

Sygn. akt: KIO 1974/22

## WYROK

z dnia 11 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2022 r. przez wykonawcę ELIBRON sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez AMW SINEVIA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim

przy udziale wykonawcy ARFIDO sp. z o.o. z siedzibą w Chybach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1974/22 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ELIBRON sp. z o.o. z siedzibą w

Tychach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ELIBRON sp. z o.o. z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1974/22

Zamawiający: AMW SINEVIA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa wraz z

instalacją i uruchomieniem urządzeń systemu bibliotecznego RFID HF - wrzutni książek do biblioteki zlokalizowanej w budynku nr 4 w k-8156 WCKMed w Łodzi", znak sprawy: SVA/Z/K/4620-3/2022.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 21 kwietnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numer ogłoszenia: 2022/BZP 00130105/01.

W dniu 22 lipca 2022 r. Odwołujący: ELIBRON sp. z o.o. z siedzibą w Tychach powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego, tj; informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 lipca 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub p.z.p., mimo że oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia,

2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO sp. z o.o., mimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.;

3) zaniechania odrzucenia oferty ARFIDO sp. z o.o., mimo, że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, na podstawie art. 226 ust 1 pkt 4;

4) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO sp. z o.o. z powodu zawartej w tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.,

5) zaniechania odrzucenia oferty ARFIDO sp. z o.o., mimo że złożone w dniu 11 lipca 2022 roku wyjaśnienia ceny nie były wystarczające i nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.;

6) zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości dokumentacji, stanowiącej załączniki do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 lipca 2022r. do wyjaśnienia ceny, w szczególności kalkulacji cenowej poz. 9 formularza cenowego, mimo iż ARFIDO Sp. z o.o. nie wykazała zasadności objęcia w.w. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;

7) wyborze jako najkorzystniejszej oferty ARFIDO Sp. z o.o., mimo iż oferta ta podlega odrzuceniu w oparciu o podane powyżej przyczyny.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust.1 pkt 5 p.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że Odwołujący złożył ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO Sp. z o.o. mimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) art. 226 ust.1 pkt 4 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ARFIDO Sp. z o.o., mimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów,

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO Sp. z o.o. mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

5) art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w związku z art. 224 ust. 6 p.z.p., poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO sp. z o.o. mimo że wyjaśnienia ceny nie były wystarczające i nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny;

6) art. 18 ust. 1, 2, 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez ARFIDO Sp. z o.o., a zawarte w załącznikach do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 lipca 2022 r. do wyjaśnienia ceny, w szczególności kalkulacji cenowej poz. 9 formularza cenowego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nieuzasadnione zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Załączników do pisma z dnia 11 lipca 2022 r., pomimo, że ARFIDO sp. z o.o. nie wykazała, że dane zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

7) art. 16 oraz 17 ust. 2 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, przejawiające się w szczególności w uprzywilejowanym traktowaniu wykonawcy działającego pod firmą

ARFIDO Sp. z o.o. oraz w sposób prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Mając na względzie opisane zarzuty, Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym z treści SWZ, oferty Odwołującego oraz wszelkich dokumentów składanych przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z ARFIDO sp. z o.o. oraz pism, dokumentów i oświadczeń znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności wskazanych w treści niniejszego odwołania;

3) unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty ARFIDO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;

4) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO sp. z o.o. z uwagi na fakt, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.;

6) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ARFIDO sp. z o.o., z uwagi na fakt, że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, na podstawie art. 226 ust 1 pkt 4 p.z.p.;

7) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO sp. z o.o. z powodu zawartej w tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.;

8) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ARFIDO sp. z o.o. z uwagi na fakt, że złożone w dniu 11 lipca 2022 roku wyjaśnienia ceny nie były wystarczające i nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.;

9) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości dokumentacji, stanowiącej załączniki do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 lipca 2022r. do wyjaśnienia ceny, w szczególności kalkulacji cenowej poz. 9 formularza cenowego, z uwagi na fakt, iż ARFIDO sp. z o.o. nie wykazała zasadności objęcia w.w. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa,

10) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego wyboru i oceny ofert;

11) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że po złożeniu oświadczenia przez Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu nr 1 odwołania tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 221 ust 1 Pkt 5 ustawy Pzp cofa ten zarzut.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO Sp. z o.o., mimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy ARFIDO Sp. z o.o. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, dlatego, że jest sprzeczna z dobrymi obyczajami (art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Po drugie dlatego, że zaoferowana cena powoduje, że zamówienie zostałyby wykonane poniżej kosztów własnych (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Arfido Sp. z o.o. w poz. 9 formularza cenowego wskazało cenę 2.829,00 zł za wykonanie montażu urządzeń z uruchomieniem, konfiguracji systemu, integracji z systemem bibliotecznym SOWA, testów, szkolenia personelu, udzielenie gwarancji na 24 miesiące (w tym przyjazd technika 2x w roku oraz 2 x w roku serwis zdalny).

Zauważył również, że jako załącznik do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień ARFIDO Sp. z o.o. przedłożyła oświadczenie firmy Sokrates Software L. M. (dostawcy systemu SOWA), z którego wynika, że z uwagi na długoletnią współpracę integracja z systemem funkcjonującym u Zamawiającego nie generuje żadnych dodatkowych kosztów.

Zaznaczył przy tym, że w ofercie Odwołującego poz. 9 formularza cenowego została wyceniona na kwotę 53 925,00 zł netto. Nastąpiło to w związku z faktem, iż w odpowiedzi na zapytanie ofertowe przedstawicielka Sokrates Software L. M. zaoferowała Odwołującemu cenę netto 48 925,00 zł. Stąd też w poz. 9 wskazano zerowy koszt integracji z systemem bibliotecznym, a kwota wpisana przez Arfido w poz. 9 obejmuje tylko uruchomienie i przyjazd i jest kwotą symboliczną, w żaden sposób nie przystającą do rzeczywistych kosztów wykonania.

Wskazał, że przedmiotowa cena obejmowała cenę modułów systemu SowaSQL Premium obsługujących:

- a) Rozszerzony Serwer Protokołu SIP 2 z licencją dla jednego książkomatu,
- b) Serwer Protokołu SIP2, z licencją dla jednej wrzutni,
- c) Driver na stanowisku bibliotekarza z licencją dla dwóch stanowisk, co potwierdziła wiadomość e-mail Sokrates z dnia 22 czerwca 2022 r.

Z powyższego wynika - zdaniem Odwołującego, że ARFIDO sp. z o.o. zawarła nieformalne porozumienie z Sokrates Software L. M., które doprowadziło do ograniczenia konkurencji. Porozumienie to polegało na tym, że dla ARFIDO sp. z o.o. cena za integrację wynosiła 0 zł, natomiast dla Odwołującego cena wynosiła ok. 50 tys. zł.

Zdaniem Odwołującego - porozumienie takie może mieć dowolną formę, w szczególności może być porozumieniem nieformalnym.

Argumentował przy tym, że nie liczy się to, czy przedsiębiorcy mieli świadomość lub działali w celu ograniczenia bądź wyeliminowania konkurencji. Innymi słowy, w tym celu, z pełną świadomością, umawiali się co do podziału rynku, ustalenia jednolitych cen lub innych

warunków sprzedaży. Wystarczy, że potencjalnie taki negatywny skutek dla ograniczenia konkurencji mógł nastąpić, i to wbrew intencjom przedsiębiorców. I tak będziemy mieli do czynienia z zakazanym porozumieniem.

Według Odwołującego - powyższe porozumienie wypełnia znamiona porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1, pkt 4, pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem jest równoznaczne z tym, że:

a) dochodzi do ustalenia cen sprzedaży (dla ARFIDO Sp. z o.o. bezpłatnie, dla Odwołującego stosunkowo duża kwota, oscylująca wokół kilkudziesięciu tysięcy złotych);

b) dochodzi do dyskryminacji Odwołującego. Odwołujący jest gorzej traktowany niż ARFIDO Sp. z o.o., mimo iż nie ma ku temu podstaw;

c) ogranicza się lub eliminuje się Odwołującego z rynku, z uwagi na fakt, że Odwołujący nie mógł za darmo dokonać integracji nie pozyskał zamówienia, a w przyszłości taka sytuacja może doprowadzić do eliminacji Odwołującego z rynku.

W związku z powyższym przekonywał, że powyższe porozumienie o nieodpłatności integracji dokonywanej przez ARFIDO Sp. z o.o. jest nieważne (art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a co za tym idzie ARFIDO Sp. z o.o. nie powinno tak nisko wyceniać poz. 9 z formularza cenowego. Co więcej, tego rodzaju porozumienie przesądza o tym, że oferta ARFIDO Sp. z o.o. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl bowiem art. 15c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednocześnie - w ocenie Odwołującego - Sokrates Software L. M. ma pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na rynku właściwym oprogramowania do zarządzania małymi i średnimi bibliotekami. Oprogramowanie to jest dostępne w około 2 tys. bibliotek, podczas gdy w całej Polsce bibliotek jest ok. 7 tys. Powołał się w tym zakresie na artykuł: „System biblioteczny SOWA”.

Dalej wykazywał, że przejawem nadużycia pozycji dominującej przez Sokrates Software L.k M. było przyznanie ARFIDO Sp. z o.o. nieodpłatnej możliwości integracji oraz zażądanie od Odwołującego za tożsamą integrację kwoty ok. 50 tys. zł. Jest to czyn stypizowany w szczególności w art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tj. narzucanie przedsiębiorcom nieuczciwych cen (tj. Odwołujący ma płacić za integrację, a ARFIDO Sp. z o.o. nie musi). Jako że zgodą Sokrates Software L. M. udzielona ARFIDO Sp. z o.o. na bezpłatną integrację była przejawem nadużywania pozycji dominującej, czynność ta jest nieważna (art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a co za tym idzie ARFIDO Sp. z o.o. nie powinno tak nisko wyceniać poz. 9 z formularza cenowego (ARFIDO Sp. z o.o. powinna zapłacić za integrację normalnie i odpowiednio to wycenić w poz. 9 z formularza cenowego).

Wywodził przy tym, że skorzystanie przez ARFIDO Sp. z o.o. z czynu, zakazanego

przez ustawę, ze szkodą dla Odwołującego, należy ocenić przez pryzmat m.in. art. 422

Kodeksu cywilnego oraz przez pryzmat art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

ARFIDO Sp. z o.o., korzystając z bezprawnych przywilejów cenowych utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku.

W konsekwencji powyższego uznać trzeba - jak stwierdził Odwołujący, iż oferta ARFIDO Sp. z o.o. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl

bowiem art. 15c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej

konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mając na względzie powyższe uzupełniając dodał, że wobec braku możliwości korzystania z nieodpłatnej integracji zaoferowanej przez Sokrates Software L. M., oferta ARFIDO Sp. z o.o. oferuje wykonanie części zamówienia z poz. 9 formularza cenowego poniżej kosztów własnych.

W ocenie Odwołującego - ARFIDO Sp. z o.o. działa w sposób prowadzący do naruszenia uczciwej konkurencji, powołując się na fakt zaoferowania integracji z systemem funkcjonującym u Zamawiającego bez żadnych kosztów.

W związku z tym podkreślił przy tym, że Odwołujący zobowiązany był do zakupu modułów systemu SowaSQL Premium obsługujących rozszerzony Serwer Protokołu SIP 2 z licencją dla jednego książkomatu, serwer Protokołu SIP2, z licencją dla jednej wrzutni i driver na stanowisku bibliotekarza z licencją dla dwóch stanowisk za cenę o blisko 50 tys. zł wyższą, co przesądziło o tym, że nie był on w stanie zaoferować Zamawiającemu łącznej ceny ofertowej równie niskiej, jak ARFIDO Sp. z o.o., co doprowadziło do wyboru oferty ARFIDO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej ( a zatem uniemożliwienie Odwołującemu uzyskania zamówienia).

Nie budzi wątpliwości Odwołującego, że ARFIDO Sp. z o.o. zamierza zrealizować umowę poniżej kosztów, a zatem niezgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie działania mają na celu jedynie wyrugowanie konkurencji, gdyż nie sposób racjonalnie założyć, że spółka, której celem, jest osiąganie zysku zamierza ponieść stratę z realizacji zamówienia z innych powodów niż przedłożenie ponad reguły uczciwej konkurencji zamiaru uzyskania zamówienia bez względu na konsekwencje finansowe.

Zwrócił uwagę, że ARFIDO sp. z o.o. nie miał możliwości złożenia stosownych wyjaśnień, które mogłyby doprowadzić do konkluzji, że złożona przez niego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku stwierdzenia, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty ARFIDO sp. z o.o.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ARFIDO sp. z o.o., mimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów Odwołujący stanął na stanowisku, że oferta złożona przez ARFIDO sp. z o.o. jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (tj. art. 58 k.c.) z uwagi na jej sprzeczność z ustawą i zasadami współzycia społecznego.

Wobec czego zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.

