Sygn. akt: KIO 825/15

WYROK
z dnia 4 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Comp S. A. z siedzibą w Warszawie (Partner)** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie, w imieniu której postępowanie prowadzi Biuro Finansów**

przy udziale:

A. wykonawcy **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
B. wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Comp S. A. z siedzibą w Warszawie (Partner)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 **zł** 00 **gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Comp S. A. z siedzibą w Warszawie (Partner)** tytułem wpisu od odwołania,

---

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: ……

Sygn. akt KIO 825/15

UZASADNIENIE

W dniu 22 kwietnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „ ustawą Pzp", odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 23 ustawy Pzp: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), dalej „Odwołujący" lub „konsorcjum Enigma".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup usług serwisu sprzętu dla systemów: KSIP, KCIK, CSD, ERCDŚ, SIO, SYNAPS, FP, SWOP, GAZELA, SWLP, Sieć Teleinformatyczna CBŚP, CHILD ALERT, ZSODE, 124/7 AF1S, KSI, CODIS" prowadzi Zamawiający: Komenda Główna Policji w Warszawie, w imieniu której działa Wydział Zamówień Publicznych Biuro Finansów KGP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 lutego 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod

numerem 2015/S 029-049213.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Comparex", mimo iż oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ");
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „uznk" poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comparex, mimo iż jej złożenie w okolicznościach niniejszej sprawy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez wykonawcę Comparex potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji również art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comparex, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że wykonawca oferuje świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia;
5. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Comparex, mimo iż zastrzeżone

informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;
6. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Comparex, mimo iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik wskazany postępowania;
7. art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej „rozporządzenie", mimo iż Polcom sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, dalej „Polcom", nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
8. art. 91b ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 oraz 5 Pzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Comparex oraz Polcom, mimo iż oferty wskazanych wykonawców podlegają odrzuceniu;
9. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców Comparex oraz Polcom;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. odtajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez Comparex;
4. odrzucenia oferty wykonawcy Comparex;
5. wykluczenia Polcom z postępowania;
6. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
7. jeżeli Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, wnoszono o nakazanie aukcji i przeprowadzenie jej ponownie, ewentualnie unieważnienie unieważnienia postępowania.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący otrzymał via fax w dniu 16 kwietnia 2015r. Zgodnie z treścią art. 91 b ust. 1 ustawy Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, iż Zamawiający dokonuje badania i oceny ofert na etapie przed aukcją elektroniczną i od daty uzyskania informacji o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej/ wykluczeni z postępowania biegnie termin na wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tym samym, odwołanie wnoszone jest z zachowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, wykonawcy Comparex oraz Polcom nie zostaliby zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej, gdyż powinni zostać wykluczeni z postępowania, natomiast oferta złożona przez Comparex powinna zostać odrzucona. Zamawiający poprzez bezzasadne zaproszenie Comparex i Polcom do udziału w aukcji elektronicznej naruszył zatem interes Odwołującego. Odwołujący może również ponieść szkodę, gdyż w wyniku nieprawidłowego działania Zamawiającego, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia, natomiast jako najkorzystniejsza może zostać uznana oferta podlegająca odrzuceniu.

I. Niezgodność oferty Comparex z treścią SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W piśmiennictwie przyjmuje się, że *„Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty niż żądał Zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów”* (por. J. Pieróg, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wyd. 11, Warszawa 2012, Legalis). Powyższe zostało również potwierdzone orzecznictwem KIO, w tym m.in.: wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., KIO 401/13 oraz wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 r. KIO 2749/11.

Zamawiający w ust. 8 Załącznika nr 2 do Umowy wskazał, że *„w przypadku zaistnienia potrzeby dokonania upgreade'u sterowników urządzeń lub/ oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) w okresie* świadczenia *usług serwisowych, Wykonawca dokona aktualizacji w cenie Umowy bez naruszania praw autorskich producenta sterowników urządzeń lub/ oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informację, co zmienia dana aktualizacja i jakie są przesłanki do jej instalacji. Zamawiający po konsultacji z Wykonawcą zadecyduje, które z proponowanych aktualizacji oprogramowania wewnętrznego zostaną przez Wykonawcę zainstalowane (...)”.* Powyższy wymóg został potwierdzony przez Zamawiającego w odpowiedzi z dnia 20 marca 2015 r. na pyt. nr 1.

"Firmware" jest oprogramowaniem zapewniającym podstawowe procedury obsługi urządzenia. Z powyżej powołanych wymogów wynika, że w razie konieczności wykonawca

ma obowiązek zapewnić dokonanie upgrade'u oprogramowania wewnętrznego "firmware" bez naruszania praw autorskich producenta, sterowników urządzeń lub oprogramowania wewnętrznego urządzeń. Wymóg Zamawiającego w przedmiotowym zakresie jest jasny i nie powinien budzić wątpliwości interpretacyjnych.

Stosownie do pkt 1 Załącznika nr 2 do Wzoru Umowy („Warunki Świadczenia Usługi Serwisu") w ramach realizacji przedmiotu umowy wykonawca zapewni świadczenie usług serwisowych w zakresie sprzętu (wskazanych przez Zamawiającego systemów) oraz konfiguracji systemu operacyjnego. Zgodnie z załącznikami 1a-1n do Wzoru Umowy stanowiącego złącznik nr 6 do SIWZ, sprzęt, który ma być objęty usługą serwisu stanowi w znacznej mierze urządzenia producenta Hewlett – Packard.

Wykonawca Comprarex nie jest autoryzowanym partnerem producenta Hewlett - Packard. Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, podmioty niebędące partnerami biznesowymi producenta (tj. nieposiadające autoryzacji), nie mogą odsprzedawać (świadczyć w sposób odpłatny) usługi serwisu oprogramowania HP, w szczególności zaś do oprogramowania wbudowanego "firmware". Tym samym, oferta Comparex, mimo złożenia przez wykonawcę w pkt 2 Formularza ofertowego oświadczenia, że zamierza on realizować przedmiot zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jej załącznikach, nie zapewni realizacji

wymogu, opisanego w ust. 8 Załącznika nr 2 do Umowy potwierdzonego treścią odpowiedzi Zamawiającego z dnia 20 marca 2015 r. na pyt. nr 1 do SIWZ. Skoro bowiem wykonawca nie jest autoryzowanym partnerem HP, to nie może budzić wątpliwości, że nie jest uprawniony do wykonania przedmiotowej usługi na rzecz Zamawiającego (tym bardziej bez naruszenia autorskich praw majątkowych HP).

Stwierdzić zatem należy, iż:

a. przedmiot zobowiązania ofertowego Comparex nie obejmuje wykonania usługi upgrade'u w zakresie oprogramowania „firmware" z uwagi na fakt, iż podmiot niebędący autoryzowanym partnerem producenta HP nie posiada uprawnienia do świadczenia ww. usługi przez producenta HP;

b. nawet jeśli uznać, iż Comparex dokona usługi upgrade'u oprogramowania wewnętrznego „firmware", to nie ulega wątpliwości, iż usługa będzie przez niego świadczona z naruszeniem wymogu, zgodnie z którym upgrade „firmware" powinien nastąpić bez naruszania autorskich praw majątkowych producenta.

Tym samym, oferta złożona przez Comparex jest niezgodna z wymogami SIWZ w aspekcie merytorycznym, co oznacza, że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił ofertę Comparex i zakwalifikował wskazanego wykonawcę do "drugiego etapu" postępowania. W efekcie, naruszony został przepis art. 91 b ust. 1 Pzp, gdyż wykonawcy, których oferty

podlegają odrzuceniu nie powinni zostać zaproszeni do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej.

II. Czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie z kolei do przepisu art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 3 ust. 1 uznk stanowi klauzulę generalną uznk.

Okoliczność, iż przepis art. 3 ust. 1 uznk może stanowić samodzielną podstawę zakwalifikowania określonego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie (za Szwaja/Jasińska [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof, dr hab. Janusz Szwaja, Rok wydania: 2013, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 3), jak i w orzecznictwie. Tak stanowią na przykład orzeczenia: wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009- 06-09, sygn. akt II CSK 44/09; wyrok SA w Łodzi z 31.7.1995 r., IACr 308/95, OSA 1995, Nr 7-8, poz. 52, s. 33; OSG 1996, Nr 4, poz. 33, s. 24 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2012-07-02, sygn. akt KIO 1287/12.

Złożenie przez Comparex oferty w niniejszym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować jej odrzuceniem również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk. Zakładając, iż Comparex zamierza świadczyć usługę upgrade'u oprogramowania wewnętrznego „firmware", będąc nieuprawnionym do jej przeprowadzenia (jako podmiot nieposiadający autoryzacji producenta), to działanie takie należy uznać co najmniej za sprzeczne z dobrymi obyczajami. W ocenie Odwołującego, tak opisane działanie naruszać będzie bowiem majątkowe prawa autorskie producenta objętych serwisem urządzeń, Zamawiającego, który będzie odbiorcą usług wykonanych w sposób niezgodny z prawem, jak również pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

III. Zarzut dotyczący wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów Pzp w brzmieniu po nowelizacji wprowadzonej ustawą o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Aktualne brzmienie art. 90 Pzp, wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień. Przy czym, okoliczność przeprowadzania aukcji elektronicznej nie wyłącza obowiązku skierowania do wykonawcy, którego oferta spełnia przesłanki określone w art. 90 ust. 1 Pzp, wezwania do wyjaśnienia ceny oferty przed jej przeprowadzeniem.

Znajduje to potwierdzenie m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2011r., KIO 1210/11, KIO 1225/11, KIO 2110/11, KIO 2125/11.

Zamawiający wezwał Comparex do złożenia wyjaśnień ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. W takiej sytuacji, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Wskazać należy, iż wyjaśnienia Comparex nie zostały udostępnione Konsorcjum Enigma (Zamawiający uznał zasadność ich utajnienia). Jednak z ostrożności Konsorcjum Enigma podnosi, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę są równie lakoniczne, niewystarczające, jak również nie potwierdzają, że cena złożona przez tego wykonawcę jest ceną realistyczną, za którą możliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia.

Na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień ceny spoczywało wykazanie, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zaniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Zważywszy na szczególny charakter przedmiotu zamówienia oraz praktykę zamówień publicznych (por. np. potwierdzone ostatnio wyrokiem Sądu Okręgowego orzeczenie Krajowe Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14), wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Nie wystarczające przy tym jest jedynie ogólnikowe stwierdzenie, iż dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej wskazanie, w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy, i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt

XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Złożenie zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk.

Przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: *„Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione*

przesłanki z art. 15 uznk Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1), są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków *nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. ”*

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Powyższe

potwierdza m.in. orzecznictwo, w tym: wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku a dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3740/05.

IV. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Comparex.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jej zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca chcąc zastrzec jawność zawartych w ofercie informacji stanowiących dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest zastrzec, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wykazanie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W myśl art. 11 pkt 4 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. |

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest

wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju

zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę.

Utajnienie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Comparex jest bezzasadne. Treść wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę najprawdopodobniej nie spełnia bowiem przesłanek do objęcia ich ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym utajnienie wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi niedopuszczalne ograniczenie jawności postępowania. Zamawiający uznał przy tym, zasadność zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień Comparex, co może wskazywać, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał zasadność zastrzeżenia również w zakresie, w którym nie obejmują one informacji mogących zostać uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk. W orzecznictwie KIO utrwalony został pogląd uznający, iż zastrzeżeniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa a nie dokument jako całość, również w zakresie, w którym jego treść nie wypełnia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie stanowisko potwierdza również jedno z ostatnich orzeczeń KIO: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, 300/13.

V. Złożenie nieprawdziwych informacji.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W piśmiennictwie przyjmuje się, że nieprawdziwą informacją jest informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, natomiast sama ustawa nie różnicuje informacji, przez co za informację należy rozumieć każdą wiadomość zawartą w dokumentacji, oświadczeniu, czy ofercie (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2013, Legalis).

Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2012 r., KIO 1596/12; wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1571/12; wyrok KIO z dnia 22 maja 2012 r., KIO 899/12.

Biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca ten nie jest autoryzowanym przedstawicielem producenta oferowanych urządzeń (Hewlett - Packard), a w konsekwencji czego, nie jest uprawniony bez naruszania praw autorskich producenta do świadczenia usługi serwisu

oprogramowania wbudowanego "firmware", to wbrew oświadczeniu złożonemu zgodnie z pkt 2 Formularza ofertowego nie będzie w stanie realizować zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jej załącznikach. Oświadczenie złożone przez Comparex jest niezgodne z rzeczywistością, a zatem nieprawdziwe w rozumieniu Pzp.

Nie sposób uznać, iż wykonawca Comparex nie miał świadomości, iż złożone przez niego oświadczenie jest nieprawdziwe. Wskazać należy, iż wykonawcę jako profesjonalnego uczestnika obrotu obowiązuje podwyższona staranność, wynikająca z zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Fakt, iż wykonawca składa oświadczenie niezgodne ze stanem faktycznym, mimo jasno sformułowanych wymogów SIWZ (potwierdzonych i doprecyzowanych dodatkowo przez Zamawiającego w odpowiedzi z dnia 20 marca 2015 r. na pyt. 1 do SIWZ) może świadczyć wyłącznie o intencjonalnym działaniu Comparex. Trudno przypuszczać, iż podmiot ten w dobrej wierze zakładał, iż nie będąc autoryzowanym partnerem producenta Hewlett - Packard może świadczyć usługę aktualizacji oprogramowania wbudowanego "firmware" w ogóle, a tym bardziej bez naruszania praw autorskich producenta.

Nawet jeśli uznać, że działanie Comparex wynika z rażącego niedbalstwa, to w dalszym ciągu aktualna pozostaje przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdzenie, iż określonej osobie może być przypisana wina, jest wynikiem postawienia zarzutu, a samo słowo „wina” ma niewątpliwie zabarwienie pejoratywne (por. E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 6, Warszawa 2014, Legalis). Uznając, że do zaktualizowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp niezbędnie jest wykazanie zawinienia tegoż

wykonawcy, to nie ulega wątpliwości, że dyspozycją powołanego przepisu objęta jest zarówno tzw. wina umyślna (działanie bezpośrednie i celowe), jak i nieumyślna (wykonawca, działa w zamiarze ewentualnym - przewidując możliwość, iż podawane przez niego informacje mogą być nieprawdziwe, godzi się na ich złożenie - por. Sad Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 24 września 2009 r. III Ca 202/2009, Przegląd Orzecznictwa Sadu Apelacyjnego w Gdańsku 2012/2, poz. 5, s. 67 oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku wyrok z 20 lutego 2013 r. I ACa 846/2012 LexPolonica5168083, a także B. Lanckoroński [w:] Kodeks Cywilny, Komentarz do art. 415 k.c. - LEGALI S, Banaszczyk [w:] Kodeks Cywilny. Komentarz do art. 1 - 449 [10]. Komentarz do art. 415 k.c. - LEGALIS, G. Bieniek [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania - komentarz do art. 415, LexPolonica).

Stanowisko Odwołującego znajduje również potwierdzenie w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, min. w wyroku z dnia 29 października 2012 r. KIO 2262/12.

12

Nieprawdzie informacje mają również wpływ na wynik postępowania. W wyniku ich złożenia, nastąpił negatywny skutek dla Zamawiającego, w postaci zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej Comparex, tj. wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, przez co z kolei został naruszony art. 91 b ust. 1 Pzp. Niniejsze zamówienie, może zostać powierzone do realizacji podmiotowi, którego rozwiązanie nie spełnia wymogów opisanych przez Zamawiającego w SIWZ, jak również którego oferta stanowi w tej sytuacji czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z tym, Zamawiający poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comparex z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

VI. Zaniechanie wykluczenia Polcom z postępowania.

Z udostępnionej przez Zamawiającego oferty Polcom wynika, że wykonawca ten załączył zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 23 grudnia 2014r., tj. wystawione wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert. W dniu 10 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał Polcom do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. W odpowiedzi z dnia 13 kwietnia 2015r. na wezwanie Zamawiającego, Polcom uzupełnił zaświadczenie. Złożony dokument jest jednak nieprawidłowy, w związku z czym, nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia Polcom z postępowania.

Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (wymóg został powtórzony przez Zamawiającego w pkt VI.6.1 SIWZ). Uzupełniony przez Polcom dokument został złożony przez tego wykonawcę w kopii, która nie jest kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem. Na wskazanym dokumencie widnieje pieczątka „za zgodność z oryginałem" oraz pieczątka Pani A. Z., jednak brak jest podpisu osoby poświadczającej dokument. W tym stanie rzeczy, zaświadczenie z ZUS przedłożone przez Polcom w dniu 13 kwietnia 2015 r. należy uznać za złożone w kopii niepoświadczonej za zgodność z oryginałem, co z kolei oznacza, że dokument nie odpowiada formie wymaganej rozporządzeniem i postanowieniami SIWZ.

Skoro w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu został przedłożony dokument nieprawidłowy, to niedopuszczalne jest ponowne stosowanie w tym samym zakresie procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że Polcom nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z § 3 ust. 4 w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia. Również Polcom nie powinien brać udziału w aukcji elektronicznej, gdyż jego oferta podlega odrzuceniu jako wykonawcy wykluczonego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Mając na uwadze powyżej podniesioną argumentację, odwołanie zdaniem Strony odwołującej zasługuje na uwzględnienie.

13

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład

orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaproszenie do udziału w planowanej aukcji elektronicznej Przystępującego po stronie Zamawiającego oraz wykonawcy Polcom, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że do postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienia zgłosili wykonawcy:

A. **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego
B. **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia] i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Comaprex wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ niewątpliwie możliwość odniesienia się wprost do treści tego dokumentu, ma wpływ na treść uzasadnienia Izby w zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 ustawy Pzp.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:
i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez

żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, 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 którym 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. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana

zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu przepisów wskazanych w danej części petitum odwołania Izba uznała za niezasadne.

Istotą sporu było, czy informacje w postaci złożonych przez wykonawcę Comparex wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

Jak już podkreślono zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes.* Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiejkolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005

roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast

w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

Wykonawca Comparex wraz z wyjaśnieniami odnośnie kalkulacji cenowej złożył także wyjaśnienia, dlaczego powyższą materię traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te nie były ogólne, wbrew twierdzeniom Odwołującego szczegółów wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawców środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. Wykonawca także na rozprawie wskazywał na konkretne fragmenty złożonych wyjaśnień, które uzasadniają prawidłowość zastrzeżenia. Po analizie uzasadnienia zastrzeżenia poczynionego na etapie składania wyjaśnień oraz po wysłuchaniu stanowiska Przystępującego Comparex na rozprawie, uznano, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a także że spełnione zostały poszczególne przesłanki określone art. 11 ust. 4 uznk.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach Comparex stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu szczegółowej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego w szczegółowo przedstawiony przez wybranego wykonawcę sposób, zawierają szczegółowe ceny cząstkowe wyceny usług stanowiących przedmiot zamówienia oraz komponentów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca

---

Odwołujący nie przedstawił merytorycznej i obiektywnej argumentacji przemawiającej za tym, aby przychylić się do zniesienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku wyjaśnień.

Z tych względów uznano, że swoim postępowaniem Zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

W przypadku zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ustalono, że w dniu 10 kwietnia 2015 roku Przystępujący Comparex został na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwany do złożenia wyjaśnień, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach Wykonawca miał uwzględnić okoliczności wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz wskazać, czy skalkulowana cena obejmuje wszystkie elementy zamówienia.

W wyznaczonym terminie Wykonawca wyjaśnienia złożył. Odwołujący zarzuca, że Zamawiający nieprawidłowo zaprosił wykonawcę do udziału w planowanej aukcji elektronicznej, a oferta wykonawcy Comparex zawiera rażąco niską cenę, przez co jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia

takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę

byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wypływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, jednoznacznie podkreślić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby przedmiotowej sprawie, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pismo „wyjaśnieniami" czy powołanie się

w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), 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.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że wykonawca Comparex

w wyjaśnieniach przedstawiło dość szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia, nie były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami, odwoływał się bowiem choćby do umów uprzednio realizowanych na rzecz Zamawiającego przedmiotowo zbliżonych do przedmiotu tego zamówienia. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne" dowody, czy też jakiekolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśniania spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby takie właśnie okoliczności w swoich wyjaśnieniach wykonawca Comparex przedstawił. Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący podał konkretne stawki, uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosiło się odwołanie. Z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa i decyzję Izby, iż dane zastrzeżenie było prawidłowe, bardziej szczegółowe odniesienie się do złożonych wyjaśnień nie jest możliwe w uzasadnieniu orzeczenia, a poczynione przez Izbę ustalenia muszą być przedstawione na pewnym poziomie ogólności.

Odwołującemu tymczasem nie udało się skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Przystępującego Comaprex należy traktować jak rażąco niską. Myli się Odwołujący konstatując w odwołaniu i na rozprawie, że nie jest zobowiązany do przeprowadzania dowodów przeciwnych, iż wynikające ze złożonych wyjaśnień i że ciężar udowodnienia, że w postępowaniu nie wystąpiła cena rażąco niska spoczywa jedynie na stronie Zamawiającej i Przystępującym. To

---

Odwołujący zanegował treść złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień, wskazując, że przyjęte tam założenia są nierealne. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, ową nierealność założeń Odwołujący winien wykazać. Dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie podjął jakiejkolwiek próby dowodowej. Przedstawił jedynie w odwołaniu szereg twierdzeń, nie popartych żadnymi materialnymi dowodami. Nic prostszego dla profesjonalisty w danej branży, niż przedstawić własną kalkulację, która przemawiałaby za okolicznością, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za kwotę wynikającą z oferty Comeparex.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W celu rozstrzygnięcia zasadności zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz możliwości badania w postępowaniu sytuacji wykonawcy przez pryzmat art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba ustaliła, że kluczowe znaczenie ma treść pkt 8 i 15 załącznika nr 2 do umowy, która stanowi, że „w *przypadku zaistnienia potrzeby dokonania upgrade'u sterowników urządzenia lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) w okresie* świadczenia *usług serwisowych, wykonawca dokona aktualizacji w cenie umowy bez naruszania praw autorskich producenta sterowników urządzeń lub/oraz*

oprogramowania wewnętrznego urządzeń. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informacje, co zmienia dana aktualizacja i jakie są przesłanki do jej instalacji. Zamawiający po konsultacji z wykonawcą które z aktualizacji zadecyduje, proponowanych oprogramowania wewnętrznego zostaną przez wykonawcę zainstalowane. Wykonawca sprawdzi poprawność działania sprzętu i systemu operacyjnego po zainstalowaniu aktualizacji. W przypadku wystąpienia nieprzewidzianych, niepożądanych skutków

wprowadzanych zmian wykonawca zobowiązany jest do ich wycofania na żądanie *zamawiającego, przywracając poprawne działanie sprzętu i systemu operacyjnego do stanu przed aktualizacją".* Na podstawie pkt 15 „wykonawca *gwarantuje, że wykonanie przedmiotu umowy nie naruszy dotychczasowych gwarancji (sprzętu, oprogramowania systemowego, oprogramowania użytkowego) oraz bez naruszania jakichkolwiek praw licencyjnych, autorskich w eksploatowanych przez zamawiającego policyjnych systemach informatycznych".*

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zapisy te w żaden sposób nie wskazują na jedyny możliwy sposób realizacji przedmiotowego zamówienia, to jest przez zakup usług wsparcia u producentów danego sprzętu i oprogramowania oraz że zamówienie to może być realizowane wyłącznie przez autoryzowanych partnerów firmy HP. Izba z urzędu dokonała także analizy orzeczeń o sygnaturach akt KIO 1623/13 oraz KIO 1829/13 i stwierdziła, że zapisy umowne w przywoływanych postępowaniach były tożsame z widniejącymi w postępowaniu będącym przedmiotem postępowania odwoławczego. Tym samym, w ocenie składu orzekającego ustalony przez Zamawiającego opis nie uniemożliwiał przygotowania oferty zarówno z uwzględnieniem wsparcia producenta wobec wystarczającego opisu jednostek sprzętowych, jak i bez nabywania tego wsparcia, w inny sposób, z założeniem obowiązku respektowania autorskich praw majątkowych osób trzecich, tak aby nie narazić Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą. To zaś oznacza, że nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, że złożenie przez wykonawcę Comparex oświadczenia, że wykona on przedmiot zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ może wskazywać, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, czy też że w tym zakresie wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, ponieważ nie jest autoryzowanym partnerem handlowym HP. Okoliczności tej ponad wszelką wątpliwość Odwołujący nie wykazał, ponieważ złożone przez Odwołującego oświadczenie przedstawiciela firmy HP oraz złożone przez Przystępującego Comaprex certyfikaty nie dają jednoznacznej odpowiedzi, czy wykonawca w jakiejś części prowadzonej przez siebie działalności i świadczonych usług nie jest partnerem handlowym HP.

Przede wszystkim, w ocenie Izby, przytoczone punkty wzoru umowy nie wskazują jednoznacznie i ponad wszelką wątpliwość, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek zakupu upgrade'u sterowników lub oprogramowania wewnętrznego. Zapisy umowy stanowią, że wykonawca konieczność zaistnienia dokonania czynności upgradde'u ma przewidzieć w cenie swojej oferty. Umowa w żaden sposób nie odnosi się do sposobu nabycia produktu i strony umowy, która owego nabycia ma dokonać. Przez pojęcie „dokonania aktualizacji" można rozumieć zarówno konieczność wcześniejszego nabycia produktu do zainstalowania, jak też możliwość zainstalowania produktu nabytego przez

użytkownika oprogramowania, a więc samego Zamawiającego. Izba w tej części podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Comaprex, że zapisy umowy odnoszą się raczej do opisu procesu dokonywania samej czynności zainstalowania aktualizacji, a więc czynności technicznej, nie zaś wskazują jakie obowiązki obciążają poszczególne strony kontraktu w zakresie zakupu produktów (komponentów) niezbędnych do realizacji zamówienia. Nawet jeżeli zaś należałoby przyznać rację Odwołującemu, to w ocenie Izby zapisy SIWZ można było interpretować dwojako. To zaś oznacza, że Przystępujący Comaprex wobec nie do końca jednoznacznej treści SIWZ nie mógł złożyć nieprawdziwego oświadczenia, jak też nie można stwierdzić, że oświadczenie to nie odpowiada wprost treści SIWZ. Z tej też przyczyny wszelkie dywagacje odnośnie w jaki sposób mogą być naruszone autorskie prawa majątkowe osób trzecich, to jest właścicieli oprogramowania pozostają dla rozstrzygnięcia istoty sporu bez znaczenia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku.

