołujący wywodził ww. zarzut z uznania, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaż poniżej kosztów zakupu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący oferował sprzedaż usług i towarów będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia w określonym przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celu – tj. w celu eliminacji innych

przedsiębiorców. Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a za taką uznał ofertę Przystępującego, stanowi zagrożenie dla innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego.

W ocenie Izby okoliczność niewykazania przez wykonawcę, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, nie przesądza automatycznie, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślić należy, iż Odwołujący, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 KC, nie wykazał popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Następnie odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie odtajnienia całości wyjaśnień Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty z dnia 11 października 2017 r. skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że Przystępujący Sevenet S.A. z siedzibą w

15

Gdańsku nie wykazał przesłanek, że zastrzeżone przez niego w ww. piśmie informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba uznała, iż Odwołujący, z uwagi na zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodtajnieniu całości wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny oferty, uniemożliwiło Odwołującemu ocenę wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w ww. zakresie.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, to ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa 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.

16

Z kolei obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

Przystępujący w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w zakresie

odtajnionym i ujawnionym Odwołującemu „wykazując” skuteczność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał jedynie: „Niniejszym wnioskujemy do Zamawiającego o traktowanie niniejszego dokumentu, jako dokumentu poufnego, zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z dnia 26.06.2003 r. Dz. U. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) przeznaczonego tylko do wiadomości osób upoważnionych ze strony Zamawiającego w celu dokonania oceny oferty Wykonawcy w związku z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zawarte w niniejszym piśmie dane dotyczą nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji handlowych i organizacyjnych posiadających wartość gospodarczą, co do których Wykonawca podjął działania w celu zachowania ich poufności.”

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania żadnej z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Co więcej, w ocenie Izby, treść ww. oświadczenia Przystępującego wskazuje, że nie podjął on nawet próby wykazania, że zastrzeżone przez niego w piśmie z dnia 11 października 2017 r. informacje stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem Przystępujący poprzestał jedynie na przytoczeniu treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracji, że wskazane w piśmie z dnia 11 października 2017 r. informacje spełniają przesłanki określone w ww. przepisie, czego w ocenie Izby w żadnej mierze nie można uznać za wystarczające dla skutecznego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż działanie Zamawiającego polegające na odtajnieniu w części wyjaśnień Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, po wyborze najkorzystniejszej oferty (12 października 2017 r.), tj. w dniu 17 października 2017 r., w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie oferty wykonawcy Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku wraz z całą korespondencją wytworzoną między Zamawiającym a wykonawcami po otwarciu ofert było działaniem nieprawidłowym. Wskazać należy, że mimo, iż ustawodawca nie uregulował w ustawie Prawo zamówień publicznych konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności, to jednak kwestia analizy prawidłowości zastrzeżenia danych

17

informacji tajemnicą przedsiębiorstwa winna być dokonana na etapie badania i oceny ofert, a zatem przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia, gdyż postępowanie znajduje się na etapie poprzedzającym podpisanie umowy (po ocenie i badaniu ofert). Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w celu ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem (np. w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki lub w innych trybach niekonkurencyjnych). Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem by doszło do naruszenia uregulowanego w ww. przepisie wymogu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18.600 zł.

Przewodniczący: