

**WYROK**  
**z dnia 4 stycznia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2015 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 grudnia 2015 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Xerox Polska sp. z o.o., Arcus S.A., ul. Domaniewska 52, 02 – 672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00 – 940 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Blue Brain Sp. z o.o. Sp. k., LGBS Polska SP. z o.o., ul. Lubomirskiego 51/53, 31-509 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Xerox Polska sp. z o.o., Arcus S.A., ul. Domaniewska 52, 02 – 672 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Xerox Polska sp. z o.o., Arcus S.A., ul. Domaniewska 52, 02 – 672 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Xerox Polska sp. z o.o., Arcus S.A., ul. Domaniewska 52, 02 – 672 Warszawa**

1

---

na rzecz zamawiającego **Poczty Polskiej S.A., ul. Stawki 2, 00 – 940 Warszawa** kwotę **3 075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: .....

2

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup kompleksowej usługi wydruku dla wybranych lokalizacji Poczty Polskiej S.A.” prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] przez Zamawiającego – Poczta Polska. Zdaniem wnoszącego odwołanie - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Xerox Polska sp.z o.o. oraz Arcus S.A. [Odwołujący] w postępowaniu Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, w zakresie:

1. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz.

1503 ze zm., dalej jako „uznk”) z uwagi na zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Blue Brain w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, w szczególności informacje zawarte w wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub nie zostało wykazane przez Konsorcjum Blue Brain wraz z złożeniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, że te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Blue Brain, pomimo, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Blue Brain, które nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Blue Brain, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nieodrzuconie oferty Konsorcjum Blue Brain niezgodnej z SIWZ, albowiem za zaoferowaną w ofercie cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykluczenie Konsorcjum Blue Brain z postępowania, które nie wykazało spełniania warunku opisanego w Rozdziale 8 ust. 3 SIWZ w wyniku przedłożenia dokumentu dotyczącego zamówienia nie spełniającego opisanego przez Zamawiającego warunku, a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty tego Konsorcjum za odrzuconą, a z ostrożności procesowej wskazano także na art. 24 ust. 2

3

---

pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy z uwagi na niewykluczenie Konsorcjum Blue Brain z postępowania pomimo złożenia przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji zaniechania uznania oferty za odrzuconą;

6. art. 7 ust. 1 ustawy z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienie odwołania oraz nakazanie unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Blue Brain; oraz nakazanie odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Blue Brain w zakresie, w jakim nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa lub Konsorcjum Blue Brain nie wykazało, że zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu; odrzucenia oferty Konsorcjum Blue Brain; ewentualnie wykluczenia Konsorcjum Blue Brain i uznania oferty Konsorcjum Blue Brain za odrzuconą; i dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Wykonawca podał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego uzyskała 83,30 pkt i w związku z tym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w Postępowaniu. Oferta Konsorcjum Blue Brain została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania stwierdził w szczególności, co następuje:

- I. Odnośnie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny podał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po

dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, iż zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku. Zastrzeżenie

4

informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, powinno być interpretowane w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o zamówienie publiczne. Jednocześnie, zgodnie ze wskazanym przepisem, wraz z zastrzeżeniem informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Obowiązek ten wiąże się z podjęciem działań niezbędnych w celu zachowania informacji w poufności, stanowi zatem wypełnienie wymogu z art. 11 ust. 4 uznk. Zaniedbanie takiego obowiązku, uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów, w efekcie zatem zaniedbanie wykazania przez wykonawcę w momencie wskazanym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadzi do nieskuteczności takiego zastrzeżenia. Uchybienie ww. obowiązkowi zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania poufności zastrzeżonych w ofercie informacji. Brak jest przy tym podstaw, wobec jednoznacznej dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, do wzywania wykonawcy do składania oświadczenia, co do przyczyn objęcia poszczególnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Faktem jest to, iż przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż informacje posiadające walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinny być zastrzeżone (oraz uzasadnione) nie później niż na dzień składania oferty lub dopuszczenia wniosków do udziału w postępowaniu. Jednakże zgodnie z orzecznictwem KIO, obowiązek wynikający z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczy każdego etapu składania zastrzeżonych informacji. W niniejszym Postępowaniu Konsorcjum Blue Brain, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 9 listopada 2014 r. złożyło wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, zastrzegając całość wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z ewentualnymi załącznikami. Jednakże Wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet, jeżeli Wykonawca zawarł w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, oświadczenie o zasadności utajnienia informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, wówczas obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie, czy samo oświadczenie zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w przypadku braku takiego waloru - jego odtajnienie. Dalej podał, że oświadczenie o zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być ogólnikowe i nie mogą być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w stosunku do każdego dokumentu. Z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa można korzystać wyłącznie po spełnieniu i - w przypadku zamówień publicznych - po wykazaniu wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Podkreślił, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzeżone jedynie określone informacje zawarte w poszczególnych dokumentach, a nie cały dokument. Zasadniczo bowiem z ochrony przed ujawnieniem do publicznej wiadomości

5

korzystają poszczególne informacje nie zaś całe dokumenty. Zamawiający zobowiązany jest zatem w każdym przypadku korzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu z przywileju zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa do szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wszystkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają. W przeciwnym razie, możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, staje się instrumentem prowadzącym do nadużyć w celu „tajnego” pozyskania zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które - co do zasady - jest jawne. Odwołujący całkowicie podziela przy tym pogląd wyrażony w wyroku KIO, iż nie można akceptować coraz częstszych praktyk, iż wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie

nie spełniają wymogów z art. 11 ust.4 uznk. Odwołujący ponownie podkreślił, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Potwierdza to również orzecznictwo KIO. W jednym z wyroków Izba stwierdziła, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających go do zastrzeżenia określonych dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem Konsorcjum Blue Brain, zastrzegając całość wyjaśnień tajemnicę przedsiębiorstwa powinno złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Z odpowiedzi Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie wynika, iż dokonano takiego zastrzeżenia. Wykonawca w wyjaśnieniach zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie zawarte w nich informacje, za wyjątkiem miejscowości i daty sporządzenia pisma, jego adresata i nadawcy, wskazania postępowania, którego dotyczy oraz pieczęci firmy, oznaczenia prezesa i jego podpisu. Podkreślił ponownie, że niedopuszczalne jest przyjmowanie przez Zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Sytuacją niedopuszczalną jest również bezkrytyczne przyjmowanie argumentów wykonawcy, co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawcy najczęściej bardzo ogólnie wskazują, z jakiego powodu informacje mogłyby podlegać zastrzeżeniu, a także nie udowadniają, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej podał, że w wyjaśnieniach Konsorcjum Blue Brain dotyczących rażąco niskiej ceny z pewnością były zawarte informacje, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu

