Sygn. akt: KIO 3148/20, Sygn. akt: KIO 3217/20

WYROK

z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1)w dniu 30 listopada 2020 r. przez **wykonawcę Comp S.A. z siedzibą w Warszawie**dla części I zamówienia; **(odwołanie o sygn. akt KIO 3148/20);**

2)w dniu 7 grudnia 2020 r. przez **wykonawcę P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**dla część II zamówienia, **(odwołanie o sygn. akt KIO 3217/20);**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Izbę Administracji Skarbowej w Poznaniu**

przy udziale **wykonawcy M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego** (dla części I zamówienia);

przy udziale **wykonawcy COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku**zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego** (dla części II zamówienia);

orzeka:

1.Uwzględnia oba odwołania i:

a)w sprawie o sygn. akt KIO 3148/20 nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;

b)w sprawie o sygn. akt KIO 3148/20 umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na wycofanie niniejszego zarzutu przez Odwołującego;

c)w sprawie o sygn. akt KIO 3217/20 nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II zamówienia oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku;

2.Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Izbę Administracji Skarbowej w Poznaniu** i:

1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Odwołujących się** tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2)zasądza od **Zamawiającego: Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu** na rzecz **Odwołujących się** kwotę 37 200 zł. 00 gr. (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty stron poniesione z tytułu uiszczonych wpisów od wniesionych odwołań oraz wynagrodzeń pełnomocników, w tym:

A)zasądza od **Zamawiającego: Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu** na rzecz **wykonawcy Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

B)zasądza od **Zamawiającego: Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu** na rzecz **wykonawcy P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 3148/20, Sygn. akt KIO 3217/20,

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Dostawa sprzętu komputerowego (przełączniki dostępowe, zasilacze awaryjne) dla Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu*". Zamawiający podzielił niniejsze zamówienie na części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3148/20

Wykonawca Comp S.A. z siedzibą w Warszawie(zwany dalej: „*Odwołującym Comp*") w dniu 30 listopada 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie w części I na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez M. G. i N. Ł.

przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą, jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex, dalej: *„MaN Complex”*w zakresie Części nr 1 zamówienia, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez MaN Complex nie jest rażąco niska;

2)art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MaN Complex, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący Comp wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty MaN Complex, jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia;
2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
3.odrzucenia oferty złożonej przez MaN Complex w zakresie części nr 1 zamówienia;
4.dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3217/20

Wykonawca (zwany dalej: „*Odwołującym Camco*”) w dniu 7 grudnia 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie w części II na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP w związku z naruszeniem 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy Comex z Postępowania pomimo tego, iż udzielone przez wykonawcę Comex ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia (dwukrotnie) dotyczące ceny ofertowej nie uzasadniły jej realności;

2)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy PZP i art. 11. ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej jako „Ustawa ZNK”), poprzez zaniechanie odtajnienia i nieudostępnienie Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Comex z dnia 6.11.2020 r. tj. dołączonych do pisma faktur, mimo iż wykonawca Comex nie wykazał i nie uzasadnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący Camco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru wykonawcy Comex
2.Pokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnianiem:
a)odtajnienia całości wyjaśnień ceny ofertowej Comex z 6 listopada 2020 r.
b)odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy Comex z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy PZP ze względu na rażąco niską cenę;
b) wyboru oferty Odwołującego Campo jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców: 1) M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex a także 2) wykonawcy COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazali Zamawiającemu kopie niniejszych odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce odpowiednio w dniach: 1 oraz 8 grudnia 2020 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- w dniu 3 grudnia 2020 r. wykonawca M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3148/20,
- w dniu 10 grudnia 2020 r. wykonawca COMEX S.A. z siedzibą w Gdańskuzgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3217/20.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców:

1) M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3148/20 (zwanego dalej: *„Przystępującym MaN Complex*”);

2) COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3217/20 (zwanego dalej: „*Przystępującym Comex*”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Dostawa sprzętu komputerowego (przełączniki dostępowe, zasilacze awaryjne) dla Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu*”. Zamawiający podzielił niniejsze zamówienie na części.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3148/20 – część I zamówienia

Zamawiający w dniu 30 października 2020 r. w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę: M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca M. G. i N. Ł. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex w dniu 3 listopada 2020 r. złożył wyjaśnienia oraz przedłożył Zamawiającemu dowód – potwierdzający w ocenie wykonawcy, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający w dniu 30 listopada 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. G. i N. Ł. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej MaN Complex.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (rażąco niskiej ceny) wobec przedstawionej argumentacji również należy uznać za zasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 30 października 2020 r. wezwał Przystępującego MaN Complex do złożenia szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Przystępujący MaN Complex pismem z dnia 3 listopada 2020 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień.