W przekonaniu Odwołującego - oferta ARFIDO sp. z o.o. w części dot. poz. 9 formularza cenowego opiera się na działaniach sprzecznych z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów oraz sprzecznych z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano powyżej, ARFIDO Sp. z o.o. korzysta z dyskryminacyjnych warunków sprzedaży integracji, oferowanych przez Sokrates Software L. M. (tj. z warunków będących skutkiem porozumienia antykonkurencyjnego oraz przejawem nadużywania pozycji dominującej przez Sokrates Software L. M.).

Poza tym, podniósł, że korzystanie przez ARFIDO sp. z o.o. z nieodpłatnej integracji w ramach poz. 9 formularza cenowego jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego w tak rażącym stopniu, że powoduje to nieważność całej oferty ARFIDO sp. z o.o.

Zaznaczył, że nawet zakładając, że nie mamy do czynienia z porozumieniem ograniczającym konkurencję lub z przejawem nadużywania pozycji dominującej przez Sokrates Software L. M.i, to i tak możliwość korzystania przez ARFIDO Sp. z o.o. z nieodpłatnej integracji i konieczność zapłaty przez Odwołującego opłaty za integrację (co

przesądziło o zwycięstwie w przetargu ARFIDO sp. z o.o.) trudno pogodzić z zasadami lojalności i uczciwości kupieckiej.

Wyraził przy tym obawę, że ten stan rzeczy może w przyszłości eliminować Odwołującego z innych przetargów, albowiem Odwołujący nie będzie mógł konkurować z ARFIDO sp. z o.o., jeśli korzysta ono w sposób nieuczciwy z dyskryminacyjnych warunków cenowych, oferowanych przez Sokrates Software L. M.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ARFIDO sp. z o.o. mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę Odwołujący wskazał, że oferta ARFIDO sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w odniesieniu do poz. 9 formularza cenowego i z tego powodu winna zostać odrzucona z postępowania.

Powołał się na okoliczność, że ARFIDO sp. z o.o. nie może korzystać z nieodpłatnej integracji, zaoferowanej przez Sokrates Software L. M.

Stwierdził, że z powyższych przyczyn ARFIDO sp. z o.o. nie przedstawiło także przekonującego wyjaśnienia ceny dla poz. 9 formularza cenowego. Skutkiem braku wiarygodnego wyjaśnienia ceny składowej z poz. 9 formularza cenowego jest przesądzenie, że wywarła ona wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski poziom.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przyjmując, że oferta ARFIDO sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie Prawo zamówień publicznych ze względu na złożenie niewystarczających wyjaśnień. Nie sposób bowiem uznać pisma ARFIDO sp. z o.o. za wyjaśnienie kalkulacji ceny. Jest to wyłącznie pismo potwierdzające poprawność kalkulacji ceny, które w żadnej mierze nie obrazuje procesu, na podstawie którego ARFIDO sp. z o.o. obliczyła cenę za wykonanie zamówienia.

Zwrócił uwagę, że wezwanie do wyjaśnienia kalkulacji ceny wystosowane do ARFIDO sp. z o.o. spowodowało powstanie wrzuszalnego domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska i doszło do przeniesienia na wykonawcę ciężaru udowodnienia okoliczności wskazujących na brak zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zauważył, że w wezwaniu, wystosowanym na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zażądał przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących pozycji 9. Formularza cenowego wraz z dowodami.

Według Odwołującego - złożone przez ARFIDO sp. z o.o. wyjaśnienia z powyższymi wytycznymi nie sposób uznać za konkretne i przekonujące.

W ocenie Odwołującego - na podstawie złożonych przez ARFIDO sp. z o.o. wyjaśnień, nie doszło do obalenia domniemania, o którym mowa powyżej, albowiem ARFIDO sp. z o.o. nie wykazało w sposób odpowiedni, że zaoferowana cena jest realna.

Przeciwnie, złożone wyjaśnienia dowodzą - zdaniem Odwołującego, że czynności, o których mowa w poz. 9 formularza cenowego ARFIDO sp. z o.o. zamierza wykonać poniżej rynkowych kosztów, a zaoferowana cena jest całkowicie nierealna ( także w porównaniu z ceną Odwołującego).

Dodatkowo, powołał się na okoliczność niemożliwości skorzystania przez ARFIDO sp. z o.o. z bezpłatnej integracji z systemem, zaoferowanej przez Sokrates Software, z uwagi na fakt, że czynność ta była nieważna z mocy ustawy. Także z tej przyczyny wyjaśnień ceny nie można uznać za odpowiednie i wystarczające do wykazania, że cena oferowana nie jest

rażąco niska.