6

---

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Do tych informacji należy przede wszystkim zaliczyć samą argumentację, jeżeli w ogóle została zaprezentowana w przedmiotowych wyjaśnieniach, dotyczącą wykazania, że zawarte w tych wyjaśnieniach informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywanie przez Wykonawcę, że określone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa, a więc że mają określony charakter (techniczny, technologiczny, organizacyjny itp.), nie zostały podane do publicznej wiadomości oraz podjęto w stosunku do nich działania w celu utrzymania ich w poufności, nie wymaga prezentowania informacji mających status tajemnicy przedsiębiorstwa. Analogicznie rzecz się ma w odniesieniu do cen i kosztów jednostkowych dotyczących poszczególnych elementów oferty, do których wyjaśnienia Konsorcjum Blue Brain zostało wezwane przez Zamawiającego. Skoro bowiem w świetle art. 8 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp, wykonawca nie może zastrzec informacji o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, w szczególności informacji dotyczących ceny, to tym samym nie może zastrzec informacji dotyczących cen za poszczególne elementy oferty. Zwłaszcza, jeżeli tak jak miało to miejsce w okolicznościach przedmiotowego postępowania, wyjaśnienia Konsorcjum Blue Brain miały dotyczyć elementów oferty mających mieć wpływ na wysokość całkowitej ceny za poszczególne Wolumeny, a tym samym było konieczne podanie w wyjaśnieniach cen za poszczególne elementy oferty składające się na Wolumeny A-D. Wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie miały bowiem służyć wykazaniu realności zaproponowanej ceny zarówno w odniesieniu do jej całkowitej wartości, jaki i poszczególnych jej składników. Podobnie jest z nazwami i oznaczeniami katalogowymi rozwiązań sprzętowych, części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych, które mogły być żądane przez Zamawiającego już w ofertach w celu zbadania, czy zaproponowane w ofertach ww. rozwiązania spełniają wymagania w zakresie parametrów postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Pomimo tego, że Zamawiający nie wymagał wskazania ww. informacji w ofercie, to Konsorcjum Blue Brain musiało je wskazać w wyjaśnieniach oraz podać ich ceny w celu wykazania, że te ceny są realne oraz ich zapłata gwarantuje Zamawiającemu usługę zgodną z parametrami określonymi w SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o odtajnienie całości składanych przez Konsorcjum Blue Brain wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz ewentualnych załączników i odroczenie rozprawy w celu umożliwienia zapoznania się z odpowiedzią Konsorcjum Blue Brain na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Ewentualnie, w przypadku gdyby Wykonawca zawarł w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, oświadczenie o zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, które zostanie przez Krajową Izbę Odwoławczą zbadane i uznane za niezasadne, Odwołujący wnosi o odtajnienie części informacji zwartych w tych wyjaśnieniach i

---

zastrzec, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z ostrożności Odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - wnosi o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie całości lub części składanych przez Konsorcjum Blue Brain wyjaśnień. Odwołujący stoi bowiem na stanowisku, że utajnienie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w całości było bezzasadne i miało jedynie na celu uniemożliwienie zweryfikowania prawidłowości zaoficerowanych cen. Przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów pozwoli na rzeczywiste zweryfikowanie realności cen zaoficerowanych przez Konsorcjum Blue Brain oraz realności wykonania zamówienia.

- II. Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp oraz stwierdził, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie konkretnego zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Innymi słowy rażąco niska cena prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego i generuje ryzyko niemożliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W jednym z wyroków KIO stwierdziła, iż rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należyście i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym, ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy. Podkreślił, że weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoficerowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencją skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoficerowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 90 ust. 1 - ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 90 ustawy Pzp ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. W konsekwencji gwarantuje zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W

---

skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny. Biorąc pod uwagę fakt braku jednoznacznego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a także fakt konieczności dążenia do zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych, procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej wdrożona musi być w każdym przypadku, gdy pojawiają się wątpliwości, czy zaoficerowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232) - wątpliwości takie pojawiają się zwłaszcza wtedy, gdy zaoficerowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i w takiej sytuacji uprawnienie do skorzystania z procedury wyjaśniającej przekształca się w obowiązek obciążający zamawiającego. Każdorazowo punktem wyjścia do oceny, czy cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej jest szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego, a także ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Zdaniem wykonawcy, pomimo wskazania przez ustawodawcę pewnego pułapu

procentowego uprawdopodobniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny, każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie. Prawdopodobnym jest bowiem zaistnienie chociażby sytuacji, w której cena danej oferty nie będzie odbiegać od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert przez fakt zaniżenia tej średniej przez jedną ofertę cechującą się rażąco niską ceną. Pomimo to, należy wziąć pod uwagę, że to ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. Jednocześnie zaznaczył, że w ramach wskazanej powyżej nowelizacji ustawodawca usankcjonował dotychczasową linię orzeczniczą i przesądził, że obowiązkiem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, obarczony jest wykonawca. Zatem to na wykonawcy, co do którego oferty zachodzi uzasadniona wątpliwość, że zawiera rażąco niską cenę, ciąży obowiązek rzetelnego i szczegółowego wyjaśnienia przyczyn wskazania takiej ceny i przekonania zamawiającego, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. W szczególności jego wyjaśnienia powinny obejmować swym zakresem 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

9

---

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). Przedkładane w ramach omawianej procedury wyjaśnienia wykonawcy powinny być więc precyzyjne i konkretne, kompatybilne z oświadczeniami zawartymi w złożonej ofercie. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania się należyłą starannością przy ich przygotowywaniu tak, aby obalić domniemanie, że złożona przez niego oferta cechuje się rażąco niską ceną. Konsekwencje niesprostania tak rozumianemu ciężarowi dowodowemu zrównane są bowiem w skutkach, zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa, z niezłożeniem wyjaśnień i powodują konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przewidziana w ramach ustawy Pzp konieczność weryfikacji, czy cena oferty nie zawiera znamion rażąco niskiej obciąża: z jednej strony zamawiającego, który jest obowiązany do wszczęcia procedury wyjaśniającej zawsze wtedy, kiedy pojawiają się jakiegokolwiek wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, a także do czuwania nad tym, aby procedura ta nie przybrała jedynie iluzorycznego charakteru (tym samym zamawiający obowiązany jest przeanalizować treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w kontekście złożonej przez niego oferty i okoliczności sprawy). Jednocześnie zgodnie z orzecznictwem KIO zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art 90 ust 1 ustawy Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art 90 ust 1 ustawy Pzp zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot, ale i poprzez realność poczynionych założeń, co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia; z drugiej zaś strony wykonawcę, który złożył taką ofertę, który jest obowiązany do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami rozwiewającymi wszelkie wątpliwości w tym zakresie, z jednoczesnym zachowaniem należytej staranności wymaganej od profesjonalistów działających na rynku. Dalej wykonawca podał, że ceny oferty Konsorcjum Blue Brain oferowane w poszczególnych Wolumenach, tj. Wolumenach A-D, są cenami nierynkowymi oraz nierealnymi, uniemożliwiającymi realizację przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający osiągnięcie zysku zarówno przez Wykonawcę, jak i jego podwykonawców. Podkreślił ponownie, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, ciężar wykazania oraz dowodu w zakresie tego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonawcy, który tę ofertę złożył, a w postępowaniu odwoławczym na tym wykonawcy, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny wykonawca podniósł, że Zamawiający zasadnie powziął

wątpliwość, co do cen oferowanych przez Konsorcjum Blue Brain we wszystkich Wolumenach, tj. Wolumenie A, Wolumenie B, Wolumenie C oraz Wolumenie D. W związku z tym pismem z dnia 26 października 2015 r. wszczął procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a uzasadnieniem dla wszczętej procedury była znaczna różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Blue Brain a szacunkową wartością zamówienia, ale przede wszystkim cenami innych złożonych w Postępowaniu ofert. Zamawiający w wezwaniu wskazał, iż ceny zaoferowane za poszczególne Wolumeny, po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych wynoszą odpowiednio: Wolumen A-27379704,36zł brutto; Wolumen B - 27 590 115,83 zł brutto; Wolumen C - 30 091 913,40 zł brutto; oraz Wolumen D - 35 144 629,80 zł brutto. Następnie Zamawiający wskazał, iż niniejsze ceny są znacząco niższe od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, która w poszczególnych Wolumenach wynosi: Wolumen A-64 317 691,32 zł brutto; Wolumen B - 67 841 239,99 zł brutto; Wolumen C - 73 109 877,99 zł brutto; oraz Wolumen D - 77 057 044,23 zł brutto. Z powyższego wynika, iż ceny oferowane przez Wykonawcę w poszczególnych Wolumenach są niższe od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT o: Wolumen A - 5 7,43 %; Wolumen B - 59,33 %; Wolumen C - 58,40 %; oraz Wolumen D - 54,39 %. Zamawiający ponadto ustalił, iż Wykonawca zaoferował ceny znacząco odbiegające od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych przez innych wykonawców w Postępowaniu, co w ocenie Odwołującego bardziej wskazuje na fakt zaoferowania przez Konsorcjum Blue Brain cen rażąco niskich. Średnia arytmetyczna ofert złożonych w Postępowaniu: Wolumen A - 41159 965,67 zł brutto; Wolumen B - 43 607 530,86 zł brutto; Wolumen C - 47 808 948,48 zł brutto; oraz Wolumen D - 52 089 830,54 zł brutto. Odwołujący stwierdził, że analiza powyższego wskazuje, iż oferta Konsorcjum Blue Brain jest niższa od średniej arytmetycznej ofert złożonych w Postępowaniu odpowiednio o: Wolumen A - 33,48 %; Wolumen B - 36,73 %; Wolumen C - 37,06 %; oraz Wolumen D - 32,53 %. Biorąc pod uwagę powyższe, cena oferty Konsorcjum Blue Brain jest niższa o 30% od wartości zamówienia oraz od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia w poszczególnych Wolumenach, co wpłynęło na zastosowanie procedury wyjaśniającej i zrodziło domniemanie, iż cena ta charakteryzuje się znamionami ceny rażąco niskiej. Odwołujący podkreślił, że zaoferowanie cen za poszczególne Wolumeny na tym poziomie, jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia oraz nie pozwala na jego prawidłowe wykonanie wraz z zapewnieniem zysku. Złożenie oferty z tak niskimi cenami jest ewidentnie sprzedażą usługi będącej przedmiotem zamówienia poniżej kosztów jej świadczenia, i jako takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Ponownie stwierdził, że całe wyjaśnienia Wykonawcy zostały bezpodstawnie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołującemu nie jest zatem znana ich treść. Tym niemniej zarzuca, że wyjaśnienia te są ogólnikowe, nierzetelne i niewystarczające.

11

Zarzucaamy także, że Wykonawca nie przedstawił wystarczających dowodów, potwierdzających, iż ceny zaoferowane przez niego w poszczególnych Wolumenach są realne i też, że z rażąco ceny konkurencyjne. Podkreślił wyjaśnień dotyczących niskiej nie przedłożonych Konsorcjum Blue Brain

Zamawiającemu przez może wynikać

udowodnienie, że cena tego Konsorcjum nie jest rażąco niska, gdyż przy uwzględnieniu obiektywnych uwarunkowań rynkowych oraz wzięciu pod uwagę szczególnych scenariuszy, które mogłyby dotyczyć Konsorcjum Blue Brain nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia za oferowaną cenę, ewentualnie Konsorcjum Blue Brain nie jest w stanie za tę cenę zapewnić Zamawiającemu wymaganych przez Niego parametrów przedmiotowej usługi. Odwołujący wskazał, że po dokonaniu przez niego różnych symulacji wycen, bazujących na informacjach otrzymanych z rynku oraz przyjęciu najtańszych możliwych rozwiązań, które jednocześnie są zgodne z postanowieniami SIWZ, nie ma możliwości wykonania niniejszego zamówienia w sposób należyty i umożliwiający osiągnięcie zysku przez Konsorcjum Blue Brain. Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, stwierdził, że zaproponowane przez Konsorcjum Blue Brain ceny w poszczególnych Wolumenach, nie obejmują wszystkich kosztów niezbędnych do rzetelnego wykonania usługi zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, w szczególności Odwołujący wskazuje, iż ceny te mogą

wynikać z zaniżenia lub nieuwzględnienia w szczególności takich kosztów jak:

- w przypadku zaoferowania urządzeń drukujących w formie leasingu, nieuwzględnienia kosztów finansowania tych urządzeń. Odwołujący podkreśla, iż należało w wycenie uwzględnić koszty urządzeń wraz z minimalną marżą, która z wiadomości posiadanych przez Odwołującego wynosi około 5 % wartości leasingowanych urządzeń;
- w przypadku zaoferowania urządzeń drukujących posiadanych na własność, nieuwzględnienia faktu finansowania zakupu tychże urządzeń, z uwagi na to, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ wykonawca otrzyma wynagrodzenie płatne z dołu w postaci Abonamentu za każdy Okres Rozliczeniowy;
- kosztów części zamiennych/materiałów eksploatacyjnych/tonerów oraz zapewnienie ich w odpowiedniej ilości. Odwołujący wskazuje, iż zasadą jest to, że w przypadku zaoferowania tańszych, koszty serwisu tych urządzeń są zdecydowanie wyższe. Dlatego też nie jest możliwe przewidzenie;
- kosztów pracy (rynkowych) minimum 5 specjalistów, tj. Kierownika Projektu, Service Delivery Menagera, Koordynatora ds. Wdrożenia Urządzeń, Koordynatora ds. Wdrożenia Systemu, Analityka procesowego. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z Rozdziałem 8 ust. 4 SIWZ, Zamawiający wymagał przedstawienia osób wysoce wykwalifikowanych z odpowiednim doświadczeniem. Konsekwencją tego brak jest możliwości przyjęcia, jako prawidłowego założenia, iż osoby te będą otrzymywały wynagrodzenie odpowiadające lub nieco przewyższające minimalne wynagrodzenie za pracę w rozumieniu ustawy z dnia 10

12

---

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, ze zm.). Przyjęcie niniejszego założenia będzie stało w sprzeczności z realiami rynkowymi w zakresie dotyczącym wynagradzania tego typu osób;

- kosztów pozostałych zasobów ludzkich, tj. w szczególności serwisantów, osób pełniących dyżur sobotni (w związku z obowiązkiem świadczenia SLA w soboty), koszty osób odpowiedzialnych za utrzymanie oferowanego systemu oraz obsługę helpdesku. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ swoich wymagań w zakresie tychże osób, jednakże w celu zapewnienia należytej realizacji przedmiotu zamówienia, koniecznym było przyjęcie pewnych założeń dotyczących zasobów ludzkich i wliczenie tych kosztów;
- kosztów Systemu oraz jego wdrożenia;
- kosztów przygotowania Projektu Technicznego;
- kosztów logistyki, na które składają się koszty transportu oraz instalacji urządzeń;
- innych kosztów pośrednich/kosztów ryzyka, które pozwolą, m.in.

(i) na pokrycie kosztów ryzyka walutowego. Odwołujący wskazuje, iż koszty serwisu podawane są na rynku usług związanych z wydrukiem w walutach: euro lub dolar. Dlatego też, z uwagi na częste wahania kursów walut oraz 5-letni okres realizacji przedmiotowej usługi, koniecznym było w kalkulowaniu tego ryzyka w cenę złożonej oferty;

(ii) kosztów inflacji - należy zauważyć, iż zamówienie będzie realizowane przez okres 63 m-cy, zatem przy wycenie należało uwzględnić zmiany wartości pieniądza;

(iii) kosztów przedłużonej gwarancji - Odwołujący wskazuje, iż standardowa gwarancja na tego typu urządzenia wynosi, co do zasady od 12 do 36 miesięcy. W związku z tym, w przypadku realizacji usługi w terminie dłuższym Wykonawca zobowiązany był dokonać zakupu przedłużonej gwarancji lub zwiększyć koszty serwisu tych urządzeń, po upływie standardowego okresu gwarancji.

Zdaniem Odwołującego, konieczność poniesienia wskazanych powyżej kosztów jest niezbędna do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Zatem ich nieuwzględnienie lub wadliwe uwzględnienie (np. w mniejszej ilości) uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Blue Brain za odpowiadających wymogom art. 90 ustawy Pzp i wykazujące rzetelność, realność oraz rynkowość oferowanych cen. Zauważył, że oferta Odwołującego została zakwalifikowana na drugiej pozycji spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w Postępowaniu. Kalkulując swoją ofertę, Konsorcjum Xerox oparło ją na standardach rynkowych, potwierdzonych cenami zaoferowanymi w ofertach konkurencyjnych (oferta Odwołującego nie była w żadnym Wolumenie niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej ofert złożonych w Postępowaniu). Odwołujący wykazywał w toku Postępowania, iż zaoferowanie przez niego tak atrakcyjnych cen jest możliwe, m.in. a skutek tego, iż (i) firma Xerox Polska Sp. z o.o. wchodzi w skład międzynarodowej firmy Xerox

13

---

Limited, która jest producentem urządzeń oferowanych w niniejszym postępowaniu, (ii) firma Arcus S.A. jest oficjalnym dystrybutorem urządzeń drukujących marki Kyocera w Polsce. Niniejsze okoliczności wskazują, iż Odwołujący nie musiał wkalkulować w cenę swojej oferty kosztów związanych z pośrednictwem pomiędzy dystrybutorem sprzętu a producentem. Odmienne niż Konsorcjum Blue Brain. Wskazał ponadto, że pisma Wykonawcy z dnia 5 listopada 2015 r., będącego odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu wynika, iż Konsorcjum Blue Brain będzie korzystało z usług, co najmniej 3 podwykonawców (będących jednocześnie podmiotem trzecim w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Zatem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny się również bezwzględnie odnosić do tej okoliczności i brać pod uwagę koszty związane z korzystaniem z usług podwykonawców, tj. nie tylko koszty realizacji danej części zamówienia, ale także zysku osiąganego zarówno przez Wykonawcę, jak i jego podwykonawców. Niniejsze pozwala również stwierdzić, że jeżeli Konsorcjum Blue Brain powoływało się w wyjaśnieniach na okoliczność własnego doświadczenia, jako elementu mającego wpływ na „obniżenie ceny”, pomimo tego, że Wykonawca musiał wykazać spełnienie warunków udziału w Postępowaniu przy pomocy podmiotów trzecich, będących jednocześnie podwykonawcami, wówczas należało zdecydowanie odrzucić ten argument. Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności, zdaniem Odwołującego, należy założyć, że Zamawiający dokonał w sposób wadliwy oceny prawidłowości złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień. Odwołujący sprostą zatem ciężącemu na nim obowiązki wykazania, iż cena ofertowa Konsorcjum Blue Brain winna się wydać zamawiającemu ceną o rażąco niskim charakterze oraz budzić wątpliwości, co do możliwości wykonania przez Wykonawcę w sposób należyty. Odwołujący jednocześnie zaznaczył, że w przypadku odtajnienia całości, a nawet części wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Blue Brain, zgodnie z wnioskiem zwanym w odwołaniu, będzie mógł podnieść dodatkowe argumenty dotyczące przedstawionych zarzutów. Podsumowując stwierdził, że realizacja zamówienia za ceny wskazane przez Konsorcjum Blue Brain w poszczególnych Wolumenach nie jest możliwa, a ceny oferty zostały w sposób znaczący zaniżone.