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

Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy Pzp ciężar dowodu że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy składającego taką ofertę.

Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06). *„Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp*". (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Wobec powyższego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, jednak nie może tego uczynić, nie poprzedziwszy swojej decyzji w tym względzie przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień bądź ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że zaoferowano rażąco niską cenę, oferta podlega zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuceniu. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10 na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające i ogólnikowe. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05.

Zgodzić należało się z Odwołującym Comp, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowei nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną realną i rynkową, za którą możliwe jest zrealizowanie zamówienia. Zgodzić należało się, że przedmiotowe wyjaśnienia ograniczają się *de facto* do stwierdzenia, że przełączniki pochodzą bezpośrednio od producenta, a *„producent sprzętu oferuje dodatkowe upusty cenowe - specjalne ceny projektowe wynikające ze ścisłej współpracy z DELL i realizacji dużej liczby zamówień.".* Zgodzić należało się że użyte stwierdzenie jest gołosłowne, gdyż zarówno z samych wyjaśnień jak i z dołączonego do nich oświadczenia firmy Dell sp. z o.o. nie wynika jaki jest poziom zastosowanych upustów (nie wskazano wysokości przyznanego upustu oraz nie określono od jakich cen został on udzielony), nie wiadomo co oznacza określenie *„specjalne ceny projektowe".* Poziom upustów nie tylko nie został poparty dowodami, ale nie został również objęty wyjaśnieniami.

Ponadto w tabeli zamieszczonej w wyjaśnieniach, MaN Complex podał ceny przełączników jednak zostały one określone jako *„ceny dystrybucyjne (jednostkowe brutto)"* - nie doprecyzowano, czy są już to ceny przed czy po uwzględnieniu upustów, o których wspomniano w wyjaśnieniach. Ponadto, wysokość podanych w tabeli cen jednostkowych przełączników nie została przez MaN Complex poparta żadnymi dowodami. Za taki dowód nie może zostać uznane oświadczenie Dell sp. z o.o., w którym nie padają żadne kwoty, a jedynie deklaracja, że przygotowana oferta cenowa na określoną liczbę przełączników *„uwzględnia specjalne ceny projektowe dla naszego partnera".*

W wyjaśnieniach MaN Complex wskazał, że *„zakładana przez nas marża przeznaczona na realizację zamówienia jest na poziomie około 6% wraz kosztami dostawy sprzętu. "* Wykonawca nie podał jednak żadnych danych liczbowych dotyczących kosztów założonych przez wykonawcę na transport, wyładunek i wniesienie przełączników. Nie można, zatem ocenić czy koszty przyjęte przez wykonawcę w tym zakresie są realne i pozwalają na realizację tego elementu przedmiotu zamówienia.

Owszem wykonawca oświadczył, że przełączniki są objęte gwarancją producenta, jednak Przystępujący MaN Complex nie przedstawił żadnych szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie. Nie wskazał, jaki rodzaj gwarancji został uwzględniony, czy jest to dożywotnia gwarancja, której wymagał Zamawiający, a także jakie koszty przyjął w tym zakresie na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej. Przystępujący MaN Complex nie odniósł się również w żaden sposób do wysokości kosztów, jakie przyjął na realizację bezpośredniego wsparcia gwarancyjnego w postaci obsługi procesu zgłoszenia gwarancyjnego do producenta. Ten element realizacji przedmiotu zamówienia nie został w żaden sposób ujęty w wyjaśnieniach.

Pamiętać należy, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący ma obowiązek wykazać realność ceny w postępowaniu przed Zamawiającym.

Zgodzić należało się z Odwołującym Comp, że PrzystępującyMaN Complex, na którym spoczywał ciężar dowodu, składając ogólne i niepoparte dowodami wyjaśnienia, nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo. W związku z tym, stwierdzenie przez Zamawiającego, iż Przystępujący MaN Complex wykazał realność zaoferowanej ceny i dokonanie wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę, jako najkorzystniejszej było działaniem nieuprawnionym.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępujący MaN Complexdowodów na rozprawie należy zauważyć, że Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone wyjaśnienia przez Przystępujący MaN Complex potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone dowody jednak nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny – wobec brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – mogą być wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 3 listopada 2020 r. Tym samym w rozpoznawanej sprawie złożone na rozprawie dowody należało uznać jako bezprzedmiotowe.