W odniesieniu do zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1, 2, 3 ustawy

Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - w ocenie Odwołującego - Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że ARFIDO sp. z o.o. w sposób dostateczny zastrzegła, że Załączniki do wyjaśnień z dnia 11 lipca 2022 r. stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zwrócił uwagę, że w niniejszej sprawie ARFIDO sp. z o.o. zastrzegł treść załączników do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz nie wykazał w żaden sposób, aby załączniki do wyjaśnień stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego - przedstawione przez ARFIDO Sp. z o.o. uzasadnienie jest ogólnikowe, niekonkretne i mogące się odnosić do każdego typu informacji, podczas gdy, aby skutecznie uzasadnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazał, że zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna

Podniósł, że ARFIDO sp. z o.o. nie przedłożyła żadnych umów, obejmujących zobowiązania do zachowania poufności, wobec tego samo powoływanie się na klauzule poufności z pracownikami, współpracownikami oraz kontrahentami bez udowodnienia, że takie postanowienia istnieją, a nawet bez wykazania, że taka umowa została faktycznie zawarta, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy, niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów na etapie zastrzegania informacji.

W przekonaniu Odwołującego niniejszej sytuacji Zamawiający powinien odtajnić załączniki do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w całości, z uwagi na brak udowodnienia przez ARFIDO sp. z o.o., że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ostatecznie Odwołujący zauważył, że w konsekwencji powyższego, Zamawiający naruszył również art. 16 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego - przejawiało się to w braku odrzucenia oferty wykonawcy, która naruszała zasady uczciwej konkurencji, była sprzeczna z obowiązującymi przepisami i zawierała rażąco niską cenę, bowiem prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, a Zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom bez jakichkolwiek preferencji.

Pismem z dnia 29 lipca 2022 r. wykonawca Arfido sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania, a z ostrożności o jego oddalenie w części dotyczącej pkt 2-7 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania wraz z załącznikami, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 6 lipca 2022 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 11 lipca 2022 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz załączonymi dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 10 sierpnia 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 sierpnia 2022 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania, uznając, że Zamawiający prawidłowo postępował w tym postępowaniu, uznając się dotychczas za Zamawiającego, co potwierdza publikacja zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych dokonana na jego wniosek, a także wszystkie jego czynności dokonane w trybie ustawy Pzp.

Zdaniem Izby - jest on Zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt. 3 ustawy Pzp, to jest inną, niż jednostka sektora finansów publicznych, osobą prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, pośrednio finansowaną przez Agencję Mienia Wojskowego w ponad 50% z nadzorem Skarbu Państwa nad organem zarządzającym spółki.

W dalszej kolejności, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16, 17 ust.2, 18 ust. 1 - 3, art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt. 4, 7, 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu nr 1 z tego powodu, że na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że po złożeniu oświadczenia przez Zamawiającego o uwzględnieniu tego zarzutu odwołania tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 221 ust 1 Pkt 5 ustawy Pzp cofa ten zarzut, wobec czego Izba uznała jego rozpoznanie za bezprzedmiotowe.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaferowania przez tego wykonawcę oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z rażąco niską ceną.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty zawierającej rażąco niską ceną.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający określił w wysokości 359 529, 00 zł brutto, podczas gdy Odwołujący złożył ofertę w kwocie 350 147,77 zł brutto, zaś Przystępujący złożył ofertę w kwocie 290 280,00 zł brutto.

Bezsporna pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym a Odwołującym była okoliczność, że Zamawiający mógł przeprowadzić postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę, mając wątpliwość jedynie w zakresie l.p.9 formularza cenowego.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jednocześnie z ust.2 powołanego wyżej przepisu wynika, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Przystępujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając żądane wyjaśnienia wraz z dowodami.

W następstwie tego wezwania Przystępujący pismem z dnia 11 lipca 2022 r. załączył dowody w postaci szczegółowej kalkulacji poszczególnych składników ceny jednostkowej z formularza cenowego z l.p.9 wraz z umowami o pracę, które miały na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba uznała, że tak przedstawiona przez Przystępującego szczegółowa kalkulacja cenowa stanowi dowód mogący obalić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny.