- III. Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że cena oferty Konsorcjum Blue Brain stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Zgodnie z przedmiotowym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów

14

---

własnych, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Nie chodzi tu oczywiście (zwłaszcza w przypadku działalności handlowej) o stratę na każdej sztuce towaru czy każdej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie. W przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku Odwołującego. Jest to bowiem jedynie racjonalny motyw wyceny usługi będącej przedmiotem Postępowania na tak niskim poziomie. Różnica pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Blue Brain, a cenami ofert pozostałych wykonawców wskazuje dobitnie, że działanie tego Wykonawcy nastawione było na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia innym podmiotom, ponieważ żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaoferowanej przez tego Wykonawcę. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

- IV. Odnośnie zarzutu złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Blue Brain dotyczące rażąco niskiej ceny mają również istotne znaczenie w kontekście oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ. Biorąc pod uwagę to, że Zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia w ofertach bardzo niewielu szczegółowych informacji na temat ich zgodności z SIWZ, należy uznać, że wyjaśnienia w zakresie poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty mogły służyć

potwierdzeniu lub zaprzeczeniu powyższej okoliczności. Tym samym, od treści tych wyjaśnień uzależniona jest również okoliczność ewentualnego wykazania zachodzenia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, gdy wykonawca będzie zdolny spełnić świadczenie zgodnie z ofertą i za cenę w niej żadaną, tyle że to świadczenie nie będzie zapewniało Zamawiającemu osiągnięcia wymaganych w SIWZ parametrów. Wynikać to będzie z faktu, że zaproponowane ceny jednostkowe oferty będą dotyczyły gorszych technicznie i jakościowo urządzeń, części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych od określonych w opisie przedmiotu zamówienia, jak również wynagrodzenia dla kluczowych osób zaangażowanych w realizację przedmiotowego projektu niewystarczającego na zapewnienie zatrudnienia osób o kwalifikacjach i doświadczeniu wymaganym przez Zamawiającego.

- V. Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum, powołując się na współpracę z PKN Orlen w zakresie zapewnienia urządzeń drukujących i systemu monitorującego wydruki oraz usług serwisowych oraz na posiadane informacje stwierdził, że najprawdopodobniej Konsorcjum Blue Brain w przedmiotowym Postępowaniu, w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, posłużyło się referencjami lub oświadczeniem dotyczącym realizacji zamówienia udzielonego przez PKN Orlen. Z uwagi na okoliczność, że dokumenty potwierdzające spełnianie przez Konsorcjum Blue Brain zostały

15

---

objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym Odwołujący nie ma do nich wglądu, nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie, jakie dokumenty zostały przedłożone przez Konsorcjum Blue Brain, a tym samym zarzut ten ma charakter ewentualny i powinien być zbadany przez KIO, jeżeli zostanie potwierdzone powyższe. Podkreślił, że z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że na rzecz PKN Orlen były realizowane projekty podobne do opisanego w warunku, z tym, że: realizacja na rzecz PKN Orlen zamówienia w zakresie dostawy do lokalizacji biurowych tego koncernu urządzeń drukujących oraz wraz z systemem monitorującym wydruki i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych nie obejmowała wymaganych w opisanym warunku, co najmniej 1000 urządzeń do minimum 250 lokalizacji; z kolei dostawa na rzecz PKN Orlen do lokalizacji na stacjach benzynowych tego koncernu urządzeń drukujących wraz z systemem monitorującym wydruki i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych nie została zrealizowana w ramach jednego zamówienia, lecz była wykonana sukcesywnie przez dwa różne podmioty, na podstawie dwóch różnych umów, z których jedna dotyczyła dostawy sprzętu, a druga dotyczyła dostawy oprogramowania. W związku z powyższym, w przypadku, gdy wybrany Wykonawca posłużył się referencjami wystawionymi przez PKN Orlen lub spółkę z grupy kapitałowej albo spółkę zależną PKN Orlen lub złożył oświadczenie dotyczące prac wykonanych na rzecz PKN Orlen, to referencje te nie mogą być skutecznie powoływane na potwierdzenie warunku opisanego w tym postępowaniu. Tym samym również, z uwagi na fakt, że Konsorcjum Blue Brain było wyzywane do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać, że wykazanie ww. nieprawidłowości w zakresie potwierdzenia opisanego warunku będzie skutkowało wykluczeniem tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji uznaniem jego oferty za odrzuconą. Podniósł ponadto, że złożenie przedmiotowych referencji lub oświadczenia wypełnia również przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na złożenie przez tego Wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik przedmiotowego Postępowania, gdyż przy ich pomocy Wykonawca zamierzał wykazać spełnianie opisanego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z uwagi na wiedzę Odwołującego, co było przedmiotem zamówienia realizowanego na rzecz PKN Orlen oraz jego świadomość, że ww. referencje lub oświadczenie nie potwierdzają postawionego warunku w przedmiotowym Postępowaniu, należy uznać, że jest spełniona dyspozycja przedmiotowego przepisu nakazująca bezwzględne wykluczenie Konsorcjum Blue Brain oraz uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Dalej podał, że w przypadku stwierdzenia przez KIO, że Konsorcjum Blue Brain przedłożyło referencje wystawione przez PKN Orlen, Odwołujący przedstawi na rozprawie dowody potwierdzające powyższą okoliczność.

- VI. Odnośnie zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Odwołujący wskazał, że konsekwencją wskazanych naruszeń jest również

16

przeprowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad. Odwołujący podniósł, że w sposób oczywisty nie może konkurować z Wykonawcą, który nie wyceniając niektórych elementów oferty bądź też wyceniając je na znacznie zaniżonym poziomie, dąży do uzyskania zamówienia za cenę nieodzwierciedlającą kosztów wytworzenia danej usługi i nieuwzględniającą jakiegokolwiek zysku. Taka oferta w żadnym razie nie może stanowić porównania z ofertą zgodną ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie**, wniósł o oddalenie zarzutów i stwierdził, w szczególności, co następuje:

Konsorcjum Blue Brain w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, postąpiło zgodnie z normą prawną zawartą w art. 8 ust. 3 ustawy, zastrzegło, że informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazując jednocześnie, iż zastrzeżone informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał badania pisma z dnia 9 listopada 2015 r. w kontekście tego, czy informacje zawarte w: 1) wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, jak i 2) wyjaśnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. W ocenie Zamawiającego, wszystkie informacje zamieszczone w piśmie Konsorcjum Blue Brain zasługują na ochronę z uwagi na fakt, że: mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Dokonana przez Zamawiającego analiza wykazała, że informacje zawarte w ww. piśmie odwołują się do szczegółowej kalkulacji ceny i dotyczą danych wrażliwych Konsorcjum Blue Brain - spełniających wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Także informacje zamieszczone w wyjaśnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są immanentnie związane ze szczegółową kalkulacją ceny przedłożoną przez Konsorcjum Blue Brain, w związku z tym zasługują na tożsamą ochronę. Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że szczegółowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami potwierdzającymi kalkulację rzeczowej ceny dokonaną przez wykonawcę, o ile jednocześnie wykonawca zastrzeże przedmiotowe informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa i dołączy stosowne wyjaśnienia, co do zasady posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Tytułem przykładu wskazał na wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn.