Dodatkowo – co również potwierdza stanowisko Izby wyrażone powyżej – zwrócić należy uwagę na treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa w tym

przypadku na wykonawcy, który ją złożył. W ocenie Izby Przystępujący MaN Complex– w przedstawionym stanie faktycznym – nie wykazał poprzez złożone wyjaśnienia (w tym i złożony dowód), że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr I oraz odrzucenie oferty Przystępującego MaN Complex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niską cenę.

Biorąc pod uwagę, że postępowanie wyjaśniające prowadzone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest czynnością jednokrotną, obwarowaną sankcją wynikającą z przepisu art. 89 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp należy uznać, że oferta Przystępującego MaN Complex powinna podlegać odrzuceniu.

Ponadto Izba umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na wycofanie niniejszego zarzutu przez Odwołującego.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3217/20 – część II zamówienia

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odtajnienia części wyjaśnień/dowodów wykonawcy COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku - jest zasadny.

Na wstępie należy przypomnieć, że 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że 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. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zatem jak wynika z niniejszego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" – co niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO - oznacza obowiązek dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia zastrzeżenia.

I tak nowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, wprowadzona w życie w drodze nowelizacji z 4 września 2018 r, została zamieszczona w art. 11 ust. 2 znowelizowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem znowelizowanej ustawy, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się obecnie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zatem – w ocenie Izy - według przytoczonych przepisów, tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. Informacja, która nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji - która jednak nie posiada wartości gospodarczej - nie będzie mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe przepisy zostały znowelizowane wobec brzmienia dyrektywy 2016/943 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2016 r. – art. 2 pkt 1 – wedle której, aby zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać następujące przesłanki: zastrzeżone informacje ●muszą być poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; ●mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; ●poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Nie ulega wątpliwości, że wobec wprowadzonych zmian tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. I tak w motywach niniejszej dyrektywy wskazano, że jednolita definicja tajemnicy przedsiębiorstwa – przyjęta w unijnych porządkach prawnych – powinna uwzględniać know-how, informacje handlowe i informacje techniczne – a niniejsze informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową, powinny to być informacje o wartości handlowej a ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania.

W ocenie Izby Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inną posiadającą wartość gospodarczą. Zatem – wobec brzmienia przytoczonej dyrektywy - przesłanka „lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innych", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem w ocenie Izby wobec brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegający pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w uzasadnieniu zastrzeżenia również przesłanki „posiadania wartości gospodarczej", czego w tym stanie faktycznym Przystępujący w żaden sposób nie uczynił.

Wobec powyższego wedle brzmienia 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 (…). Zatem do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar

wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywają na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego, to wykonawca składający ofertę musi udowodnić – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie. Wykonawca COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku nie wykazał jednocześnie - przy dokonywaniu tej czynności – zasadności tego zastrzeżenia. W ocenie Izby aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy samo ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się wykonawca wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia.

Izba zgodziła się z Odwołującym Camco, że w niniejszym postępowaniu wykonawca COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku wskazał jedynie, że „*prosimy te kopie (kopie faktur) traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa służącą tylko i wyłącznie udowodnieniu stosowanego poziomu cen i realiów rynkowych*". Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny – co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - nie zawierają żadnych dowodów, które miałyby dowodzić wagi zastrzeżonych załączników. Jak słusznie zauważył Odwołujący Campo niewystarczające dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest stwierdzenie, że „*prosimy te kopie (kopie faktur) traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa służącą tylko i wyłącznie udowodnieniu stosowanego poziomu cen i realiów rynkowych*" i nie może stanowić uzasadnienia dla uznania ich za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że wykonawca COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku nie wykazał przesłanek uzasadniających dokonanie zastrzeżenia złożonych wraz z wyjaśnieniami dowodów (w postaci faktur) – nie wykazał wartości gospodarczej – kluczowej przesłanki uzasadniającej zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa przyjętych przez siebie rozwiązań, jak również nie wykazał, że zastrzegana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub ma inną posiadającą wartość gospodarczą.

Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, że Odwołujący Campo nie wykazał, że Przystępujący Comex niezasadnie dokonał ww. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że niniejszy zarzut nie ma lub nie może mieć wpływu na wynik niniejszego postępowania. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego Campo postawionego Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Comex S.A. z siedziba w Gdańsku z uwagi na złożenie ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień również uznała niniejszy zarzut za zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że złożone wyjaśnienia złożone w toku obligatoryjnej procedury wyjaśnienia ceny były ogólne, uniwersalne lakoniczne oraz niepoparte żadnymi dowodami.

Zamawiający wezwał Przystępującego Comex do wyjaśnień w zakresie min.: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy. Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że Zamawiający wezwał, wykonawcę do przedstawienia szczegółowych kalkulacji w stosunku do ceny oferty i wyjaśnienia w jakim stopniu został uwzględniony zysk. Pismem z dnia 6 listopada 2020 r., wykonawca Comex udzielił wyjaśnień. Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że nie można uznać przedłożonych wyjaśnień za wystarczające i uzasadniające rentowność złożonej oferty. Złożone pismo jest wyjątkowo lakoniczne i pozbawione jakichkolwiek dowodów czy choćby argumentów mających uprawdopodabniać prawidłową kalkulację ceny. Wykonawca Comex nie podjął próby wykazania, ze osiągnie jakikolwiek zysk za wykonanie zamówienia. Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że złożona tabela nie zawiera zysku, co więcej suma poszczególnych pozycji przewyższa kwotę ofertową. W tabeli wartość sprzętu, bez marży to 78 720,00 złotych brutto natomiast cena ofertowa tego wykonawcy to 75 768 zł. Mimo otrzymania przez Zamawiającego ogólnikowych, uniwersalnych wyjaśnień, które w żadnym wypadku nie udowadniały rentowności oferty a raczej stanowią dowód na rażąco niską cenę, Zamawiający w dniu 13 listopada 2020 r. zdecydował się na ponowne wziewanie wykonawcy Comex. W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca Comex przedstawia kolejne wyjaśnienia. Ponownie przedstawił tabelę zawierająca poszczególne składniki sprzętu wraz ich ceną. Jednak, jak w przypadku poprzednio złożonych wyjaśnień przedstawiona tabela nie zawiera zysku, co do którego Zamawiający wyraźnie w wezwaniu się odnosił. Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że wykonawca Comex nie dokonał prawidłowej kalkulacji ceny oraz nie wykazał rentowności swojej oferty w toku procedury z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, mimo iż Zamawiający dwukrotnie wzywał go o wyjaśnienia.

W orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art, 90 ust. 2 Ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że wykonawca Comex nie ustosunkował się do wszystkich elementów wezwania.

Zamawiający, żądał odniesienia się do wszystkich elementów cenotwórczych oferty. Wykonawca Comex zaoferował 24 miesiące dodatkowej gwarancji na urządzenie i akumulatory. Dzięki temu, zgodnie z kryteriami ofert zyskał 20 pkt. Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że dodatkowa gwarancja wiąże się z dodatkowymi kosztami. Konieczne jest wliczenie w cenę ofertową przeprowadzenia nieodpłatnych serwisów, uwzględnienie możliwych awarii i zużycia materiałów. W przedstawionych wyjaśnieniach brak odniesienia się wykonawcy Comex do tego istotnego elementu ceny.

Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że otrzymane wyjaśnienia, jeżeli nie są wystarczająco pełne i nie obalają w sposób bezpośredni domniemania ceny rażąco niskiej, w tym brak dowodów lub ich nieodpowiedniość. stanowią podstawę do odrzucenia oferty.

Zgodzić należało się z Odwołującym Camco, że wykonawca Comex nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi a złożone przez niego wyjaśnienia powinny stanowić podstawę do odrzucenia jego oferty. Zgodzić również należało się z Odwołującym Camco, że złożone w toku postępowania wyjaśnienia Comex dotyczące ceny ofertowej, nie uzasadniają realności ceny ofertowej. Wątpliwe – w ocenie Izby było ponowne wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. To wykonawca jako profesjonalny uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia powinien zadbać o to, aby jego wyjaśnienia odnosiły się do rzeczywistej sytuacji, w której się znalazł oraz aby złożone wyjaśnienia były wyczerpujące i potwierdzały, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co w ocenie Izby w niniejszym postepowaniu (pomimo ponownego wezwania) nie zostało przez wykonawcę wykazane.

W konsekwencji w ocenie Izby należało nakazać Zamawiającemuodrzucenie oferty wykonawcy COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę COMEX S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

……