Przy czym stosownie do art.226 ust.5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego oraz załączonej szczegółowej kalkulacji, Izba doszła do przekonania, że były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Izba oparła się w tym zakresie na zaświadczeniu z dnia 7 lipca 2022 r. producenta oprogramowania bibliotecznego SOWA - firmy Sokrates - Software L. M., potwierdzającego istnienie wyjątkowo korzystnych warunków wykonania usługi, o których mowa w art.224 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy również wskazać, że zakres przedmiotowy l.p.9 formularza cenowego

złożonego przez Przystępującego w ofercie był odrębny w stosunku do oferty dla Odwołującego z dnia 22 czerwca 2022 r., którą ten otrzymał od firmy Sokrates - Software L. M., bowiem propozycja dla Odwołującego przewidywała w ramach ceny tam wskazanej Rozszerzony Serwer Protokołu SIP 2 z licencją dla jednego książkomatu, Serwer Protokołu SIP2 z licencją dla jednej wrzutni, Driver na stanowisku bibliotekarza z licencją dla dwóch stanowisk, podczas gdy propozycja producenta oprogramowania dla Przystępującego z l.p. 9 dotyczyła integracji z systemem SOWA, a nie zakupu licencji.

Powyższą okoliczność potwierdza również oferta firmy Sokrates - Software L. M. dla Przystępującego z dnia 12 maja 2022 r. z ceną za moduł porównywalną z uzyskaną przez Odwołującego ceną.

Dodatkowo, wymaga podkreślenia, że Przystępujący wszystkie te koszty dokładnie podał, a Odwołujący nie wdał się w tym zakresie w spór co do istoty.

Reasumując, wyjaśnienia Przystępującego zawierały kalkulację składowych ceny pozwalających na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego.

Zdaniem Izby - rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną o cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe wyjaśnienia Przystępującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za wiarygodną cenę rynkową.

W takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania pozostałych zgłoszonych zarzutów odwołania wymaga zauważenia, że w postępowaniu odwoławczym dotyczącym sprawy zamówienia publicznego zastosowanie ma art.8 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosując powyższe odesłanie na grunt przepisów kodeksu cywilnego - w przekonaniu Izby - rzeczą Odwołującego jest przeprowadzenie onus probandii wynikającego z art.6 kodeksu cywilnego, który to przepis przewiduje, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zdaniem Izby - głosłowne są zarzuty Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

Argumentacja Odwołującego odnosząca się do porównania otrzymanych od firmy Sokrates - Software L. M. ofert innej dla niego i dla Przystępującego - w przekonaniu Izby - jest chybiona z przyczyn omówionych na wstępie. Odwołujący nie dostrzega, że inna jest cena usługi integracji systemu, a inna jest cena zakupu serwerów wraz z licencjami.

Z tych powodów, a także z braku odpowiednich dowodów procesowych, Izba nie

mogła przyjąć, że w jakikolwiek sposób doszło do zмовy cenowej pomiędzy Przystępującym a firmą Sokrates - Software L. M.

Odwołujący poza własnymi przypuszczeniami wyprowadzonymi z błędnej przesłanki, że koszty licencyjne są równoznaczne z kosztami integracji, która już u Przystępującego została dokonana i nie wymagała znacznych nakładów finansowych, jak u Odwołującego, nie wykazał istnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Złożona przez Przystępującego oferta nie mogła stanowić również czynu nieuczciwej konkurencji z tego powodu, że wykonawca ten otrzymał rabat cenowy, którego udzielenie w obrocie powszechnym stanowi dopuszczalną jest praktykę i nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami czy etyką kupiecką.

Z powyższych względów Izba nie stwierdziła również możliwości wystąpienia nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący zresztą takich konkretnych przepisów nie wskazał.

Ostatecznie Izba, uznała, że zastrzeżenie przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane przy zastosowaniu przesłanek z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przekonaniu Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach i kalkulacji mają dla Przystępującego wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione przez niego do publicznej wiadomości poza tymi, które już ujawnił Zamawiający, a także zostały wobec tych informacji podjęte środki zabezpieczające przed nieuprawnionym ich ujawnieniem.

Według zapatrywania Izby - oczekiwanie przez Zamawiającego złożenia innych bardziej obszernych dowodów uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiłoby wymóg nadmiarowy.

Reasumując, na zasadzie art. 18 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

W takim przypadku w myśl ust.3 powołanego wyżej przepisu prawa nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Według zapatrywania Izby - z przytoczonych wyżej przepisów, w oparciu o dokonane przez Odwołującego zastrzeżenie, Zamawiający nie miał podstawy prawnej do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....