17

---

akt KIO 64/15. Podniósł jednocześnie, że Odwołujący także był wzywany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i również złożone przez siebie wyjaśnienia odnoszące się do szczegółowej kalkulacji ceny zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Xerox nie zastrzegło, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie pięciu pierwszych stron, na których zawarto tylko ogólnikowe stwierdzenia i przytoczono orzecznictwo KIO. W związku z tym zauważył, że Odwołujący podnosi, iż zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dokonane przez Konsorcjum Blue Brain, nie zasługuje na ochronę w sytuacji, gdy sam w odniesieniu do takich samych informacji postąpił analogicznie. Niezależnie od powyższego - z daleko idącej ostrożności - Zamawiający wskazał, iż fakt nieodtajnienia wyjaśnienia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nawet gdyby w ocenie KIO nie wypełniało ono przesłanek art. 11 ust. 4 uznk, pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Odnośnie zarzutów związanych z ceną oferty Konsorcjum Blue Brain Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia oraz kwota podana podczas otwarcia ofert przewidywana do wydatkowania przez Zamawiającego okazała się znacząco zawyżona i wobec tego nie powinna być przyjmowana, jako punkt odniesienia do oceny realności cen ofert. Podkreślił, że ceny w poszczególnych wolumenach zaoferowane przez Odwołującego różnią się nieznacznie od cen zaproponowanych przez Konsorcjum Blue Brain. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum Blue Brain wykazało, iż zaoferowana przez niego cena w każdym z Wolumenów, tj. A - D nie jest rażąco niska. W odpowiedzi na wezwanie [pismo Zamawiającego z dnia 26 października 2015 r.] przedłożyło [pismo z dnia 9 listopada 2015 r.]

szczegółową i obszerną kalkulację zaoferowanej ceny oraz dołączyło do wyjaśnień liczne dowody popierające poprawność dokonanej przez niego wyceny przedmiotowego zamówienia w każdym z Wolumenów, tj. A-D. Przedmiotowe dowody, zdaniem Zamawiającego, potwierdzają, że zaoferowana cena została przez Konsorcjum Blue Brain skalkulowana w sposób należyty i przemyślany. Konsorcjum Blue Brain wyjaśniło kluczowe dla realizacji przedmiotowego zamówienia koszty, a na poparcie wyjaśnień przedstawiło szczegółowe wyliczenia oraz precyzyjne komentarze, w których rzeczono Konsorcjum rozwiało wątpliwości Zamawiającego, co do poszczególnych składników składających się na cenę w każdym z Wolumenów. W powyższych wyjaśnieniach Konsorcjum Blue Brain opisało również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag ekonomicznych, którymi dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły mu na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Przedłożone przez Konsorcjum Blue Brain wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jest spójne i przekonujące, nie wzbudziło także żadnych zastrzeżeń Zamawiającego w trakcie oceny przedmiotowych dokumentów. Zamawiający uznał przedmiotowe wyjaśnienia za kompletne i wyczerpujące. Jednocześnie Zamawiający nadmienia, że szczegółowość wyjaśnień, a także

18

precyzja przedstawionych wyliczeń, nakazują stwierdzić, że Konsorcjum Blue Brain dochowało szczególnie wysokiej staranności przedstawiając swoje wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W związku z tym Zamawiający uznał, że Konsorcjum Blue Brain wykazało, iż zaoferowana przez niego cena jest realna i rynkowa. Ponadto, Zamawiający podał, że w przypadku tego rodzaju usług bardzo trudno jest wyznaczyć granicę opłacalności świadczenia takiej usługi, a wobec tego także minimalnej stawki zapewniającej osiągnięcie zysku. Różnice między cenami mogą wynikać z szeregu czynników (takich jak strategia kalkulowania ceny, rozpoznanie tematu, dostępność zasobów, itp.) i różnica występująca między nimi w najmniejszym stopniu nie może potwierdzać, że oferta Konsorcjum Blue Brain zawiera rażąco niską cenę. Takie relacje dowodzą oczywiście różnic w podejściu do wyceny przedmiotu zamówienia, ale różnice te z pewnością mieszczą się w racjonalnych granicach rywalizacji cenowej między konkurującymi wykonawcami. W konsekwencji Zamawiający uznał, iż Konsorcjum Blue Brain jest wiarygodnym i rzetelnym Wykonawcą dającym gwarancję należytego wykonania zamówienia i nie ma żadnych podstaw, aby stwierdzić, że zachodzą podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Blue Brain na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy. W ocenie Zamawiającego cena zaoferowana przez Konsorcjum Blue Brain za realizację przedmiotowego zamówienia jest realna i nie stanowi ceny rażąco niskiej, i tym samym Konsorcjum nie dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Z dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Blue Brain wynika, iż w każdym z Wolumenów, tj. A - D wykazało ono zysk, w związku z tym, zdaniem Zamawiającego nietrafny jest zarzut stosownie, do którego rzeczono Konsorcjum dopuszcza się zjawiska gospodarczego polegającego na sprzedaży poniżej kosztów własnych. Wobec tego zarzut będący konsekwencją zarzutów wskazanych w pkt 2. - 3. powyżej odnoszących się do zaoferowania rażąco niskiej ceny, jest nietrafny w okolicznościach przedmiotowego stanu faktycznego. W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający stwierdził także, że brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta złożona przez Konsorcjum Blue Brain jest niezgodna z treścią SIWZ. Podkreślił, że po dokonaniu analizy obszernych i szczegółowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Blue Brain, Zamawiający - po wyjaśnieniu ewentualnych wątpliwości - nie ma podstaw do twierdzenia, że ww. Konsorcjum oferuje jakiegokolwiek element przedmiotu zamówienia, który byłby sprzeczny z treścią SIWZ. Reasumując powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty niezgodnej z SIWZ, z uwagi na fakt, że za

19

zaoferowaną w ofercie Konsorcjum Blue Brain cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, nie znajduje potwierdzenia.