W ocenie Izby z podobnym zachowaniem ze strony Przystępującego Comparex nie mamy do czynienia. Z uwagi na uznanie zasadności złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i oddalenie powyższego zarzutu, nie zachodzą przesłanki, które mogłyby wskazywać na celowe działania i zachowania wykonawcy, świadczące o naruszaniu zasad

---

dobrych obyczajów, czy też mogących naruszać interesy innego wykonawcy lub zamawiającego. Samo przeświadczenie Odwołującego, że zaoferowana cena lub wyjaśnienia odnośnie ceny złożone przez Przystępującego Comaprex oznaczają sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia nie może być uznane za dowód, o którym stanowi art. 190 ust. 1 ustawy Pzp dla wykazywania zaistnienia znamion czynu

w o nieuczciwej konkurencji stypizowanego powołanych przepisach ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi zaś na zapisy SIWZ i postanowienia wzoru umowy, nie można uznać, że wykonawca Comaprex zamierza świadczyć usługę upgrade'u oprogramowania wewnętrznego „firmware", będąc nieuprawnionym do jej przeprowadzenia (jako podmiot nieposiadający autoryzacji producenta), a działanie takie należy uznać co najmniej za sprzeczne z dobrymi obyczajami. Jak już zauważono, zapisom SIWZ w ocenie składu orzekającego Izby nie należy przyznawać takiego prymatu, a więc tym samym zachowania Przystępującego Comparex nie naruszają przyjętych w danym środowisku (branży) norm lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem Przystępujący zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego. Nie zostało zatem wykazane, że Przystępujący działał z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach

Odnośnie oferty wykonawcy Polcom i naruszenia w tym zakresie art. art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach, ponieważ Polcom, nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Istotą potwierdzenia za zgodność z oryginałem jest przyjęcie, że osoba dokonująca tego potwierdzenia miała w posiadaniu (zapoznała się) z oryginałem dokumentu i dokonując porównania oryginału dokumentu z jego kopią poświadcza, że kopia została sporządzona w oparciu o znany jej oryginał. Rozporządzenie w sprawie dokumentów w § 7 ust. 1 wskazuje jedynie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W dalszej

części przepisy nie określają, kto tego poświadczenia ma dokonać.

W odniesieniu do zaświadczenia ZUS wykonawcy Polcom skład orzekający Izby stwierdził, iż rzeczywiście, w poświadczeniu tym brak jest czytelnego podpisu z imienia i

---

nazwiska przy imiennej pieczątce, lecz czytelny podpis znajduje się na innych dokumentach złożonych wraz z tym dokumentem, ponadto podpisem tym opatrzone zostało pismo przewodnie, do którego dołączono brakujące w ofercie dokumenty. Złożony na pozostałych dokumentach podpis pozwala na identyfikację osoby podpisującej jako osoby do tego upoważnionej. W związku z tym, pomimo tego uchybienia należy uznać, iż dokumenty ZUS nie zawierają błędu, który musiałby mieć tak daleko idący skutek, jak wykluczenie wykonawcy z postępowania. Jak słusznie zauważył Zamawiający błędy tego rodzaju dotyczyć powinny treści merytorycznej oferty, a nie potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem w zakresie co do formy tego poświadczenia.

W ocenie Izby z faktu przedłożenia kopii określonych w wezwaniu Zamawiającego dokumentów oznaczonych odbitką wyrażenia "zgodne z oryginałem" wraz z podpisanym pismem przewodnim przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy, z treści którego to pisma a także z kontekstu jego złożenia wynika jasno cel przedkładania danych dokumentów, płynie wniosek, iż wykonawca potwierdził zgodność przedkładanego dokumentu z oryginałem i jako taki przedłożył go Zamawiającemu. Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1544/09. Ponadto przedstawiony na rozprawie wydruk z portalu www.zus.pl potwierdził, że zaświadczenie o określonym numerze zostało wydane, a Odwołujący nie zakwestionował prawdziwości złożonego dokumentu.

Końcowo pokreślenia wymaga, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do autentyczności złożonych dokumentów, zgodnie z § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie od wykonawcy. Tak więc, jeżeli Zamawiający chciałby sprawdzić autentyczność złożonych dokumentów, istnieją instrumenty prawne, które dopuszczają takie działanie.

Zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 oraz 5 ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający prawidłowo ustalił krąg wykonawców, którzy mogą być zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……