Odnosnie podstaw wykluczenia Konsorcjum Blue Brain w związku z realizowanymi na rzecz PKN Orlen S.A. projektami podał, że do oferty Konsorcjum Blue Brain został dołączony wykaz „Doświadczenie zawodowe” (strony 52-54 Oferty). [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA], które to zastrzeżenie [przypis Izby] w konsekwencji nie zostało zakwestionowane przez wykonawcę. Pomijając zatem, w tej części szczegółowo omówione przez Zamawiającego wskazane pod pozycją 1 do 3 Wykazu zamówienia, Zamawiający w reasumpcji, że stosownie do Rozdziału 8 ust. 3 SIWZ wymagał, aby Wykonawcy wykazali się realizacją, co najmniej dwóch zamówień. W związku z tym, nawet gdyby twierdzenia Odwołującego okazały się zasadne, Konsorcjum Blue Brain i tak wykazało, iż zrealizowało dwa zamówienia opisane pod poz. nr 1 i nr 2 Wykazu, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W odniesieniu do danych z tego Wykazu – zastrzeżonego, jako tajemnica przedsiębiorstwa – podał, że odnośnie wymienionych w nim trzech pozycji kierował wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych dokumentów, w tym pełnomocnictw. Korzystał także z uprawnienia do zadawania pytań odbiorcom zamówień wskazanych w Wykazie, z których jeden do dnia rozprawy nie udzielił odpowiedzi przeczącej oświadczeniu Konsorcjum. W pozostałym zakresie dokonywane uzupełnienia oraz udzielone wyjaśnienia potwierdzały wymagane doświadczenie. Ponadto, Zamawiający wskazał, że, aby doszło do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Odwołujący powinien był udowodnić, iż Konsorcjum Blue Brain umyślnie wskazało przedmiotowe zamówienie i chciało wprowadzić Zamawiającego w błąd składając nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. IV Ca 683/12)., Zamawiający oświadczył, że na podstawie dokumentów dołączonych do oferty oraz przedkładanych w ramach uzupełnień, jak i informacji otrzymanych od odbiorcy zamówienia wskazanego w treści wykazu „Doświadczenie zawodowe” uznał, iż Konsorcjum Blue Brain wskazało, co najmniej 2 zamówienia potwierdzające spełnianie spornego warunku.

Podsumowując Zamawiający stwierdził także, że mając na uwadze powyższe okoliczności postępowanie przeprowadził w sposób zgodny z zasadami opisanymi w ustawie. Stosownie do dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy przygotował i przeprowadził przedmiotowe postępowanie o

20

---

udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz oceniał oferty według identycznych zasad i ocena ta doprowadziła do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Blue Brain.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Blue Brain Sp. z o.o. Sp. k., LGBS Polska Sp. z o.o. z Krakowa, wnosząc o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając pierwszy zarzutów z odwołania dotyczący naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że Konsorcjum Blue Brain udzielając wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 października 2015 r. skierowane do wykonawcy przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, przedstawiło w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r. wymagane wyjaśnienia, zastrzegając te wyjaśnienia od strony 2 do 20 oraz przekazane przy piśmie załączniki, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismo zawierające wyjaśnienia składa się z trzech części, pierwszej oznaczonej, jako: „I. Część wstępna”, drugiej oznaczonej, jako: „II. Szczegółowe wyjaśnienia kosztów i przychodów” oraz trzeciej oznaczonej, jako: „III. Tajemnica przedsiębiorstwa”. Zamieszczono także na odrębnej karcie [str 20] załączniki wymienione w części drugiej oraz załączone te załączniki na str 21 do str 67. Zdaniem Izby, informacje zamieszczone w części pierwszej i trzeciej [str 1 do 3] nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, o których stanowi art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji brak w nich bowiem znamion świadczących o ich charakterze technicznym, lub technologicznym, lub organizacyjnym, czy innym podobnym i, które nie zostały podane do publicznej wiadomości, i, co do których podjęto działania w celu

utrzymania ich w poufności. W części I pisma - na stronach zastrzeżonych- zawarto ogólne informacje, przykładowo na stronie 2 zawarto tylko deklaracje, z których wynika, [kontynuując ze strony pierwszej akapit ostatni], że łącznie dla Wolemenu A, B i C i D wyceniono zakres urządzeń w sposób odzwierciedlający realny koszt wykonania

21

zamówienia, że cena wskazana w ofercie i jej pozycje odzwierciedlają ceny obowiązujące na rynku, oraz, że Konsorcjum miało możliwość uzyskać korzystne oferty od jego partnerów handlowych, a także deklaracje, co do uwzględnienia w cenie zysku. W tej części wskazano także na doktrynę i orzecznictwo, w tym orzecznictwo ETS oraz zestawiono złożone oferty, co do ich cen w poszczególnych wolumenach, wskazując na kwotę szacunkową zamówienia i, podkreślając relewantność reguł rynkowych do cen oferowanych, w miejsce szacunkowej wartości. Tym samym wskazane informacje w części I w całości nie powinny korzystać z ochrony przewidzianej dla informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Także nie mają statusu tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zamieszczone w części III pisma [str 17 w zakresie pkt III do str 19]. W tej części podano wyłącznie uzasadnienie do informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie wymieniając żadnych handlowych danych, mających walor przykładowo gospodarczy, technologiczny czy organizacyjny, powołując się tylko na przepis art. 11 ust.4 uoznkn, oraz ogólnie m.in. podając, że całość wyjaśnień wraz załącznikami należy traktować jako objęte tajemnicą, albowiem zawierają szereg informacji wskazujących na sposób organizacji pracy wykonawcy oraz, że konkurencyjny wykonawca mógłby uzyskać wiedzę na temat m.in. stosowanych stawek, czy upustów. Wskazano ponadto – także ogólnie - na wartość gospodarczą danych wycenianych przez wartość zawartych umów oraz uzyskanych ofert, z których ceny nie są dostępne dla wszystkich potencjalnych partnerów biznesowych. Podkreślono także, że nie są to ujawnione informacje oraz, że są one dostępne dla jedynie ograniczonej liczby osób, która jest ściśle kontrolowana. Powołano się również na klauzule zawarte w ofertach dostawców i producentów, które zobowiązują wykonawcę do zachowania w poufności informacji biznesowych. W konkluzji tej części podkreślono, że informacje podane w piśmie, w tym w szczególności dowody będące załącznikami, zawierają szerszy zakres informacji niż wynikający ze specyfikacji. Powyższe wskazuje, że informacje zastrzeżone w części III niewątpliwie nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4 uoznkn i tym samym wskazane informacje nie powinny także w całości [jak z pkt I] korzystać z ochrony przewidzianej dla informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Izba stwierdza, że w uzasadnieniu w części III tych wyjaśnień Konsorcjum wykazało, że informacje zastrzeżone w ich części drugiej oraz strona 20 i załączniki zasługują na szczególną ochronę, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu izba zauważa, że podobne zastrzeżenie w odniesieniu do analogicznych informacji poczynił wnoszący odwołanie wykonawca. W konkluzji Izba stwierdza, że nieuprawnione zaniechanie uchylecia przez zamawiającego klauzuli informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie części I i III wyjaśnień z pisma z dnia 9 listopada 2015 r. stanowi naruszenie wskazanego w odwołaniu art. 8 ust.3 ustawy Pzp, jednakże to naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania, z uwagi na to, że

22

w pozostałym zakresie zarzuty odwołania, w tym, co do podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Blue Brain oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania podlegają oddaleniu.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący - z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień z dnia 9 listopada 2015 r., jako tajemnicy przedsiębiorstwa - oparł na stwierdzeniu alternatywnym, że oferowana cena przez Konsorcjum Blue Brain jest rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo, że Konsorcjum Blue Brain nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wskazując jednocześnie przykładowo na pozycje, które powinny być przedmiotem szczególnej analizy. Analizując zawartość wyjaśnień Konsorcjum oraz przedłożonych załączników, a także ceny wynikające z przedłożonych ofert, w tym również z oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy, a także argumentację podniesioną w jego odwołaniu, Izba podzieliła pogląd

Zamawiającego, że z uwagi na niestandardowość usługi wartość szacunkowa zamówienia została znacząco zawyżona i tym samym dla oceny poziomu cen, jako punkt odniesienia do oceny ich realności, powinny być brane pod uwagę ceny z ofert konkurencyjnych, w tym z oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy. Izba podzieliła także pogląd, że ceny w poszczególnych wolumenach zaofertowane przez Odwołującego tylko nieznacznie różnią się od cen zaproponowanych przez Konsorcjum Blue Brain. Izba stwierdza ponadto, że w odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r. w jego punkcie II [zastrzeżonym, jako tajemnica przedsiębiorstwa] przedstawiło szczegółową kalkulację oferowanych cen oraz dołączyło do wyjaśnień dowody potwierdzające poprawność dokonanej wyceny przedmiotowego zamówienia w każdym z wolumenów. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że Konsorcjum Blue Brain wyjaśniło kluczowe dla realizacji przedmiotowego zamówienia koszty, a na poparcie wyjaśnień przedstawiło szczegółowe wyczerpujące wyliczenia oraz precyzyjne komentarze, co do poszczególnych składników ceny w każdym z wolumenów. W tych wyjaśnieniach Konsorcjum Blue Brain opisało również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag ekonomicznych, którymi dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły mu na zaofertowanie ceny korzystniejszej, aniżeli inni wykonawcy. Przedłożone przez Konsorcjum Blue Brain wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jest spójne i nie uzasadnia – jak podkreślał Zamawiający – dalszych wątpliwości, co do poziomu oferowanych cen w każdym z wolumenów. Tym samym Zamawiający miał podstawy uznać, że Konsorcjum Blue Brain wykazało, że oferowana cena jest ceną realną i rynkową. Izba zgodziła się także z Zamawiającym, że w przypadku tego rodzaju usługi trudno jest wyznaczyć granicę opłacalności jej świadczenia, w tym także minimalnej stawki

23

zapewniającej osiągnięcie zysku. Różnice między cenami mogą wynikać z szeregu czynników m.in. takich jak strategia kalkulowania ceny, z uwzględnieniem cen zastosowanych urzędzeń, dostępnych na korzystnych warunkach przez danego wykonawcę. Powyższe potwierdził Odwołujący przedstawiając symulacje na przykładzie cen urzędzeń HP, i zakładając, że te urzędzenia zostaną użyte przez Konsorcjum, a które to urzędzenia nie są oferowane przez Konsorcjum Blue Brain. Takie relacje dowodzą oczywiście różnic w podejściu do wyceny przedmiotu zamówienia, ale różnice te z pewnością mieszczą się w racjonalnych granicach rywalizacji cenowej między konkurującymi wykonawcami. W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw kwestionować wyceny dokonanej przez Konsorcjum Blue Brain i tym samym podnoszone zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają uwzględnieniu.

Izba stwierdza także, że wobec powyższych ustaleń również nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy w zw. w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, albowiem jak wskazano oferowanej ceny nie można uznać za cenę nierynkową, tym bardziej, że w wyjaśnieniach Konsorcjum w każdym z wolumenów wykazało zysk, co czyni nietrafnym zarzut sprzedaży przez Konsorcjum usługi poniżej kosztów własnych. W stanie faktycznym sprawy brak jest również podstaw do twierdzenia, że oferta Konsorcjum Blue Brain jest niezgodna z treścią specyfikacji. Szczegółowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedłożone przez Konsorcjum Blue Brain, nie dają podstaw do twierdzeń, że Konsorcjum oferuje jakkolwiek element przedmiotu zamówienia, który byłby sprzeczny z treścią SIWZ.

Odnosnie podstaw wykluczenia Konsorcjum Blue Brain na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z realizowanymi na rzecz PKN Orlen S.A. projektami Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że Odwołujący, wbrew deklaracjom w odwołaniu nie przedłożył żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać podnoszone zarzuty do tej wykazanej, jego zdaniem, przez Konsorcjum w ofercie usługi. Izba stwierdza także, że Wykaz usług „Doświadczenie zawodowe” (strony 52-54 Oferty) korzysta z ochrony, przewidzianej dla informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, która przez Odwołującego nie została podważona. Z tego względu nie jest możliwe szczegółowe jego omówienie w uzasadnieniu przez Izbę. Izba jednakże stwierdza, że stosownie do rozdziału 8 ust. 3 specyfikacji, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się realizacją, co najmniej dwóch zamówień. Konsorcjum przedstawiło w Wykazie trzy usługi i tym samym, nawet gdyby twierdzenia Odwołującego były zasadne, Konsorcjum Blue Brain wykazało, że zrealizowało dwa zamówienia opisane pod poz. nr 1 i nr 2 Wykazu, potwierdzające

24

---

spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Izba zauważyła także, że w odniesieniu do danych z tego Wykazu – zastrzeżonego, jako tajemnica przedsiębiorstwa – odnośnie wymienionych w nim trzech pozycji kierował wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych dokumentów, w tym pełnomocnictw. Korzystał także z uprawnienia do zadawania pytań odbiorcom zamówień wskazanych w Wykazie, z których jeden do dnia rozprawy nie udzielił odpowiedzi przeczącej oświadczeniu Konsorcjum. W pozostałym zakresie

udzielone wyjaśnienia dokonywane uzupełnienia oraz potwierdzały wymagane doświadczenie. Izba podzieliła **ponadto**, stanowisko Zamawiającego, że, aby doszło do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp [z uwagi na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania], Odwołujący powinien był udowodnić, iż Konsorcjum Blue Brain wskazało nieprawdziwe informacje, co do usługi z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd i, które to informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z dokumentacji sprawy – jak wskazano – wynika, że Konsorcjum Blue Brain wskazało, co najmniej 2 zamówienia potwierdzające spełnianie warunku z rozdziału 8 ust. 3 specyfikacji.

Także nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, albowiem podnoszone w odwołaniu zarzuty nie potwierdziły się, a w zakresie rozpoznawanym Izba stwierdza, że ocena ofert wykonawców następowała według tych samych zasad i w wyniku tej oceny, jako najkorzystniejsza uznana została oferta Konsorcjum Blue Brain.

Mając powyższe ustalenia na uwadze oraz regułę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Izba uwzględnia odwołanie, tylko wtedy, jeżeli stwierdzi, naruszenie przepisu ustawy Pzp, które miało lub może mieć wpływ na wynik danego postępowania o udzielenie zamówienia, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

25

---

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

26